

Recurso Extraordinario Abuso Sexual Concurso De Delitos Maximo De La Pena Pena Cruel Inhumana O Degradante

JURISPRUDENCIA

Recurso extraordinario. Abuso sexual. Concurso de delitos. Máximo

de la pena. Pena cruel, inhumana o degradante Se declara inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que condenó al imputado a la pena de cincuenta (50) años de prisión como autor penalmente responsable de múltiples abusos sexuales perpetrados en concurso con otros delitos, al no aparecer arbitraria y representar el máximo de la escala penal aplicable en función de la regla de concurso de delitos y de la reprochabilidad de los ilícitos cometidos, ni pudo argüirse que era cruel e inhumana.

En la ciudad de Buenos Aires, a los dieciséis días del mes de marzo de 2017, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los señores jueces Carlos Alberto Mahiques, Mario Magariños y Pablo Jantus, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 2301/2313 en este proceso n° CCC 34264/2009/TO1/CNC1, caratulado ?A. A., F. A. s/abuso sexual?, del que RESULTA: I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 de esta ciudad, con fecha 7 de abril de 2015, resolvió imponer a A. A., F. A. la pena de cincuenta años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple en concurso real con exhibiciones obscenas (artículos 45, 55, 119 primer párrafo y 129 primer párrafo del Código Penal) -hecho que damnificó a*****; abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa en concurso real con robo (artículos 42, 44, 45, 55, 119 tercer párrafo y 164 del Código Penal) -hecho en perjuicio de ***** abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un grave daño en la salud de la víctima en concurso real con robo (artículos 45, 55, 119 primer, tercer y cuarto párrafo inc. a y 164 del Código Penal) -víctima: ***** amenaza coactiva (artículos 45 y 149 bis segundo párrafo del Código Penal) -hecho que damnificó a *****privación ilegal de la libertad en concurso real con robo (artículos 45, 55, 141 y 164 del Código Penal) - damnificada: *****; privación ilegal de la libertad agravada por haber logrado el fin propuesto en concurso ideal con robo en concurso ideal con abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un grave daño en la salud de la víctima (artículos 45, 54, 119 primer, tercer y cuarto párrafo inc. a, 142 bis primer párrafo y 164 del Código Penal) - damnificada: ***** privación ilegal de la libertad para obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad en concurso ideal con abuso sexual simple, en grado de tentativa (artículos 42, 44, 45, 54, 119 primer párrafo y 142 bis primer párrafo del Código Penal) -hecho que perjudicó a*****; privación ilegal de la libertad agravada por haber logrado el autor su propósito en concurso ideal con robo con armas, en concurso ideal con abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un grave daño en la salud de la víctima y por haber sido cometido con armas (artículos 45, 54, 119 primer, tercer y cuarto párrafo inc. a y d, 142 bis primer párrafo y 166 inc. 2 del Código Penal) -hecho en perjuicio de *****; todos ellos en concurso real entre sí (artículos 12, 19, 29 inciso 3° y 55 del Código Penal de la Nación, y artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). II. Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de casación a fs. 2301/2313, que fue concedido a fs. 2314. III. A fs. 2323, la Sala de Turno de esta Cámara le otorgó al recurso presentado el trámite previsto en el art. 465 del ritual (fs. 2325). IV. En la oportunidad contemplada por el artículo 466, en función del artículo 465, 4° párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, el letrado patrocinante de las querellantes C. y N., presentó el escrito agregado a fs. 2327/2343. Por su parte, las querellantes M. y F., con la representación técnica de la abogada Deborah Huczek, hicieron lo propio a fs. 2344/2353. V. El 25 de agosto de 2016, se celebró la audiencia establecida en los artículos 465, 5° párrafo, y 468, del cuerpo legal citado, a la que comparecieron las querellantes, ***** y ***** junto con su letrada patrocinante, Deborah Elizabeth Huczek, así como la representante del Ministerio Público Fiscal, doctora María Luisa Piqué, fiscal de la Procuración General de la Nación, de lo cual se dejó constancia en el expediente. Los letrados defensores del señor C. y N., abogados Hernán Ignacio Sormani y Carlos Hernando Lucero Paz, presentaron el escrito que obra a fs. 2378/2380. VI. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se exponen. Y CONSIDERANDO: El juez Carlos A. Mahiques dijo: I. Cabe recordar que el 17 de junio de 2011 el Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 resolvió condenar a A. A., F. A., como autor de abuso sexual simple en concurso real con exhibiciones obscenas (arts. 45, 55, 119 primer párrafo y 129 primer párrafo del C.P.); abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa en concurso real con robo (arts. 42, 44, 45, 55, 119 párrafo tercero y 164 del C.P.); abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un grave daño en la salud de la víctima en concurso real con robo (arts. 45, 55, 119 primer, tercer y cuarto párrafo inc. a) y 164 del C.P.); amenaza coactiva (arts. 45 y 149 bis segundo párrafo del C.P.); privación ilegal de la libertad en concurso real con robo (arts. 45, 55, 141 y 164 del C.P.); privación ilegal de la libertad agravada por haber logrado el fin propuesto en concurso ideal con robo en concurso ideal con abuso sexual con acceso carnal agravado por haber

resultado un grave daño en la salud de la víctima (arts. 45, 54, 119 primer, tercer y cuarto párrafo inc. a), 142 bis primer párrafo y 164 del C.P.); privación ilegal de la libertad para obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad en concurso ideal con abuso sexual simple, en grado de tentativa (arts. 42, 44, 45, 54, 119 primer párrafo y 142 bis primer párrafo del C.P.); privación ilegal de la libertad agravada por haber logrado el autor su propósito en concurso ideal con robo con armas, en concurso ideal con abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un grave daño en la salud de la víctima y por haber sido cometido con armas (arts. 45, 54, 119 primer, tercer y cuarto párrafo inc. a) y d), 142 bis primer párrafo y 166 inc. 2° del C.P.); todos ellos en concurso real entre sí, a la pena de cincuenta años de prisión, accesorias legales, multa de mil pesos (\$1.000.), y al pago de las costas (arts. 12, 19, 29 inc. 3° y 55 del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). En el mismo fallo se declaró reincidente al nombrado A. A., F. A. revocándosele la libertad condicional otorgada el 18 de abril de 2008 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal nro. 1 en el marco de la causa nro. 2444 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal nro.9 (art. 15 del C.P.). La pena impuesta resultaba comprensiva de la dictada en esta causa y de la pena única de 5 años de prisión, accesorias legales y costas dictada el 5 de diciembre de 2006 por el referido Tribunal nro. 9 en la causa mencionada precedentemente, que comprende a su vez la de tres años de prisión y costas impuesta por ese tribunal, y la de tres años de prisión en suspenso y costas, cuya condicionalidad se revocó, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 26 por sentencia de fecha 12 de agosto de 2005. Contra dicha resolución, la defensa de inculcado interpuso el recurso de casación que corre a fs. 1675/1691. tormento consagrada en el art. 18 constitucional (Fallos 329:2440, considerando 4°).? Agregó que "además de la prohibición establecida en el art. 14 C.P. corresponde señalar que en el caso de A. A., F. A. también sería aplicable la disposición contenida en el art. 17 del mismo cuerpo legal dado que en la sentencia recurrida se revocó la libertad condicional otorgada el 18 de abril de 2008 por el Juzgado de Ejecución Penal n° 1 respecto de la causa n° 2444 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 (punto dispositivo 11 def. 1569)7 Concluyó el ponente en que "(...) no se encuentra suficientemente fundado el quantum establecido pues como quedó dicho no basta analizar en abstracto la validez de la pena máxima aplicable en los términos del art. 55 del Código Penal después de la sanción de la ley 25.928, ni la proporcionalidad de la pena con relación a la culpabilidad demostrada por el autor, sino que además, debió tenerse en consideración el modo de ejecución obligadamente penitenciario al que estará sometido Álvarez Albarracín por su condición de reincidente....A ese efecto, se impone el reenvío al tribunal de origen para no menoscabar los derechos del condenado de acuerdo con la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia - por remisión al dictamen del Procurador General- en el precedente ?Niz, Rosa Andrea y otros s/ recurso de casación ?, rta. el 15 de junio de 2010.? En el segundo voto, emitido por la jueza Ana María Figueroa, que conformó la mayoría, se expresó que "...en lo que hace a la determinación de la pena a imponer en el caso, el análisis deberá no solamente ajustarse a las pautas previstas en los artículos 40 y 41 del código sustantivo, sino también guardar respeto de las particulares circunstancias procesales que reviste la situación del condenado, en tanto ha sido declarado reincidente, lo que importa la restricción a la posibilidad de acceder a institutos liberatorios, todo ello frente al elevado máximo de la escala penal en abstracto que III. Para fijar adecuadamente el objeto formal que define los límites de esta nueva intervención casatoria, conviene señalar que el reenvío ordenado por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, fue consecuencia de la revocación de los puntos I y III de la sentencia de fs. 1570/1657, únicamente en lo que respecta a la pena impuesta de cincuenta años de prisión. Siendo ello así, y en atención a que la defensa no ha presentado recurso extraordinario federal contra la mencionada sentencia (cfr. fs. 1956), la materialidad de los hechos juzgados; la intervención responsable del imputado; la calificación legal asignada a cada una de aquellas conductas ilícitas; su condición de reincidente; y la revocatoria de la libertad condicional que el nombrado gozaba en la causa nro. 2444 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 9, son circunstancias que han adquirido firmeza, no están incluidas en el reenvío, y, en consecuencia, no corresponde pronunciarse a ese respecto. Sobre el agravio vinculado al alcance de los fundamentos expuestos por la mayoría de los votos de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, la defensa de A. A., F. A. afirma que dicha sentencia llevaba implícita una directiva de reducción de la condena impuesta al nombrado, la que al no ser atendida conlleva su descalificación como acto jurisdiccional válido. Sin embargo, de lo resuelto por la Casación Federal el 26 de mayo de 2014, se infiere que los magistrados intervinientes coincidieron en que la primera sentencia condenatoria carecía de una adecuada fundamentación en lo concerniente al régimen sancionatorio derivado de la pena impuesta, toda vez que no se había evaluado, ni motivado, la mayor severidad del modo de ejecución seleccionado y al que estará sometido A. A., F. A. por su condición de reincidente. Por esa circunstancia debió haberse ponderado que el condenado no tendrá la posibilidad de obtener el beneficio de la libertad condicional, debiendo cumplir en encierro la totalidad de la pena, quedándole, eventualmente, habilitada una soltura anticipada mediante el instituto de la libertad asistida (art. 54 de la ley de ejecución penal) en cuyo caso deberá tener cumplidos cuarenta y nueve años y seis meses de prisión efectiva. En suma, y a criterio del recurrente, el tribunal a quo debió fundar y motivar en derecho las razones por las cuales una pena de cincuenta años de prisión, puede o no resultar cruel e inhumana, cuando, como en el caso, quien tenga que cumplirla sea reincidente en los términos del artículo 50 del Código Penal. IV» Siendo

así que la cuestión se circunscribe a la legalidad del quantum de la pena impuesta, y a si ésta estuvo debidamente fundada, he de reiterar que, como consecuencia de los principios de ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad, la respuesta punitiva debe guardar adecuado correlato con la intensidad antijurídica del hecho y el grado de la responsabilidad del autor. Al no ser posible determinar con exactitud ex ante la equivalencia entre el monto de pena y la culpabilidad del sujeto responsable, el límite de la discrecionalidad del juzgador está en la razonabilidad de la sanción aplicada y su ajuste al sistema constitucional de garantías y al regulado por la ley penal. En el caso, la defensa no ha logrado demostrar vicio lógico o defecto legal en la sanción fijada por el a quo y en el iter discursivo que la fundamenta. Por el contrario, aquella cuenta con adecuado sustento en las particulares características de los hechos objeto de juzgamiento, en los que se valoraron agravantes tales como la magnitud de la violencia ejercida sobre las víctimas, el daño físico y psíquico derivados de los ataques, la modalidad intrusiva en las viviendas de las damnificadas, donde el inculpado las sometía dosificándolas? a través de un trato violento, prolongado, sádico, humillante e inhumano, el aprovechamiento de la nocturnidad (en todos los hechos) y de lugares con escasa circulación de personas que disminuían las posibilidades de auxilio. Nada hay de censurable entonces, en la ponderación de las circunstancias agravantes tenidas en cuenta por el a quo, en tanto resultan pautas que no apareciendo descriptas por el legislador en el tipo, ni tenidas en cuenta como inherentes al mismo, aumentan la intensidad antijurídica del hecho y, por ende, la responsabilidad del autor con el consiguiente, y mayor, reproche penal en el marco de lo prescripto en los arts. 40 y 41 del C.P. (cfr. C.N.C.P., c./Borda, Juan Ramón s/recurso de casación, Sala IV, rta. 13/11/1997; Puig Peña, "Derecho Penal", Parte General, pág. 433; Mir Puig, Santiago, "Lecciones de Derecho Penal", Barcelona, 1983, pág. 354; Baigún, "Naturaleza de las circunstancias agravantes". Págs. 24, 33, 99; Carrara, "Programa de Derecho Criminal", Vol. IV, pág. 117). V. Tampoco se advierte el denunciado déficit de motivación respecto a que la pena impuesta no resulta cruel e inhumana aun para un reincidente como A. A., F. A., quien, por revestir esa condición, solo conseguiría acceder a una soltura anticipada mediante el instituto de la libertad asistida. Es inobjetable, como lo expresó el tribunal de mérito, que no existe óbice para imponer tal condena, pues si bien es cierto que la legislación vigente impide a A. A., F. A. gozar de la libertad condicional y que sólo podrá recuperar su libertad seis meses antes del agotamiento de pena bajo el régimen de la libertad asistida -art. 54 de la ley 24660-, no es menos cierto que esa normativa prevé dentro del régimen progresivo de cumplimiento de pena privativa de libertad, un amplio abanico de posibilidades de morigeración del encierro, a saber: a) Salidas Transitorias a la mitad temporal de la pena (art. 16 y siguientes); b) Régimen de Semilibertad con posibilidad de trabajar fuera del ámbito carcelario (art. 23 y siguientes); c) Semidetención o prisión morigerada (arts. 39, 41 y 42); d) Régimen de recompensas (art. 105) que permite ampliar temporalmente cualquiera de los beneficios antes enumerados; e) Estímulo educativo, que contempla la disminución del tiempo de la condena por estudios primarios, secundarios o terciarios, y como si esto no bastara, la propia Constitución Nacional prevé dos importantes remedios para garantizar que los méritos de los condenados se traduzcan en una soltura anticipada a través de la única facultad judicial otorgada al Poder Ejecutivo. Nos referimos a los institutos de conmutación de pena y/o indulto previstos por el artículo 99 inciso 5." Asimismo, que "(...) no se trata aquí de una pena a cumplir inexorablemente en su totalidad en prisión, sino que los méritos y progresos que A. A., F. A. logre durante el régimen progresivo de la ejecución de esa pena le ofrecen la expectativa cierta de una libertad anticipada en el marco de los institutos descriptos en los párrafos precedentes."

Como ya sostuve en numerosos precedentes, la consideración de los factores para la determinación de la pena es una facultad propia de los jueces de mérito, siendo necesario para la procedencia de la impugnación sobre dicha cuestión que el recurrente demuestre que en tal decisión se encuentra presente un vicio o defecto en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas para el juicio de mensura punitiva, una errónea aplicación de las respectivas normas sustantivas, o una vulneración a garantías constitucionales que puedan incidir en la determinación del quantum de pena, tornándola inusitada o desproporcionada, y habilitando de tal manera su control ante esta instancia (confr. Sala II del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, causas N°23.560, ?Imán, Diego Miguel", rta. 26/9/2006; N°22.278, ?Jany, Andrés José?, rta. 31/10/2006; N°16.220, ?Attardo, Mario Alejandro?, rta. 28/12/2006; N°17.834, ?Vicente, Javier Ornar?, rta. 3/5/2007; N°30.936, ?Corbalán, Hernán Domingo s/recurso de casación", rta. 18/9/2008; N°27.732, ?Pérez, Isidro Héctor s/recurso de casación", rta. 16/10/2008; N°23.569, ?Navarro, Ramón Santos s/recurso de casación", rta. 1/12/2009; entre muchas otras; y de la Sala III de esta Cámara, en la causa n° CCC 6705/2012/TO1/CNC1, ?Jimenez, Roberto Claudio y otro s/robo en tentativa" -Reg. Nro. 246/15, Registros nro. 416/15, 418/15, 420/15-). El tribunal de grado consideró razonablemente que "en relación con la culpabilidad del hecho, la pena de cincuenta años establecida como tope punitivo en el artículo 55 del Código Penal resulta proporcional a la culpabilidad del autor, adecuada y ajustada a derecho." Esa conclusión no aparece fruto de arbitrariedad en la construcción de la fundamentación del quantum sancionatorio, por lo que entiendo cumplida suficientemente la exigencia emanada del fallo de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal. Consecuentemente, toda vez que el impugnante no ha logrado demostrar que en la resolución atacada se encuentre presente alguno de los vicios o vulneraciones normativas denunciados, los agravios planteados deben ser rechazados. VL Por lo

demás, acerca de la posibilidad de que la pena impuesta pueda resultar cruel e inhumana bajo las particulares condiciones en las que se halla el imputado, tal como se consignó en una situación análoga en el fallo "Viola, Mario y Bettiga, Damián s/recurso de casación e inconstitucionalidad" -Causa 5093 -CNCP - Sala III rta. 23/09/2004, cuyos fundamentos hago míos, con cita de lo resuelto por la Sala II de esa misma Cámara (voto del Dr. David) en la causa n° 2210 "Núñez, Dante s/recurso de inconstitucionalidad" reg. 3174, del 4/4/00-, "cuando los tratados internacionales hablan de 'tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes', no dirigen su atención a las penas privativas de libertad y a su duración. Ello así, puesto que la 'Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes' no extiende su ámbito de aplicación a 'los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (art. 1, inc. 1, in fine). Mal podría entonces decirse, que la pena de prisión perpetua puede calificarse como una pena cruel, inhumana o degradante, cuando 'las penas privativas de la libertad siguen siendo el eje central de todos los sistemas legales vigentes' (confr. Zaffaroni, Eugenio R., Tratado de Derecho Penal, T. V, pág. 122, Buenos Aires, 1988)". De igual modo, si bien es cierto que las previsiones de los art. 14 y 17 del código de fondo, parecieran ser la expresión de una forma de 'eternización' de la pena, lo cierto es que, como antes se aclaró, el ordenamiento jurídico otorga alternativas de atenuación del encierro y hasta liberatorias -por fuera de las que son de resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, como el indulto y la conmutación- que, tal como expuso con acertado criterio el a quo, han quedado al margen de toda consideración del impugnante. No es un dato irrelevante en esta cuestión, como lo destaca la Corte Federal, en Fallos: 120:19, al referirse a la facultad presidencial de indultar o conmutar las penas, que la Constitución "ha querido prevenir los inconvenientes derivados de la aplicación estricta de las leyes penales que no pueden prever todas las modalidades de los casos particulares o como dice Story, porque ningún sistema de leyes puede proveer para cada matiz posible de culpabilidad, un grado proporcionado de castigo, lo más que se ha hecho y que ha podido hacerse, es proveer al castigo de los crímenes por medio de algunas reglas generales y dentro de algunas limitaciones también generales (...) Además, la ley puede ser violada hallándose el culpable colocado en circunstancias que le hagan excusable ante la moral y la justicia absoluta aunque no ante los términos estrictos de la ley (Comm. párrafo 494: The Federalist número 74)". "En efecto, aun cuando pudiera interpretarse -como lo ha hecho el Tribunal Constitucional Alemán- que en los casos de encarcelamiento perpetuo el instituto del indulto no es suficiente para asegurar la expectativa de retornar a la vida en libertad que inspira el fin humanitario y resocializador de las penas, lo cierto es que en las aludidas condiciones de vigencia de los instrumentos de derechos humanos, no sólo a partir de su jerarquización constitucional sino también de los mencionados pronunciamientos de V.E. en cuanto a su interpretación, no es posible presumir que aquella facultad del Poder Ejecutivo, como poder soberano del Estado, no sea ejercida, incluso en el marco de su propia discrecionalidad y prudencia (Fallos: 220:730) con estricta observancia de los compromisos internacionales asumidos, tal como lo hizo al dictar el decreto 1263/2000, ya citado.?" "Es que frente a esa herramienta que la propia Constitución reconoce en el ámbito interno, una decisión judicial como la pretendida importaría una vedada extralimitación de la potestad del Poder Judicial, tal como se consideró en el acápite anterior. Ahora bien, aun cuando el artículo 4.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo contempla el 'derecho a indulto o conmutación de pena' para quienes han sido condenados a muerte, su expresa inclusión en ese tratado, al igual que en el artículo 6.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, permite afirmar que se trata de un instituto que no es ajeno al ámbito de los derechos humanos, por lo que al hallarse contemplado en nuestra Constitución con la sola restricción en cuanto a los casos en que acuse la Cámara de Diputados, y sin perjuicio de que no exista un 'derecho a indulto' (Fallos: 136:244 y 220:730, y dictamen del Procurador General de la Nación en ?L, Abel Alberto s/ causa n° 43357 s.c. L533; L.XL1.). El criterio hermenéutico que postulo no es novedoso, pues ya en precedentes fundacionales del Alto Tribunal se decidió análogamente en supuestos en los que la aplicación de la ley impedía al Poder Judicial arribar a soluciones que entonces se consideraron más equitativas en las situaciones concretas (cfr. Fallos: 3 :87 y 490; y Fallos: 29:330, entre otros), especialmente cuando las penas resultaban desproporcionadas en circunstancias extraordinarias. VII. En este marco de interpretación, la sanción fijada en la anterior instancia, se corresponde con el máximo de la escala penal aplicable en función de la regla del concurso de delitos que rigen el caso, resulta proporcional y adecuada a la gravedad de los hechos ilícitos atribuidos al imputado y a su grado de culpabilidad, y no resulta contraria a ningún precepto constitucional o contenido en los pactos internacionales. Los jueces del tribunal oral entendieron que la proporcionalidad de la pena se deriva principalmente del grado de disvalor objetivo del hecho y del nivel de culpabilidad del condenado, y que la asignación de un merecimiento determinado de pena en función de tales conceptos, como así también la incidencia que deba otorgarse a cada concreta circunstancia mensurativa de la sanción (art. 41 del Código Penal), son juicios de carácter valorado y no aritmético, en tanto no se trata de categorías que puedan ser correlacionadas con cantidades matemáticamente exactas. De tal forma, y teniendo en cuenta que, como principio, la graduación de las sanciones dentro de los límites ofrecidos por las leyes respectivas para ello, constituye el ejercicio de una facultad propia de los jueces de la causa (confr. C.S.J.N., Fallos 237:190 y 423; 255:253; 305:494; 306:1669; 315:807 y 1699; S.330.XXXV, ?San Martín, Rafael Santiago?, entre

otros), sólo puede resultar deslegitimado el monto de la sanción impuesta con exclusivo sustento en la propia cantidad de pena fijada, cuando ella se revele manifiestamente desproporcionada con el grado de injusto y con la culpabilidad del sujeto, resultando de tal modo arbitraria, situación ésta que no se ha configurado en autos, ni ha sido, como dije, rebatida por el impugnante.

Finalmente, el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la resocialización del delincuente es la finalidad esencial, pero no excluyente, de la pena privativa de la libertad. Y aunque de la redacción del artículo 1° de la Ley 24.660 surge que esa finalidad ya no es esencial, sino única, la sanción de otras normas posteriores, modificatorias de la citada Ley 24.660 (como es el caso de la Ley 25.948), ha relativizado claramente dicha finalidad, introduciendo al régimen legal de fondo que rige la ejecución de las penas privativas un componente polifuncional de la sanción que no puede ser soslayado en la interpretación integral de ese cuerpo normativo. Tal extremo habilita a concluir que de ningún modo nuestro régimen legal excluye absolutamente de la pena privativa de la libertad todo fundamento retributivo, y más allá de cuál sea el sentido que se le asigne a la retribución en sí misma, lo cierto es que su razonabilidad se ve asegurada ante la constatación de que ella respeta las exigencias propias del principio de proporcionalidad. Así puede inferírsele de la doctrina del fallo ?Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa n° 6491? (Fallos 314:424), donde la Corte Suprema sostuvo que ? en virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11 -actual 75 inciso 12- de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo, y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente?; ..(que) ?sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada?; y (que) ?sepuede introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad, pero el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal?. El recurrente, en los términos antes explicitados, no ha individualizado en forma concreta y específica aquellos vicios que justifican su impugnación, lo que conduce a rechazar el recurso casatorio interpuesto. Por todo lo expuesto, considerando que se ha dado cumplimiento con la exigencia de fundamentación dispuesta por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, y que la pena impuesta luce proporcionada a la culpabilidad demostrada por el condenado, es que propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto y confirmar la pena impuesta a A. A., F. A. Así voto. El juez Mario Magariños dijo: En primer término, corresponde señalar, tal como lo hiciera mi colega Mahiques, que el motivo por el cual la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal anuló parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 y dispuso el reenvío de las actuaciones, radicó en la falta de fundamentación advertida por esa Cámara, en tanto consideró que se había omitido responder y fundamentar por qué razón la imposición de un monto de cincuenta años a una persona declarada reincidente y con una libertad condicional revocada, no suponía una pena cruel, inhumana o degradante, conforme lo alegaba el recurrente. De ese modo, tanto la prueba de los hechos materia de condena, como la intervención del imputado en ellos, la calificación jurídica asignada a las conductas, la declaración de reincidencia del señor A. A., F. A. y la revocación de su libertad condicional, adquirieron firmeza y, en consecuencia, la jurisdicción del tribunal a quo, derivada de ese reenvío, quedó limitada a la fundamentación y respuesta del cuestionamiento relativo al carácter cruel, inhumano o degradante de la sanción aplicada en el caso.

Pues bien, con respecto a la nueva impugnación que el recurrente articula ante la resolución dictada por el a quo, corresponde señalar, en primer lugar, que el reintento de cuestionar, mediante la alegación de arbitrariedad, el monto de la pena impuesta, resulta inadmisibles pues sólo se limita a expresar una mera disconformidad con la determinación de la sanción que los sentenciantes efectuaron, con fundamentación suficiente, en el resolutorio impugnado. En segundo término, en lo referente a la cuestión vinculada al carácter cruel, inhumano o degradante que adquiriría la pena impuesta, debido a que por la declaración de reincidencia (artículo 50 del Código Penal) y por la revocación de la libertad condicional (artículo 17 de la ley de fondo), el condenado se vería privado de acceder a una nueva libertad condicional, es evidente la ausencia de un agravio actual que haga admisible el tratamiento del planteo por este tribunal. Por último, la inadmisibilidad del recurso intentado no se modifica por la mera invocación del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pues no se advierte por qué, ni el recurrente lo demuestra en su presentación, esa norma permitiría, desde alguna hermenéutica razonable, eximir de la exigencia del carácter definitivo de lo resuelto, o bien de su equiparación a tal, que debería derivar de la producción de un gravamen no susceptible de una ulterior reparación. En consecuencia, corresponde declarar inadmisibles el recurso de casación interpuesto por la defensa del señor A. A., F. A., sin costas (artículo 444, párrafo segundo, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). El juez Pablo Jantus dijo: I. En el voto del juez Mahiques se han expuesto los antecedentes del caso, determinándose cuál es el límite de la intervención que le cabe a esta Cámara como consecuencia del reenvío dispuesto por la Cámara Federal de Casación Penal en la sentencia de fs. 1811/51. He de agregar que en ese pronunciamiento se trató también la cuestión de la constitucionalidad del art. 55 CP

introducida en esa instancia por el Fiscal ante ese órgano colegiado -puntos II.c del voto del doctor Cabral, 1.a de la exposición de la doctora Figueroa y I del correspondiente del doctor Gemigniani- y se concluyó que la nueva redacción de aquella norma, que fija en cincuenta años de prisión la escala máxima del concurso real de delitos, no resulta violatoria de los arts. 5.6 CADH y 10.3 PDCyP, ni vulnera el fin de resocialización o los fundamentos de la pena. En el voto del juez Cabral se señaló, con relación a la sanción penal que se había impuesto en la primera sentencia del tribunal de origen, que "En el caso bajo estudio surge que los jueces de la instancia anterior han justificado el monto de la sanción teniendo en consideración las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del código de fondo. De la transcripción efectuada se desprende que fueron tenidas en consideración la mayoría de las pautas que a los efectos de mensurar la pena prevén las normas citadas, en especial la extrema gravedad de los hechos; la multiplicidad de víctimas y bienes jurídicos afectados; la innecesaria agresividad demostrada en cada uno de los hechos, en especial en el de M. a quien le produjo heridas que si bien quedaron abarcadas en el tipo de robo con armas, resultaron un daño mayor; su actitud en el debate; su juventud; su estado de salud; sus antecedentes condenatorios que demuestran que resultó bastante ineficaz el fin de resocialización de la pena, entre otros?". Agregó dicho magistrado que "Por otra parte, estimo que la pena impuesta no puede ser confirmada pues si bien pudo ser proporcionada a la culpabilidad demostrada por el imputado, lo cierto es que no se ha tenido en cuenta que en el caso concreto su condición de reincidente tendrá un efecto más gravoso de ejecución en virtud de lo dispuesto en los arts. 14 y 17 del Código Penal (...) En consecuencia, cabe concluir que no se encuentra suficientemente fundado el quantum establecido pues como quedó dicho no basta analizar en abstracto la validez de la pena máxima aplicable en los términos del art. 55 del Código Penal después de la sanción de la ley 25.928, ni la proporcionalidad de la pena con relación a la culpabilidad demostrada por el autor, sino que además, debió tenerse en consideración el modo de ejecución obligadamente penitenciario al que estará sometido A. A., F. A. por su condición de reincidente...?". Sobre la base de tales fundamentos -similares a los que luego desarrolló la doctora Figueroa - es que se decidió el reenvío, para que los miembros del tribunal de juicio determinaran la sanción aplicable al caso. Como se explicó en el voto del juez Mahiques, en la sentencia ahora cuestionada el tribunal consideró, haciéndose cargo de las objeciones puestas de resalto en el pronunciamiento de la Cámara Federal de Casación Penal, que la pena adecuada al caso era la de cincuenta años de prisión, manteniéndose los demás puntos del fallo originario, estos son, la revocatoria de la libertad condicional de la que gozaba el imputado al momento de los hechos y la declaración de reincidencia, imponiéndose la pena única de cincuenta años de prisión. II. Uno de los argumentos que se han desarrollado y repetido en innumerables ocasiones para sostener la inconstitucionalidad de la reincidencia es que su declaración posibilitaría imponer una pena mayor agravando, así, la culpabilidad por el acto y configurándose de este modo un supuesto de derecho penal de autor. La Corte Suprema ha descartado que en esos supuestos se verifique una lesión constitucional (cf. CCC 1070/2006/T01/1/CNC1, caratulada "Legajo de ejecución penal en autos Olea, Héctor Federico s/robo con armas?", Rta. 24/6/15, Reg. n.º 192/2015 de esta Sala) mientras que, desde mi punto de vista, la reincidencia no es inconstitucional en la medida que se limite a determinar una forma especial de ejecución, aunque no ocurre lo mismo si se la considera un parámetro para agravar la culpabilidad por el hecho. En este sentido, Luis García señala: "En síntesis, no se trata de que la conducción de vida del sujeto no pueda ser tenida en cuenta bajo ninguna circunstancia al momento de establecer la pena en el caso concreto, pues el art. 41, inc. 2.º del Cód. Penal indica tomar en cuenta »las reincidencias en que hubiere incurrido« el agente. Se trata de que la pena debe establecerse según la medida del injusto culpable, y de que las condenas anteriores no permiten aumentar la pena en el caso concreto por encima de la medida del injusto realizado en la ejecución del hecho. Si se tomasen las reincidencias como criterio de agravación en el momento de medición de la pena, se afectaría el principio de culpabilidad por el hecho (arts. 18 y 19, Const. Nacional)? {Reincidencia y Constitución Nacional en Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, T. 15, p. 81). Lo que no había considerado hasta ahora es lo que se ha dado en el caso de autos, que es exactamente lo contrario, pues el tribunal de juicio debía ponderar, según la indicación que surge del reenvío, si la reincidencia, en el caso, podía operar como una situación que llevara a disminuir la pena por los hechos que se tuvieron por probados, en la medida en que por su duración y por el hecho de que por efecto de la reincidencia su cumplimiento en detención debía ser completo, podía implicar la imposición de una pena cruel, inhumana o degradante "porque la privación de libertad y de expectativa de acceder a ella ya no es un castigo sino una reducción a condiciones de espera de la muerte que convierte en eterna a aquella pena" (Cf. voto del doctor Cabral a fs. 1831 vta.). Como quedó expuesto más arriba, han quedado definidas en la anterior sentencia casatoria las condiciones que presuponen el planteo realizado, esto es, la constitucionalidad del art. 55 CP en cuanto permite la imposición de una condena de cincuenta años de prisión y la declaración de reincidencia de A. A., F. A. Aunque por tratarse de un punto que fue decidido en la intervención de la Cámara Federal de Casación no tendrá incidencia en la definición del recurso ahora intentado, entiendo necesario dejar a salvo mi posición sobre el particular. Como señalé, he opinado que la declaración de reincidencia no conlleva la necesidad de imponer una mayor sanción penal que la que el hecho merece, porque ello importaría poner en acto un derecho penal de autor, en el que la pena estaría integrada

por la conducta de vida; la reincidencia no tiene incidencia a la hora de graduar la pena a imponer, aunque sí en la elección del modo de ejecución. Pero es claro también, que la forma de ejecución no tiene relación con la culpabilidad por el hecho, puesto que lo contrario llevaría al absurdo de que quien no tenga antecedentes podría ser condenado, por los mismos hechos, a una pena mayor que quien haya sido declarado reincidente. En este aspecto, mi distinguido colega, doctor Luis García, en el artículo citado, refiere: "Así, en el momento de imposición de la pena no es legítimo que la reincidencia sea tomada como fundamento para aplicar una magnitud de pena mayor, esto es, para aplicar una pena más grave. En el momento de imposición de la pena, una pena privativa de libertad de, por ejemplo, tres años es sólo una pena privativa de libertad de tres años y esos tres años deben ser adecuados al injusto culpable se ejecute la pena o no. En el momento de la imposición puede suceder que las reglas jurídicas aplicables dejen abierta la posibilidad de que la pena se ejecute parcialmente, pero la decisión en ese caso no dependerá ya de la culpabilidad del agente, o de la medida de su injusto culpable, sino de otras cuestiones que, como se verá, nada tienen que ver con el injusto culpable ni con la medida de su injusto. O puede suceder que el régimen legal aplicable imponga la ejecución de todo el tiempo de la pena, sin dejar abierta la posibilidad de una ejecución sólo parcial. Si se trata de penas privativas de libertad temporales o divisibles en ese impedimento tampoco juega ningún papel la medida de la culpabilidad por el injusto" (ob. cit. p. 92). Más adelante agrega: "Fijada la magnitud de la pena, el principio de culpabilidad no es pertinente para decidir el modo de ejecución, en particular, no lo es para definir cuánto de la pena deberá cumplir el condenado en prisión. Nuevamente aquí son dirimientes criterios preventivos, especialmente preventivo-especiales. A este respecto el legislador ha hecho una elección, dentro del campo de discreción que le concede la Constitución, estableciendo que en el caso de reincidencia la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho deberá ejecutarse en mayor extensión que la pena impuesta al no reincidente, y el ejercicio de esa discreción no es incompatible con el principio de responsabilidad por el hecho, o de culpabilidad por el hecho. El legislador no ha establecido sin embargo que el reincidente deberá siempre y en todo caso sufrir la totalidad de la pena en prisión, porque la privación de la libertad condicional no afecta la posibilidad de que obtenga otras formas de liberación antes del agotamiento de la pena..." (p. 106), refiriéndose a las salidas transitorias, el régimen de semilibertad, la prisión discontinua, la semidetención, sustitución por trabajos para la comunidad, la prisión diurna o nocturna, todos previstos en la ley 24.660. De tal suerte, concluye el autor citado que "si en el momento de imposición de la pena privativa de libertad se ha respetado la máxima según la cual la pena no puede exceder la culpabilidad por el hecho, entendida ésta en el marco normativo de los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional, las elecciones del legislador y las decisiones de los jueces sobre su modo de ejecución no afectan el principio de culpabilidad, ni en el momento de imposición de la pena, ni en el momento del progreso de su ejecución". En la sentencia de casación los jueces coincidieron en señalar que el tribunal oral había fundado adecuadamente el monto de la sanción que se había impuesto al encartado, mencionándose -como se hizo en el pronunciamiento emitido originariamente- que la escala penal aplicable al caso iba desde un mínimo de ocho años a un máximo de ciento treinta, operando el art. 55 CP como un límite en esa escala. Es más, no se entendió exorbitante el monto determinado, de acuerdo a la culpabilidad por el hecho, sino que se consideró que no se había tenido en cuenta la forma de ejecución como parte del juicio de determinación judicial de la pena. Como vimos, esa cuestión no forma parte de la ponderación de la culpabilidad y, en este sentido, coincido con las reflexiones que realizó la querrela a fs. 2340, en cuanto sostuvo que el problema era la declaración de reincidencia y no la sanción penal que merecían los hechos acreditados en autos. Desde mi punto de vista, aun si se considerase que en la graduación de la pena se deben contemplar las circunstancias que puedan suscitarse en su ejecución y se entendiese que la de cincuenta años con declaración de reincidencia puede constituir una sanción cruel, no encuentro parámetros racionales para discernir cuál es el monto que aventara esa posibilidad. Sabemos que, cuando se sancionó el nuevo art. 55 CP, había quedado establecido que desde que se introdujeron las agravantes relacionadas con la ley de la defensa de la democracia, en el art. 227 ter CP, la pena de prisión máxima legalmente establecida era de treinta y siete años y seis meses; y había algunas interpretaciones que entendían que ese monto podía llegar a cincuenta, si se tomaba en cuenta el art. 235 último párrafo y 226, segundo párrafo; de acuerdo a esos máximos, no está claro cómo se podría elucidar cuál sería la sanción máxima a partir de la cual se tendría que considerar que la condena puede resultar cruel e inhumana. Por ello y en la medida en que la pena establecida se corresponde con el juicio de culpabilidad que merecen los hechos investigados, de inusitada gravedad, entiendo que el problema estará en cómo se lleve a cabo su ejecución. Y, en este aspecto, también me parece atinada la posición del juez Magariños, en cuanto entiende que no existe un agravio actual sobre el particular, sino que éste se generará en el momento en que luego de un lapso de condena considerable, al menos superior a la mitad, el condenado pretenda que se lo beneficie con alguna medida que posibilite su reinserción social y se le deniegue; es claro que, ignoramos cómo serán las disposiciones normativas que, en ese momento, rijan la cuestión. El tribunal de grado, en la sentencia ahora recurrida, como se señaló, insistió en que la ponderación de todas las circunstancias de los casos analizados, que correctamente describió, conducía a sostener que la sanción penal adecuada era la de cincuenta años de prisión, componiéndola en el mismo monto con la condena que A. A., F. A. registraba. Y, por otro lado, se hizo

cargo de las indicaciones puestas de manifiesto en el pronunciamiento de casación, expresando que esa pena no resultaba cruel, inhumana o degradante, en la medida en que la ley de ejecución vigente contiene una serie de posibilidades de atenuación -que se mencionaron y que son las mismas a las que se refiere el doctor García en su artículo- que permitían sostener que durante su ejecución y merced al comportamiento intramuros que demuestre el condenado, era posible un gradual proceso de reinserción social.

Con ello, a mi modo de ver, se ha dado un fundamento suficiente a la sanción penal discernida aun atendiendo a la posición asumida por la Cámara Federal de Casación Penal, y en consecuencia corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa. Sobre la base de estas razones y compartiendo en lo sustancial los argumentos desarrollados por el juez Mahiques, me expido en el mismo sentido. En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 2301/2313 y, en consecuencia, CONFIRMAR la resolución impugnada; sin costas (artículos 470 y 471 ambos a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, donde deberá notificarse personalmente al imputado. Sirva la presente de atenta nota de envío. CARLOS A. MAHIQUES PABLO JANTUS MARIO

MAGARINOS -EN DISIDENCIA- Ante mí: PAOLA DROPULICH SECRETARIA DE CÁMARA

Original:

[http://eolgestion.errepar.com/sitios/Contenidos/Originales/Originales%20Erreius/Jurisprudencia/TC/Relevamiento/2018/06.%20Junio/18/ANDREA/Alvarez%20Albarracin\(18-6-18\).pdf](http://eolgestion.errepar.com/sitios/Contenidos/Originales/Originales%20Erreius/Jurisprudencia/TC/Relevamiento/2018/06.%20Junio/18/ANDREA/Alvarez%20Albarracin(18-6-18).pdf) 041943E