



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Reg. n° 1563/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los señores jueces Horacio Leonardo Días, Luis Mario García y Eugenio Carlos Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa n° 45.877/2012/TO1/CNC1, caratulada “GUERRA, Sebastián Alejandro y otros s/ recurso de casación”, de la que **RESULTA:**

I. Mediante sentencia del 19 de diciembre de 2014 los señores jueces que integran el Tribunal Oral de Menores n° 2 resolvieron, en lo que aquí puntualmente interesa, lo siguiente, a saber: “**I) ABSOLVIENDO a JOSUE CRISTOPHER SALAZAR** de las condiciones personales obrantes en autos en orden al hecho que fuera calificado por la Sra. Fiscal al formular acusación como constitutivo del delito de encubrimiento calificado –causa 7603– debiendo estarse en cuanto a costas a lo dispuesto en el punto dispositivo siguiente (art. 3ero. del C.P.P.N.). **II) DECLARANDO a JOSUE CRISTOPHER SALAZAR**, de las demás condiciones personales obrantes en autos, **coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de arma de fuego, en concurso real con portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, CON COSTAS** –causa 7603– (arts. 45, 55, 166 inc. 2do, párrafo segundo, 189 bis inc. 2do. párrafo 4to. del C.P. y art. 530 y ss. del C.P.P.N.). **III) ABSOLVIENDO a JOSUE CRISTOPHER SALAZAR**, en orden a los hechos por los que fuera declarado penalmente responsable en el punto precedente (art. 4to. ley 22.278 en función de la ley 23.849). **IV) ABSOLVIENDO a CRISTIAN DAMIÁN SOTELO** en orden a los



hechos por los que fuera elevada a juicio a su respecto, la causa 7603, por los que no mediara acusación fiscal en el debate (art. 3ero. del C.P.P.N.). **V) RECHAZANDO LOS PLANTEOS DE NULIDAD formulados por las Defensas** en el marco de las causas 7627 y 7801. **VI) ABSOLVIENDO a HORACIO EDUARDO ARROYO y BRIAN DANIEL EMANUEL NOGUERA** de las condiciones personales obrantes en autos en orden a los hechos por los que fuera elevada a juicio a su respecto, la causa 7627 y por los que mediara acusación Fiscal en el debate (art. 3ero. del C.P.P.N.). **VII) DISPONIENDO la INMEDIATA LIBERTAD de HORACIO EDUARDO ARROYO** la que se hará efectiva desde la mesa de legajos de la Policía Federal Argentina, de no mediar otras órdenes restrictivas de la misma emanadas de autoridad, y previo labrado del acto compromisorio de estilo. **VIII) ABSOLVIENDO a SEBASTIÁN ALEJANDRO GUERRA, NICOLÁS SEBASTIÁN BALTAZAR y a CRISTIAN DAMIÁN SOTELO** de las condiciones personales obrantes en autos, en orden al hecho ocurrido el 19 de noviembre del 2012, en el que resultaran damnificados Jorge Horacio Anchordoqui y Deborah Giselle Dixon Madriz (hecho 1 –causa 7627), por el que mediara acusación fiscal en el debate, debiendo estarse en cuanto a las costas a lo dispuesto en los siguientes dispositivos (art. 3ero. del C.P.P.N.). **IX) ABSOLVIENDO a SEBASTIÁN ALEJANDRO GUERRA, NICOLÁS SEBASTIÁN BALTAZAR y a CRISTIAN DAMIÁN SOTELO** en orden al delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal (causa 7627) hecho por el que mediara acusación fiscal en el debate (art. 3ro. del C.P.P.N.). **X) DECLARANDO a CRISTIAN DAMIÁN SOTELO** de las condiciones personales ut supra mencionadas, **COAUTOR PENALMENTE RESPONSABLE del delito de robo con armas de fuego reiterado en tres oportunidades una de ellas en grado de**





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627) **que concurre materialmente con los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas de fuego en grado de tentativa, en concurso real con homicidio calificado por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito y procurar la impunidad para sí o para terceros, reiterado en dos oportunidades una de ella en grado de conato** (hecho 5 de la causa 7627), **CON COSTAS** (art. 42, 45, 55, 80 inc. 7mo., 166 inc. 2do., párrafo 2do. del C.P.P.N. y 530 y ss del C.P.P.N.). **XI) CONDENANDO a CRISTIAN DAMIÁN SOTELO a la pena de DIECIOCHO años de prisión y accesorias legales**, en orden a los hechos por los que fuera declarado penalmente responsable en el punto dispositivo que antecede y por aquellos por los cuales el Tribunal Oral de Menores nro. 3 de la Capital Federal, dictara veredicto de responsabilidad penal a su respecto, el 11 de julio de 2014, en la causa 7834 (art. 5, 12, 19, 42, 44; 45, 55, 80 inc. 7mo., 149 ter inc. 1ero. en función del 149 bis, 2do. párrafo, 166 inc. 2do. párrafo 2do. y 186 inc. 1ero., 4to. de la ley 22.278 en función de la ley 23.849). **XII) CONDENAR a NICOLÁS SEBASTIÁN BALTAZAR de las condiciones personales obrantes en autos a la PENA DE PRISIÓN PERPETUA, accesorias legales y COSTAS**, por resultar ser **coautor penalmente responsable de los delitos de robo con armas de fuego reiterado en tres oportunidades una de ellas en grado de tentativa – hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627– que concurre materialmente con los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas de fuego en grado de tentativa, en concurso real con homicidio calificado por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito y procurar la impunidad para sí o para terceros, reiterado en dos oportunidades una de ella en grado de conato**, -hecho 5 de la causa 7627- rechazando en consecuencia el planteo de inconstitucionalidad de la prisión perpetua, formulado por la



defensa (arts. 5, 12, 19, 29 inc. 3ero., 42, 44, 45, 55, 80 inc. 7mo., 166 inc. 2do., párrafo segundo, Código Penal). **XIII) CONDENAR a SEBASTIÁN ALEJANDRO GUERRA** de las condiciones personales obrantes en autos a la **PENA DE PRISIÓN PERPETUA, accesorias legales y COSTAS**, por resultar ser **coautor de los delitos de robo con armas de fuego reiterado en tres oportunidades una de ellas en grado de tentativa** –hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627– **que concurre materialmente con los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas de fuego en grado de tentativa, en concurso real con homicidio calificado por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito y procurar la impunidad para sí o para terceros, reiterado en dos oportunidades una de ella en grado de conato**, -hecho 5 de la causa 7627- rechazando en consecuencia el planteo de inconstitucionalidad de la prisión perpetua, formulado por la defensa (arts. 5, 12, 19, 29 inc. 3ero., 42, 44, 45, 55, 80 inc. 7mo., 166 inc. 2do., párrafo segundo, Código Penal). **XIV) DECLARANDO a BRIAN DANIEL EMANUEL NOGUERA** de las condiciones personales mencionadas al inicio, **AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE** del delito de **encubrimiento calificado reiterado en cinco oportunidades que concurren materialmente entre sí** (causa 7801), **CON COSTAS** (arts. 45, 55 y 277 inc. 1 c y 3 apartados a, b y c del Código Penal y 530 y ss. del C.P.P.N.). **XV) CONDENANDO a BRIAN DANIEL EMANUEL NOGUERA a la PENA de TRES AÑOS de prisión**, en orden al hecho por el que fuera declarado penalmente responsable en el punto dispositivo precedente (art. 4to. de la ley 22.278 en función de la ley 23.849). **XVI) EXTRAER TESTIMONIOS** de las piezas procesales pertinentes a fin de ser remitidas a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, para que mediante sorteo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

de estilo se desinsacule el juzgado del fuero que deberá investigar la posible comisión de un delito de acción pública...”

II. Contra dicha sentencia se interpusieron una serie de impugnaciones.

Por un lado, a fs. 3510/3521vta., el señor defensor particular de Sebastián Alejandro Guerra interpuso recurso de casación, invocando como puntos de agravio de ese remedio recursivo las nulidades de la labor policial, de las intervenciones telefónicas y de los allanamientos, una deficiente y defectuosa valoración de los hechos del proceso y, por último, la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

Por otra parte, las señoras representantes del Ministerio Público Fiscal Susana Pernas y Marina Whittall impugnaron la mencionada sentencia a través de la vía casatoria; solicitando a esta Cámara que se revoque parcialmente dicha decisión, por entender que resulta ser arbitraria en su valoración probatoria, y se condene entonces a los señores Horacio Eduardo Arroyo y Brian Daniel Emanuel Noguera. Asimismo, se requiere la aplicación de las agravantes contempladas en los artículos 41 *bis* y 41 *quater* del Código Penal (CP), aunque ésta última sólo en relación con el primero de los antes nombrados; se pide igualmente la condena de todos los involucrados por el delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal; y finalmente se cuestiona también el hecho de que en la sentencia no se haya valorado ni que se dieran argumentos respecto a la aplicación de la agravante contemplada en el inciso octavo del artículo 80 del CP (cfr. fs. 3522/3544).

De igual manera, la Dra. Claudia López Reta, defensora pública oficial a cargo de la Defensoría Pública de Menores ante los Tribunales Orales Criminales N° 3 de esta ciudad, interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad a fs. 3545/3553vta.; por medio del cual solicitó primeramente que se proceda a reducir la pena de su asistido, el señor



Cristian Damián Sotelo, a diez (10) años de prisión, de conformidad con lo que establecen los artículos 44, inciso tercero, y 56 del CP, 4º, *in fine*, de la ley 22.278, y 37, inciso b, de la Convención de Derechos del Niño (CDN); y en segundo término, requirió también que se declarase la inconstitucionalidad del artículo 14 del CP, toda vez que ése colisionaría con los artículos 25, 37.b y 40.1 de la CDN, 5.6 y 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 6º de la Ley de Ejecución Penal (LEP).

Idéntica actitud adoptó el señor defensor público oficial Damián Muñoz, titular de la Defensoría Pública Oficial N° 2 ante los Tribunales Orales de Menores, en cuanto a fs. 3554/3580 interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad por entender que las intervenciones telefónicas practicadas en autos deben ser declaradas nulas, que la sentencia en cuestión carece de motivación, que ha existido una violación al principio de congruencia, que se ha efectuado una errónea calificación legal de los hechos, que no ha sido correctamente interpretado y aplicado el artículo 4º de la ley 22.278 y que corresponde además declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 del CP y de la prisión perpetua.

III. Con posterioridad, a fs. 3584/3585 el Tribunal Oral de Menores N° 2 de Capital Federal concedió la totalidad de los recursos antes mencionados. Asimismo, a fs. 3602, 3603, 3604 y 3605 cada uno de los impugnantes mantuvo su respectivo recurso ante esta Cámara.

IV. Así las cosas, el 15 de mayo de 2015 se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara, y sus integrantes decidieron otorgar a los recursos el trámite previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN); aunque al mismo tiempo declararon inadmisibile el recurso interpuesto por la fiscalía en lo que hace exclusivamente a la impugnación del punto XV de la sentencia recurrida, por medio del cual se condenó al señor Noguera (cfr. fs. 3608/3608vta.).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

V. En el término de oficina, previsto por los artículos 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, se presentaron los Dres. Reta a fs. 3613/363615vta., Maciel a fs. 3616/3635vta. y Angrisani a fs. 3636/3690.

En tales escritos los señores defensores ampliaron la fundamentación de los agravios oportunamente indicados en sus correspondientes recursos; sin perjuicio de lo cual, el Dr. Mariano Patricio Maciel, a cargo de la Unidad de Actuación N° 2 ante esta cámara y que pertenece al Ministerio Público de la Defensa, introdujo un nuevo agravio, solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la agravante contemplada en el inciso séptimo del artículo 80 del CP, sobre la base de la fundamentación brindada en un precedente del Tribunal Oral en lo Criminal N° 23 de esta ciudad capital, suscripto por los señores jueces Jantus y Magariños el 18 de noviembre de 2009 en la causa N° 3189, seguida a Matías Ariel Moreira, y que pertenece al registro de esa judicatura.

VI. El 31 de agosto de 2015 se celebró la audiencia prevista por el artículo 468 del CPPN, a la que comparecieron todos los interesados; realizándose de igual modo la audiencia de conocimiento que prevé el artículo 41 del CP (cfr. el acta de fs. 3728/3728vta.).

VII. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

El juez **Horacio Leonardo Días** dijo:

1) La intervención de este tribunal está dada por la presentación de los recursos reseñados precedentemente, los que fueron interpuestos contra la sentencia dictada en este expediente por el Tribunal Oral de Menores N° 2 de Capital Federal, y cuya parte dispositiva ya ha sido transcripta.



Como bien puede observarse de los agravios planteados en tales impugnaciones, los recurrentes solicitan la intervención de esta Cámara en relación con una variedad de problemas y respecto a un total de diez (10) hechos, la mitad de ellos correspondientes a la causa N° 7627 y los restantes cinco (5) pertenecientes a la causa N° 7801, ambas del registro del mentado tribunal de menores.

Esta circunstancia impone entonces, a mi modo de ver las cosas, el efectuar un abordaje de todos los agravios invocados en forma separada por causa y, al mismo tiempo, comenzar por aquéllos de carácter general para luego afrontar el tratamiento de los que poseen una naturaleza mucho más específica.

Por otro lado, es importante recordar aquí que el ámbito de intervención de esta cámara se encuentra circunscripto siempre a los planteos por incoados por los impugnantes (cfr. el art. 445 del CPPN que consagra el principio dispositivo en materia recursiva y las explicaciones que he desarrollado en la causa n° CCC 39411/2010/TO1/CNC1, caratulada “Rolón Miguel Ángel s/ abuso sexual”, Registro n° 996/2016, resuelta el pasado 13 de diciembre de 2016 por la Sala IIIª de esta cámara), por lo que, en consecuencia, el abordaje que se expondrá a continuación quedará limitado a esos.

2) Aclarada así la metodología de exposición, toca ahora abocarme al estudio de los agravios concernientes a los hechos que integran la primera de las dos causas antes mencionadas.

Con relación a ésa debe decirse que los recurrentes que ejercieron la defensa técnica de los acusados han planteado lo siguiente, a saber: I) nulidades de la labor policial, de las intervenciones telefónicas y de los allanamientos; II) deficiente, defectuosa y/o arbitraria valoración de los hechos y de las pruebas del proceso; III) errónea calificación legal y determinación de la participación; IV) afectación del principio de congruencia; V) errónea interpretación y





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

aplicación del artículo 4° de la ley 22.278; VI) inconstitucionalidad de la prisión perpetua en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 y también en razón del artículo 14, ambos del CP; y VII) inconstitucionalidad del inciso séptimo que pertenece al artículo 80 del CP, cuyo pedido fue introducido en términos de oficina.

Finalmente, respecto a ese mismo expediente la fiscalía también interpuso recurso de casación para requerir que esta cámara revisara la absolución de los imputados Arroyo y Noguera (puntos VI y VII de la referida sentencia).

Por otro lado, en lo que hace a la causa N° 7801 del registro del nombrado tribunal de menores el agravio introducido por la defensa oficial respecto a los cinco hechos que integran ese expediente está dado por una errónea aplicación de la ley 22.278 y por una falta de fundamentación, en lo que hace a la pena finalmente aplicada al condenado Noguera.

Igualmente, el Ministerio Público Fiscal impugnó el punto XV de la citada decisión jurisdiccional, aunque como correctamente surge de las resultas dicho recurso fue declarado inadmisibles en lo que específicamente se refería a este agravio.

3) Agravio concerniente a los pedidos de nulidad

a) Así las cosas, comenzaré por tratar los pedidos de nulidad incoados por las defensas de los condenados Guerra, Baltazar y Sotelo.

El letrado defensor del primero de los antes nombrados, el Dr. Damián Roberto Angrisani, se agravia de la labor policial, así como también de las intervenciones telefónicas y de los allanamientos que fueron dispuestos como consecuencia de ésta.

Funda dicha solicitud en una supuesta actuación ilegítima por parte de la policía, toda vez que el agente de la Comisaría 38° de la Policía Federal Argentina Radziwit no pudo aportar ningún dato personal, relativo a los supuestos vecinos que se acercaron



espontáneamente a él para brindarle información acerca del hecho en el cual resultaran damnificados Campilongo y Ghiglione; entendiendo asimismo e inclusive que, por su pertenencia a dicha seccional, el nombrado agente policial podría haber tenido algún grado de conocimiento previo y/o de animosidad para con su asistido.

Ya en la presentación que se efectuara en términos de oficina, esa defensa reiteró la nulidad de la pesquisa policial que posibilitó la ilegítima individualización y aprehensión de los acusados, toda vez que no se pudo justificar el cómo o de quiénes obtuvieron la información incriminatoria. En este sentido, se destacó también que durante el juicio oral y público los policías Razdiwit, Nieto y Ojeda no pudieron aclarar tales extremos.

Y de igual manera, se solicitó la nulidad de la orden judicial que dispuso las intervenciones telefónicas por considerar a dicha decisión como infundada, dado que no se habrían observado los requisitos constitucionales y/o rituales aplicables a una resolución de esa naturaleza y ya que simplemente se habría recurrido al empleo de clichés tales como “constancias de la causa” y “motivos fundados”. También se cuestiona en dicha presentación a la orden de allanamiento.

Finalmente, durante la audiencia celebrada en esta Cámara en los términos del artículo 465, *in fine*, del CPPN, a este respecto, el defensor Angrisani hizo hincapié especialmente en la cuestionable actuación del agente policial Radziwit.

b) Por otro lado, como se señaló al inicio de este mismo punto, el letrado defensor de los señores Baltazar y Sotelo, el Dr. Damián Muñoz, también articuló una solicitud de nulidad de las intervenciones telefónicas, sobre la base de considerar que existieron en el presente expediente serias irregularidades en las tareas de inteligencia llevadas a cabo por la Policía Federal Argentina.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

En efecto, la fundamentación de tal planteo estuvo dada por una falta de control sobre cómo se obtuvieron los datos de los imputados que habrían brindado los vecinos. Es que para esa defensa técnica, lo cuestionable no es la posibilidad de llevar adelante tareas de inteligencia, cuya legitimidad no se tacha, sino su falta de control; ello, toda vez que los policías no pudieron dar detalle alguno respecto a cómo se obtuvo la información empleada para llevar adelante después las intervenciones, la cual siempre permaneció bajo un carácter anónimo.

Asimismo, se cita el fallo “Quaranta” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), como precedente supuestamente aplicable a este caso, y se termina concluyendo que todo se encontraría teñido de dicha nulidad, con excepción de la condena dictada a Sotelo por los hechos número 4 y 5, dado que el acusado mismo reconoció su participación en ellos durante el debate.

Luego, en los términos de oficina, el señor defensor público oficial ante esta Cámara, el Dr. Mariano Patricio Maciel, profundizó las líneas argumentales ya brindadas por su colega Muñoz, ahondando en las explicaciones relativas a la garantía de privacidad y prohibición de injerencias a la intimidad de que goza todo ciudadano; trayendo a colación, a tales fines, jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH– (cita, respectivamente, a los casos “Katz v. U.S.” y “Klass y otros v. Alemania”), además de un voto en disidencia emitido por el Dr. Petracchi en la causa “Torres” (cfr. *Fallos* 315:1043).

Asimismo, también apoyándose en numerosos precedentes de la CSJN bastante conocidos (como es el caso de “Rayford”, “Ruiz”, “Francomano” y “Mattei”), se pide –como consecuencia y solución lógica a la nulidad de las intervenciones telefónicas aquí invocadas– la nulidad también de todo lo obrado en su consecuencia.



Por último, durante la audiencia celebrada ante esta cámara se indicó que la fundamentación que a este respecto brindó la sentencia impugnada era inexacta y contradictoria; además de que las distintas decisiones judiciales por medio de las cuales se había hecho lugar a las intervenciones telefónicas no estaban debidamente fundadas.

En igual sentido, se recordó nuevamente el citado trabajo del Dr. Luis García, además del precedente “Quaranta” de la CSJN; agregándose a ello también el fallo “Halabi” de dicho tribunal y afirmándose que no existía ninguna otra vía independiente de investigación.

c) La cuestión traída a estudio de esta cámara efectivamente involucra garantías de rango constitucional, relativas a la protección de la intimidad de las personas y de sus comunicaciones.

En tal sentido, entiendo que el resguardo de ambas esferas privadas de las personas frente a posibles intromisiones por parte del Estado siempre ha encontrado amparo en nuestro artículo 18 de la Constitución Nacional (CN), desde el momento en que ese estipula – entre otras cosas– la inviolabilidad de la correspondencia epistolar; la que al momento de la sanción de nuestra Constitución Nacional constituía el principal medio de comunicación entre las personas.

Asimismo, esta interpretación también se encontraba reforzada primeramente por el artículo 33 de la CN, en el sentido de que dicha norma expresamente aclara que las declaraciones, derechos y garantías allí enumeradas no pueden ser entendidos como negación de otros derechos y garantías no indicadas, pero que nazcan del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Y con posterioridad, ya de manera un poco más precisa, el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), cuerpo normativo que alcanzó rango constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno luego de la reforma





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

constitucional de 1994 (cfr. su artículo 75, inciso 22), estableció que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y en su correspondencia; indicándose en su segundo párrafo que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

d) Ahora bien, dicho esto, queda claro entonces que estamos en presencia de ámbitos del individuo que merecen protección frente a potenciales interferencias por parte del Estado.

Sin embargo, afirmar ello no significa que tales injerencias se encuentren totalmente vedadas. En efecto, es el mismo constituyente quien –en el marco de las tensiones existentes en el proceso penal entre las garantías y los derechos constitucionales de los ciudadanos, por un lado; y por el otro, el deber del Estado de “afianzar la justicia” (uno de los objetivos que se declaman en el Preámbulo de la CN) y, por ende también, de reprimir el delito– ha establecido una regla para alcanzar ese equilibrio bastante difícil de lograr, ya que en su mismo artículo 18 se dispone, luego de consagrar la inviolabilidad de la correspondencia, que “...una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”; en tanto que en su artículo 28 se afirma igualmente que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Por lo tanto, el mandato constitucional es bien claro, en cuanto si bien garantiza la protección de la privacidad que deben gozar los ciudadanos en sus comunicaciones personales, al mismo tiempo habilita a que la ley regule supuestos en los cuales, bajo ciertas condiciones que no impliquen en los hechos una alteración de dicha garantía, el Estado podrá legítimamente interferir en ese ámbito privado del ciudadano.



e) Así las cosas, se impone entonces recurrir en el presente caso al CPPN, dado que dicho cuerpo normativo constituye la ley a la cual el constituyente se remite en este tema.

Dentro del CPPN se encuentran reguladas las intervenciones telefónicas en su artículo 236. En dicha norma se establece lo siguiente, a saber: “El juez podrá ordenar, **mediante auto fundado**, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas” (la negrita me pertenece).

De su lectura entonces surge claramente que, como requisito esencial para intervenir una comunicación telefónica, el magistrado sólo podrá efectuar ello si media una resolución que explique en forma motivada las razones por las cuales se dicta una medida de esa naturaleza; debiendo llevarse a cabo, lógica y adicionalmente, en el marco de un proceso penal iniciado en forma previa.

Al mismo tiempo, como ya se tuvo oportunidad de reseñar aquí, es precisamente la supuesta falta de fundamentación de las resoluciones que ordenaron las intervenciones telefónicas en cuestión, lo que han argumentado las defensas de los condenados Sotelo, Baltazar y Guerra al momento de articular dicho agravio en sus respectivos recursos de casación.

f) En consecuencia, el panorama hasta acá descripto impone el análisis de las decisiones judiciales que resultan ser objeto de cuestionamiento, así como también el estudio de las constancias obrantes en autos que fueron invocadas en tales resoluciones como fundamento del dictado de las medidas que han sido tachadas de nulas. Estas son los autos que lucen a fs. 373/374vta. y a fs. 468/469, respectivamente.

En el primero de ellos, el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 14, Secretaría 143, dispuso la inmediata intervención de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

las líneas telefónicas identificadas con los números 678-XXXX, 156918XXXX, 4633-XXXX, 4634-XXXX y 4921-XXXX, por el término de quince (15) días ininterrumpidos durante las veinticuatro horas y con el objeto de grabar todas las conversaciones mantenidas a través de éstas.

El magistrado interviniente, previo repaso de los distintos elementos probatorios colectados en la causa hasta ese momento, fundó la mentada medida al hacer propios los argumentos esgrimidos por el representante del Ministerio Público Fiscal y dado que, en su opinión, tales pedidos resultaban conducentes para individualizar a los autores del hecho investigado. De igual manera, fundó normativamente esta resolución en el citado artículo 236 del CPPN.

Asimismo, el pedido incoado por la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 31, el cual luce a fs. 311/312vta., tuvo por fundamento las investigaciones efectuadas por la División Homicidios de la P.F.A., por medio de las cuales se obtuvieron los datos personales de quienes habrían estado involucrados en los hechos objeto de investigación, así como también sus domicilios y abonados telefónicos.

Y a su vez, las conclusiones de tales investigaciones fueron volcadas en una nota que obra a fs. 308/310, a través de la cual se dio cuenta de los resultados obtenidos por personal policial perteneciente a la Seccional 38°, las que fueron desplegadas en su oportunidad por orden de la fiscalía interviniente.

Por otro lado, la restante resolución impugnada que luce a fs. 468/469, la que fuera dictada un día después –esto es, el 24 de noviembre de 2012– de su homóloga medida antes mencionada, también se remite a la petición incoada por la fiscalía a fs. 467, la que se origina a su vez en el oficio remitido por la División Homicidios de la P.F.A. que obra a fs. 466, y que se funda al mismo tiempo en las consideraciones ya dadas a fs. 308/310.



g) Reseñadas entonces las resoluciones que deben ser objeto del presente análisis, no hay dudas que las dos decisiones jurisdiccionales se apoyan en los respectivos pedidos fiscales y éstos, a su vez, en las investigaciones policiales desarrolladas en forma previa.

Esta situación impone consecuentemente adentrarse en el estudio de las facultades investigativas que poseen las fuerzas policiales y cuáles son asimismo los alcances de éstas.

Como se sabe, esta cuestión se encuentra regulada por el artículo 183 del CPPN, en cuyo primer párrafo se establece que “la policía o las fuerzas de seguridad deberán investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación”. Ello es así, pues “los intereses públicos afectados por el hecho sospechado de ser delictuoso, obligan al Estado a instaurar ciertos órganos con el fin de hacer viable el comienzo de la investigación o pesquisa (art. 195)” (D’ALBORA, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 8ª edición corregida, ampliada y actualizada por Nicolás D’Albora, 2009, p. 299).

Al mismo tiempo, no debe perderse de vista que tal actividad es desarrollada durante la etapa del procedimiento llamada “instrucción”, la que busca –entre otros fines– comprobar la existencia de un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad; establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad; e individualizar a los partícipes (cfr. el artículo 193 del CPPN).

Asimismo, dicha etapa se encuentra a cargo –por regla general– del juez de instrucción, aunque cuando el sumario por un hecho ilícito no tenga autor individualizado corresponderá entonces que la dirección





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

de la investigación quede delegada desde el inicio de las actuaciones en el Ministerio Público Fiscal, con noticia al juez competente en turno (cfr. los artículos 194 y 196 *bis*, respectivamente, ambos del CPPN); pudiendo iniciarse por requerimiento fiscal, prevención o información policial (cfr. el artículo 195 del CPPN). Ésta última se encuentra regulada a su vez por el artículo 186, el que ordena a los encargados de la prevención comunicar inmediatamente al juez competente y al fiscal el inicio de las actuaciones de prevención, y actuar bajo la dirección de éstos como auxiliares judiciales.

h) Recordados tales extremos normativos, si se efectúa una atenta lectura de la totalidad de las actuaciones que integran el expediente durante la fase procedimental de la instrucción se puede apreciar lo siguiente, a saber:

I) Que la presente causa ha tenido origen en la prevención policial iniciada por la Seccional 41° de la P.F.A. en razón del enfrentamiento armado que involucró a personal policial con fecha 20 de noviembre de 2012 (sumario policial N° 3265/12), dándose inmediata intervención a la fiscalía de turno, la número 38, la cual a su vez ordenó la realización de ciertas medidas de investigación (cfr. el acta de fs. 1/3);

II) Que con posterioridad, la Comisaría 47° remite copias de la declaración del damnificado y del parte sumarial correspondientes al sumario N° 3802/2012, en virtud de lo ordenado por el juzgado instructor y toda vez que los hechos investigados en ambos podían guardar relación entre ellos (ver acta de fs. 51);

III) Que igual tesitura se aplicó al sumario 7560/2012 de la Comisaría 38°, iniciado por el hecho delictivo ocurrido el día 19 de igual mes y año, y en el marco del cual se le dio intervención también a la mencionada fiscalía de instrucción y a la fiscalía de instrucción de Nueva Pompeya y Parque Patricios, ordenando ésta última que se



llevaran a cabo diligencias tendientes a esclarecer el hecho objeto de ese sumario;

IV) Que en el ámbito de este último sumario, con fecha 21 de noviembre de 2012, el agente de la P.F.A. Maximiliano Radziwit se constituyó en el lugar donde habría acaecido el hecho objeto de investigación, secundado por el sargento Hernán Minieri, siendo contactado allí por vecinos del lugar, quienes se negaron a aportar sus datos filiatorios por temor a futuras represalias, dada la alta peligrosidad que posee el barrio en cuestión, los cuales manifestaron que el vehículo Ford Fiesta Sinetic, abandonado en ese lugar en el día de ayer, fue avistado en una calle sin denominación que divide los barrios “Rivadavia I y II”, a la altura de una virgen, y que fue abordado por personas del sexo masculino que responden a los nombres de Damián Sotelo y Nicolás Baltazar, y a los apodos de “Papa” y “El Polaco”, quienes se hallaban apoyados por una moto color roja que era tripulada por dos personas de sexo masculino que serían de Villa Soldati, observando al mismo tiempo que en horas de la madrugada estas personas abandonaron el rodado detrás de la escuela N° 12 y dijeron “vamos a prenderlo fuego que matamos a un poli”; motivo por el cual se le dio inmediato aviso a la fiscalía interviniente, la cual tomó conocimiento de todo lo actuado y ordenó plasmar esto en una declaración; aportando el declarante Radziwit, de igual manera, algunos datos relativos a los domicilios de los nombrados Baltazar, “Papa” y “El Polaco”, además del lugar donde viviría Fabián Sotelo (consúltese la declaración de fs. 102/103);

V) Que con posterioridad obra también a fs. 224/225 una declaración del Inspector Diego Busto, perteneciente a la Seccional 41°, quien vertió manifestaciones de igual tenor a las realizadas por Radziwit, en el sentido antes expuesto, aclarando que en el lugar se encontraban éste último y el Subinspector Leonardo Nieto de la Brigada de Homicidios de la P.F.A. e indicando asimismo que se efectuaron comunicaciones





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

con la fiscalía actuante, la cual ordenó primeramente plasmar dicha declaración por escrito y luego requirió que se determinen todos los datos necesarios a través de testigos y damnificados, y que se trabaje en conjunto con la mencionada brigada policial;

VI) Que igualmente puede observarse a fs. 262/262vta. que en el marco del sumario policial N° 5037/2012, iniciado en virtud de haberse hallado el vehículo marca Volkswagen “Vento”, patente KGZ-847, el cual estaba incendiándose en el lateral Lacarra y el Pasaje “L” del Barrio Carrillo, se efectuó consulta inmediata con la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 38, la que dispuso realizar tareas investigativas tendientes a captar comentarios en el barrio relacionados con tal hecho;

VII) Que a fs. 286, con fecha 21 de noviembre de 2012, la referida fiscalía N° 31 ordenó a una serie de empresas telefónicas que informaran el tráfico de llamadas telefónicas y comunicaciones de radio (*trunking*) practicadas por sus respectivos abonados en el término comprendido entre las 23:00 horas del 20 de noviembre y las 02:00 horas del 21 de noviembre, ambos del 2012, respecto de las antenas que tienen cobertura en el área donde ocurrieron los diversos hechos investigados;

VIII) Que al día siguiente, dicha dependencia del Ministerio Público Fiscal le dio ingreso formal a este legajo en sus registros, de conformidad con la manda del artículo 196 *bis* del CPPN, efectuando una reseña de todos los hechos ocurridos, las medidas ordenadas y los resultados obtenidos, además de convocarse –con fines investigativos y en los términos de los artículos 212 y siguientes del CPPN– a los integrantes de la División Homicidios de la P.F.A. (*vid.* fs. 292/305);

IX) Que a fs. 307 obra una constancia actuarial labrada en ocasión de la comparecencia ante la sindicada fiscalía del Subinspector Leonardo



Alberto Nieto, perteneciente a la División Homicidios de la P.F.A., a quien se le encomendó la realización de tareas investigativas;

X) Que en el ya aludido pedido incoado a fs. 308/310 por la División Homicidios de la P.F.A. se indicó que, en base a lo ordenado por la fiscalía interviniente y teniendo en cuenta lo informado en forma previa por los vecinos del lugar, se determinó por el sistema de antecedentes comerciales NOSIS, así como también gracias a las actuaciones labradas en dicha seccional en el marco de otra causa, en la cual la hermana del señor Damián Sotelo aportó datos personales, cuál era el domicilio y el abonado del nombrado. De igual manera, en relación con Nicolás Baltazar, luego de practicarse averiguaciones en las inmediaciones del lugar donde presuntamente se domiciliaba, se pudo determinar que efectivamente residía allí y que años atrás había sido detenido por secuestro extorsivo, lo que motivó una consulta con la correspondiente División Antisecuestros de la P.F.A., la cual aportó sus datos filiatorios, domicilio y número telefónico. A mayor abundamiento, se realizaron también consultas a este fin mediante los sistemas NOSIS, IDGE de la P.F.A. y Telexplorer; arrojando todos resultados coincidentes. Por otra parte, se informa también que en relación con los apodados “Papa” y “El Polaco” no era posible por el momento aportar mayores datos.

XI) Que finalmente, en el restante pedido efectuado a fs. 466/466vta. por la policía se indicó que, de acuerdo a averiguaciones practicadas por esa fuerza, la persona apodada “Papa” sería Sebastián Alejandro Guerra, en tanto que “El Polaco” sería alguien de apellido Lescano; surgiendo también, por tareas de inteligencia y del legajo de identidad del nombrado Guerra, una serie de abonados telefónicos.

Por otra parte, durante la audiencia de juicio oral, público, continuo y contradictorio se tuvo la oportunidad de escuchar a los agentes policiales que participaron en tales actividades de investigación, el sargento Minieri, el cabo Bordón, el subinspector





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Nieto y el inspector Ojeda; quienes brindaron una explicación relativa a la metodología aplicada en este caso, siendo contestes, coherentes y consistentes en sus dichos.

i) Al analizarse el conjunto de las medidas que se fueron tomando hasta arribar a las resoluciones que han sido objeto de impugnación, primeramente puede apreciarse que la totalidad de las actuaciones aquí labradas han tenido su origen en diversos hechos que motivaron la intervención de la policía en carácter de prevención.

De igual manera, en cada una de tales intervenciones policiales, el personal a cargo efectuó las inmediatas consultas y comunicaciones con el Ministerio Público Fiscal actuante; resultando ser diversas, inclusive, las dependencias de dicho ministerio que intervinieron inicialmente.

En cada una de esas ocasiones, la autoridad judicial a cargo – siendo en este caso indiscutiblemente la fiscalía, ya que todos los hechos fueron cometidos por autores desconocidos– ordenó la realización de una serie de medidas, todas ellas tendientes precisamente a cumplir con la función que el código ritual le asigna en estos casos: esto es, comprobar la existencia de un hecho delictivo, delimitarlo en forma clara y determinar quiénes son los responsables de su comisión.

Asimismo, consecuentemente con lo antes expuesto, se advierte que el personal policial se limitó a cumplir con las instrucciones impartidas desde las distintas fiscalías actuantes; haciendo uso entonces de sus facultades dentro de los límites legales vigentes.

En efecto, entiendo que la realización de tareas de investigación en forma discreta y encubierta, previa orden judicial emanada en el marco de un procedimiento penal, constituye el legítimo ejercicio de una facultad legal reglada que, de por sí y bajo las condiciones existentes en autos, las que fueron motivo de descripción previa, no afecta ninguna garantía constitucional.



Es que, como claramente surge de la presente causa, no hay dudas de que frente a una serie de hechos ilícitos ocurridos en la vía pública, y ante los cuales las fuerzas de seguridad estuvieron obligadas a intervenir, se impone la ejecución de una serie de medidas investigativas. Y entre ellas, claro está, se encuentra la identificación y el posterior interrogatorio de las personas que hayan presenciado o tengan conocimiento del hecho en cuestión.

Luego, el llevar adelante esta medida puede generar dos panoramas diferentes: que no se encuentren personas en condiciones de brindar datos relevantes para la investigación; o bien, que sí existan. En esta última hipótesis es posible advertir asimismo dos variantes, a saber: que estos individuos se identifiquen y, consecuentemente con ello, sean convocados a declarar en sede policial y/o (luego) ante los estrados tribunales; o bien, que en virtud de diferentes razones (generalmente por miedo o inseguridad) no quieran brindar sus datos filiatorios, tornando así imposible su comparecencia a testificar.

Esta última situación ha sido la configurada en autos, constituyendo el eje central sobre el cual versan las impugnaciones que en esta materia han incoado ambas defensas. Sin embargo, nuevamente entiendo que no existe ningún impedimento legal ni constitucional para que se pueda hacer uso de semejantes datos, al menos con el alcance aquí otorgado.

En efecto, los elementos aportados por las personas que no quisieron identificarse fueron tomados en forma exclusiva, conjuntamente con el resto de las actuaciones que se labraron en razón de la totalidad de los hechos ilícitos producidos y que motivaron la intervención de la policía en carácter de prevención, para sostener una nueva medida de investigación, como es una intervención telefónica, y no para fundar una condena judicial.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Con esto quiero decir que si bien es cierto lo señalado por las defensas, en cuanto indicaron que no tuvieron oportunidad de saber quiénes habían efectuado tales declaraciones y, con ello, de confrontarlas luego a una serie de potenciales preguntas, lo cierto es que tales elementos han sido valorados –de manera conjunta con otros ya existentes en los distintos sumarios policiales– sólo y exclusivamente a los efectos de permitir el avance de la presente investigación; mas no así, al único objeto de encontrar responsables por este medio a los acusados.

Esto entonces nos conduce al meollo de toda la cuestión, pues en definitiva la pregunta que aquí debemos formularnos es simplemente aquélla que tiene por objeto interrogarnos acerca de la fundamentación o no de la medida acá impugnada; teniendo en cuenta para ello el panorama normativa y el estado de las constancias obrantes en autos antes trazado.

Y frente a ello, la respuesta debe ser afirmativa; ya que compartiendo aquí las palabras de una de las voces más autorizadas en la Argentina que hay en esta materia, el Profesor Julio Maier, no hay dudas de que al tener que determinar las exigencias mínimas que autorizan la emisión de una orden como la aquí impugnada, “...parece necesario **comprobar la existencia de una persecución penal concreta** (cuyo objeto concreto esté definido: hecho punible investigado), **un cierto grado de conocimiento** sobre él, la **probabilidad de que nos hallemos frente a un hecho punible**, y la **necesidad de la medida** para impedir su resultado, su aprovechamiento o las consecuencias ulteriores, o **para asegurar** elementos de prueba sobre la infracción, **la persona del autor o del partícipe en él. Es como consecuencia de ello que la decisión de emitir la orden debe ser fundada** (en el sentido de establecer el hecho punible probable que se trata de prevenir o verificar) **y que la orden misma debe**



determinar concretamente su finalidad de modo preciso, constando en ella, por ejemplo, el lugar que debe ser allanado, los papeles o las cosas a secuestrar, las comunicaciones a interceptar, etcétera” (MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I: “Fundamentos”, Editores del Puerto s.r.l., 2ª edición, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 2004, p. 682; la negrita me pertenece).

j) Por lo demás, en lo que hace a la cita de los precedentes de nuestra CSJN “Quaranta” y “Halabi” entiendo que esas sentencias no resultan aplicables al presente caso, desde el momento en que las circunstancias fácticas que integraban las constancias de tales expedientes difieren sustancialmente de las configuradas en los presentes autos.

En efecto, como se sabe, en el primero de los fallos antes nombrados, la CSJN efectuó un análisis relativo a los derechos y garantías que se encuentran comprometidos en situaciones como la que aquí se encuentra bajo estudio, asignándosele a ellos un significado y alcance similar al presente, destacándose respecto a los hechos que marcaron ese caso que una intervención telefónica “...sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando **median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable** (ver «Yemal», disidencia del juez Petracchi, considerando 5º y sus citas, Fallos: 321:510). 20) Que, en el caso, el juez no expresó en el auto de fs. 3 las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, **tampoco remitió a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable** y, por último, **ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada**. En efecto, **lo único con que se contaba a ese momento consistía, simplemente, en datos aislados y afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo irrelevantes la mayoría de ellos a los**





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

fines del objetivo perseguido... Que, asimismo, **ninguna investigación se encontraba en marcha en ocasión de disponerse la intervención** ordenada a fs. 3, sino que esa medida de coerción puso en marcha una investigación judicial vulnerando derechos amparados constitucionalmente sin justificación conocida, revelándose así una vez más la falta de presupuestos para llevarla a cabo. 21) Que, en definitiva, si la mera expresión de la sospecha de un funcionario público no constituye *per se* la base objetiva a la que se viene haciendo referencia (causa «Yemal», disidencia del juez Petracchi, considerando 5° y sus citas, Fallos: 321:510), tampoco puede entenderse que lo sean las vagas afirmaciones formuladas en un llamado telefónico anónimo. **Que si el Estado pudiera entrometerse en el secreto de las comunicaciones telefónicas a partir de «sospechas» de la entidad de las descriptas más arriba, el derecho reconocido constitucionalmente resultaría ciertamente de poca o ninguna relevancia”** (Fallo de la CSJN dictado en autos “Quaranta, José Carlos s/ inf. Ley 23.737 –causa N° 763–” de fecha 31 de agosto de 2010; el destacado es propio).

Por otra parte, tampoco se aprecian las razones por las cuales sería aplicable a esta situación los lineamientos trazados por la CSJN en el precedente “Halabi”, pues la cuestión allí tratada si bien presenta de manera directa un vínculo con esta problemática (a saber, el pedido de inconstitucionalidad formulado por el ciudadano Halabi contra la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04, en cuanto estos instrumentos autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine “en qué casos y con qué justificativos”), lo cierto es que las circunstancias que motivaron la interposición de dicho amparo son diametralmente diferentes a las que originaron estas actuaciones.

Ello, máxime si se recuerda que en el voto mayoritario de dicha sentencia expresamente se señaló lo siguiente, a saber: “24) Que, en



sentido coincidente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que el poder del Estado para garantizar la seguridad y mantener el orden público no es ilimitado, sino que «su actuación está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la **observación de los procedimientos conforme a Derecho (...) con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma**» (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C, n° 100, caso «Bulacio v. Argentina», sentencia del 18 de septiembre de 2003, ptos. 124 y 125; ver Fallos: 330:3801). Acerca de estas situaciones este Tribunal ha subrayado que **sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen** (Fallos: 306:1892; 316:703, entre otros). **Es en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas**” (Fallo de la CSJN dictado en autos “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – ley 25.873 – dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” y fechado el 24 de febrero de 2009; el resaltado es mío).

Finalmente, sin perjuicio de lo señalado previamente, en cuanto a que la medida impugnada por los recurrentes se encuentra totalmente fundada, respecto a lo señalado por la defensa del imputado Guerra a este respecto, en tren de analizar precedentes emanados de nuestro





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

último intérprete nacional de la CN, no escapa al suscripto que la misma CSJN ha considerado en el precedente “Minaglia”, por mayoría, como legítima una orden de allanamiento (que, como se sabe, compromete garantías constitucionales y presenta igualmente una reglamentación de similares alcances y características a los antes analizados) dictada a través de una resolución judicial que no indicó los motivos sobre los cuales esa decisión se fundamentó, cuando de las constancias obrantes en autos sí surgía la existencia de los elementos necesarios que avalaran el dictado de semejante medida.

En efecto, en tal sentencia se sostuvo que: “17) En la causa **ha concurrido** uno de los casos que exige la Constitución para la procedencia del allanamiento, esto es, **la prevención e investigación de un delito** (González, Joaquín V.: «Manual de la Constitución Argentina», Editorial Estrada, 1897, páginas 209/210). Además, **han existido también los justificativos que la ley**, conforme la manda constitucional, ha previsto como aquellos que pueden servir de fundamento a la medida, en tanto, a partir de diversos elementos arrojados al expediente (ya reseñados) se pudo construir una **razonable sospecha** en cuanto a que en la morada en cuestión podían encontrarse personas vinculadas al tráfico de estupefacientes y, a su vez, elementos relativos a tal actividad ilícita. Tales extremos permiten aseverar, entonces, que el allanamiento dispuesto por el juez ha estado debidamente justificado, en tanto **existió un procedimiento policial destinado a la prevención y represión de delitos y, en dicho marco, se hizo necesario, a partir de sospechas razonables fundadas en constancias agregadas al expediente, el ingreso de la fuerza pública a la finca para dar con los sospechosos e incautar el material relativo a la actividad ilícita**. A ello debe agregarse que, en razón de **haber sido precisamente un juez quien libró la orden de allanar**, el caso se ajusta a la exigencia que fijó esta Corte al interpretar y ampliar



la garantía de la inviolabilidad de domicilio al exigir que sean los magistrados quienes tengan a su cargo una decisión tan sensible como la de interferir en la vivienda de un ciudadano (Fallos: 306:1752, entre otros). En tal sentido, y habiéndose afirmado que en la presente causa se cumplieron las exigencias constitucionales que demandan que los allanamientos estén fundados en los casos y justificativos previstos por la ley y que sean dispuestos, en principio, por los jueces, debemos preguntarnos si el requisito de registrar esos fundamentos en un auto o acta puede tener una incidencia concreta en la protección contra las injerencias arbitrarias del Estado en los domicilios de los ciudadanos. Respondiendo a tal interrogante, esta Corte entiende que, en sentido constitucional, no existe tal conexión entre el requisito procesal en cuestión y la garantía de la inviolabilidad del domicilio, toda vez que **el hecho de que los motivos de un allanamiento consten o no en el acta respectiva (más allá de la eventual infracción procesal) no resulta en modo alguno suficiente para determinar si en un caso concreto han concurrido o no los casos y justificativos que exige la Constitución Nacional. Debe tenerse en cuenta, al respecto, que más allá de lo que se haga constar en el auto que dispone el allanamiento, lo que resulta esencial para que un allanamiento se ajuste a las pautas constitucionales es que del expediente (es decir, de las actuaciones públicas referidas a la investigación y sanción de una conducta presuntamente delictiva) surjan los motivos que le dieron sustento.** Por ello, el juez o tribunal que deba analizar un caso en el que se cuestione la validez de un allanamiento deberá siempre estudiar los extremos objetivos agregados al expediente, sea que en el auto de allanamiento y en la orden se hayan hecho constar los motivos del acto o no. Por supuesto que un auto de allanamiento en el que se hicieren constar los motivos del mismo puede llegar a facilitar la tarea antes apuntada, pero esto, sin embargo, es relativo, ya que puede darse el caso de un auto de allanamiento en el que se consignara con sumo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

detalle una serie de motivos para fundarlo que, en realidad, no existan o, al menos, no consten en el expediente. En tal supuesto, tendríamos un «auto fundado» en el sentido pretendido por el recurrente, pero en modo alguno tendríamos un allanamiento llevado a cabo conforme a la Constitución, pues, en tal caso, el ineludible estudio de las constancias del expediente nos llevaría a concluir que, en realidad, se trató de un allanamiento constitucionalmente inválido por no estar sustentado en elemento previo, objetivo y razonable alguno. En definitiva, y para que quede claro el criterio que se expone, no se pretende aquí afirmar algo tan absurdo como que los allanamientos puedan ser infundados, sino que lo que se quiere evitar es que se incluya en la garantía de la inviolabilidad de domicilio un requisito que en modo alguno resulta determinante para su real vigencia y que puede llevar a que en algunos casos (como el presente) se afirme que se ha afectado la garantía cuando, en realidad, ello no es así. Unas consecuencias tales llevarían más a desvirtuar el sentido de la garantía que a fortalecerla, toda vez que se desdibujaría el criterio para determinar cuáles son los auténticos casos constitucionales en los que se puede estar ante una concreta afectación de la garantía a la que aquí se hace referencia. Por otra parte, el criterio contrario podría llevar a declarar nulidades constitucionales de manera meramente simbólica y no porque hubiese existido una concreta afectación a la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Así, en el caso de autos, la decisión de anular el auto de allanamiento y la orden respectiva, y todo lo obrado en consecuencia, implicaría, tal como correctamente lo señalara el tribunal *a quo*, una declaración de nulidad por la nulidad misma, ya que, aún con esa eventual declaración de invalidez, subsistirían incólumes todas las constancias arrimadas al expediente que resultaron fundamento del allanamiento, pues estas fueron agregadas con anterioridad a la orden de allanamiento y, por tal motivo, no podrían ser afectadas por la anulación” (Fallo de la CSJN, “Minaglia, Mauro Omar y otra s/ infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)”,



de fecha 4 de septiembre de 2007; la negrita no se encuentra en el original).

Por lo demás, entiendo que la línea argumental hasta aquí desarrollada se encuentra reforzada en virtud de otras decisiones que ha tomado la CSJN en materia de intervenciones telefónicas, en los últimos tiempos, al dictar sentencia en los casos “Aparicio, Patricia Aurelia” (*Fallos* 341:150) y “Silva, Pablo Sebastián” (causa CSJ 58/2013(49-S)/CS1, fechado el 3 de noviembre de 2015); en tanto que, en lo concerniente a la actuación policial, se ha expedido este mismo año en el expediente n° CSJ 213/2015/RH1, caratulado “Halford, Jorge Rubén”, el pasado 27 de septiembre.

k) Como se indicó al inicio de este mismo acápite, la defensa del condenado Guerra también solicitó –de una manera algo laxa e imprecisa– que se declarara la nulidad de la orden de allanamiento.

Al respecto debo decir primeramente que, más allá de que específicamente no ha indicado cuál de los dos allanamientos practicados en autos sería ilegítimo, los argumentos genéricos que ha brindado el recurrente para terminar requiriendo la nulidad de esta medida, en forma conjunta con las ya citadas –relativas a las diligencias policiales y a las intervenciones policiales, todas las cuales acaecieron de forma previa en el expediente–, nos colocan frente a un planteo que sobre este punto en particular (esto es, el allanamiento y registro domiciliario) carece de una sólida fundamentación.

Pero, más allá de ello, lo cierto es que a la luz de las razones desarrolladas a lo largo de todo este acápite no hay dudas de que esta clase de resolución judicial, de acuerdo a cómo fue acá dictada, ha cumplido satisfactoriamente con los requisitos establecidos en nuestro CPPN; el que, como ya expliqué anteriormente, viene a reglamentar precisamente las excepciones a la garantía de la inviolabilidad del domicilio que consagra nuestra CN en su artículo 18.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

l) En efecto, esta materia se encuentra regulada en los artículos 224 y 225 del referido código ritual.

En lo aquí puntualmente interesa, el primero de ellos establece en su primer párrafo que “**si hubiere motivo para presumir** que en determinado lugar existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, **el juez ordenará por auto fundado el registro de ese lugar**” (la negrita me pertenece). Luego, el otro artículo aquí mencionado dice que “cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá realizarse desde que salga hasta que se ponga el sol. Sin embargo, se podrá proceder a cualquier hora cuando el interesado o su representante lo consienta, o en los casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público”.

Así las cosas, es más que claro que para el legislador existen en esta materia dos requisitos fundamentales que todo magistrado debe observar, a los efectos de dictar entonces una orden de registro y allanamiento legítima. El primero de ellos es la existencia de motivos que posibiliten presumir la necesidad de tal medida y el segundo de ellos, en tanto, es que dicho acto procesal de coerción sea llevado a cabo previo dictado de una resolución judicial fundada.

m) Ahora bien, cuando se examinan las dos órdenes de allanamiento, la primera de ellas obrante a fs. 1076/1092, en tanto que la restante glosada a fs. 1854/1855, bajo el halo de luz dado por las pautas antes mencionadas, no hay dudas que sendas resoluciones han cumplido acabadamente con las exigencias legales que reglamentan la garantía constitucional en cuestión.

Ello es así, ya que puestos a analizar qué significa que hayan motivos para que el Estado se entrometa en la vivienda de un ciudadano, “una aproximación al asunto desde su faz negativa, es decir,



a partir de lo que nunca debería ser considerado constitucionalmente pertinente a los fines de la expedición de una orden de allanamiento, aparece como conveniente a fin de comenzar a precisar el punto. Ya dijimos que los *justificativos/motivos* para presumir no podían ser arbitrarios. Pues bien, apelando a la conocida jurisprudencia de la CSN acerca de la arbitrariedad de las sentencias –pertinente para cualquier decisión que involucre garantías constitucionales– y sin pretender agotar todas las posibilidades, **puede decirse que aquellos justificativos no se habrían reunido cuando los motivos para presumir se basen en afirmaciones dogmáticas o aparentes, esto es, en afirmaciones carentes de sustentación objetiva, o bien en meras apreciaciones subjetivas del juzgador o en argumentos carentes de contenido, es decir, sin otro fundamento que su sola voluntad**” (GARAY, Guillermo, INCHAUSTI, Santiago, “El allanamiento de domicilio: la orden judicial y su fundamentación”, publicado en *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Florencia Plazas y Luciano Hazan compiladores, Del Puerto, 1ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2010, p. 151; el destacado es propio).

En efecto, la primera de estas dos decisiones realiza un minucioso y fundado detalle del plexo probatorio reunido hasta ese momento en la causa, por medio del cual se llega a la conclusión de que se encontraban configurados en autos los presupuestos necesarios para allanar los domicilios en esa resolución indicados. A tal medida se arriba, asimismo, como consecuencia del pedido incoado por el Ministerio Público Fiscal mediante su dictamen de fs. 978/997vta., mediante el cual el agente fiscal puso en evidencia el sustento fáctico y objetivo por el que ameritaba dictarse el allanamiento y el registro domiciliario.

Y por otro lado, la restante resolución, si bien algo más escueta en su fundamentación, al ser una nueva orden derivada de la primera,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

entonces también se encuentra legitimada desde un punto de vista constitucional y legal. Máxime, si “la jurisprudencia dominante acepta los casos en los cuales la decisión de librar una orden de allanamiento se toma mediante la remisión expresa a elementos preexistentes. En definitiva, la integración con otras constancias del expediente –las que se individualizan– permiten conocer las razones generadoras de la decisión” (ÍDEM, p. 165).

Es que a esta conclusión se arriba sin ningún tipo de forzamiento, de una manera lógica y sencilla, si se tiene en cuenta que ya las medidas por las cuales se dispusieron previamente las intervenciones telefónicas estaban legitimadas y fundadas con los elementos colectados en autos, lo que nos lleva a sostener entonces que los allanamientos librados en esta causa, que tuvieron como motivos otros elementos que se fueron reuniendo en este expediente, entre ellos los resultados precisamente de tales intervenciones telefónicas, fueron una injerencia justificada del Estado en el ámbito de privacidad constituido por los domicilios de los imputados.

n) Que en virtud de todas las razones aquí expuestas, corresponderá entonces rechazar la totalidad de las nulidades articuladas por las defensas.

4) Denuncia una deficiente, defectuosa y/o arbitraria valoración de los hechos y de las pruebas del proceso

a) Sorteados la totalidad de los planteos incoados por los recurrentes relativos a posibles nulidades que hubieran afectado la legitimidad del presente proceso, toca ahora que me aboque al agravio que también introdujeran las defensas de los condenados, concerniente a cuestiones de hecho y prueba.

b) En relación con este tópico, la defensa técnica del señor Sebastián Guerra, encabezada por su letrado, el Dr. Angrisani, consideró tanto en el correspondiente recurso de casación, como así



también en la presentación que efectuara en términos de oficina y al momento de asistir a la audiencia regulada por el artículo 468 del CPPN, que existía un estado de duda razonable en lo que hace a la participación de aquél en los hechos objeto de discusión durante el debate en autos.

Es que, en su opinión, el tribunal de juicio ha efectuado una deficiente y defectuosa valoración de los hechos del procedimiento; no respetándose así a la sana crítica racional, y con ella a las leyes de la lógica y de la experiencia común. Denuncia asimismo que no han prevalecido las pruebas producidas durante la audiencia de juicio por sobre las colectadas en la instrucción.

Luego indica que si bien el testimonio brindado por Ghiglione fue claro, preciso, sincero y contundente, lo cierto es que no lograba producir una exposición con el grado de certeza requerido para declarar la culpabilidad de su asistido; máxime cuando éste afirmó estar seguro en un sesenta por ciento (60 %) y haber sido además el único testigo en autos que reconoció a su defendido. Adicionalmente, subraya también que el nombrado testigo se desvaneció por un instante, mientras se astillaba el parabrisas y se tiroteaba con varias personas, e incurrió en discrepancias respecto al número de individuos que se bajaron del automóvil involucrado en el hecho por el cual resultó damnificado.

De idéntica manera se cuestiona que el testigo Lencina –quien identificó a Guerra durante la rueda de reconocimiento– al declarar en la audiencia afirmó que era imposible reconocer a alguien por la lejana distancia que se encontraba respecto al lugar de los hechos, y porque era de noche, había árboles y estaba en el medio el señor Kucharsky; indicando, por otra parte, que su declaración fue “guionada” en instrucción.

Igual afirmación brindó el testigo Kucharsky, quien dijo que en el Juzgado de Menores N° 4 “se le dictaba la declaración”, no





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

entendiendo la mayoría de los términos volcados en ella; en tanto que también resaltó que la testigo Marzorati había indicado que en las ruedas de reconocimiento existió comunicación entre los testigos.

Y destaca que tampoco se profundizó lo afirmado por los consortes de causa, en cuanto a que éstos manifestaron que el apodo “Papa” pertenecía al hermano de su pupilo, el señor Matías Guerra; siendo que, por otro lado, la vaga descripción física dada por el testigo Ghiglione se ajusta a los dos hermanos Guerra, en virtud de la gran similitud existente entre ambos.

Finalmente, el Dr. Angrisani precisa que Guerra en su descargo no afirmó que el día de los hechos el corte haya sido hasta las 19 hs., sino que estuvo un rato largo esperando a ser recogido; quejándose igualmente que los audios nunca fueron puestos a disposición de esa defensa, incorporándose sólo sus transcripciones, y que se empleó para fundar la condena prueba que no fue ventilada durante el debate (por ejemplo, el testimonio del interno Giuggo).

c) Al mismo tiempo, la defensa oficial de los condenados Baltazar y Sotelo también se agravió por una supuesta falta de motivación de la sentencia, dado que la prueba habría sido valorada arbitrariamente.

En efecto, de la totalidad de los actos procesales practicados por dicha parte a este fin –esto es: el respectivo recurso de casación, la presentación en los términos de oficina y la asistencia a la audiencia ante esta Cámara– surge que esa defensa cuestiona, por arbitraria, la valoración de la prueba producida en relación con sus asistidos Sotelo – en lo que hace puntualmente a los hechos II y III, pues sólo existen respecto a ellos modulaciones de Handy que pueden llegar a comprometerlo– y Baltazar –ya que éste último fue reconocido en rueda solamente por el segundo hecho–.



En tal sentido, el recurrente entendió que en el presente caso ha existido una afectación al principio constitucional del *in dubio pro reo*, en cuanto toda la sentencia se sostiene sobre la base de la hipótesis de que en esta situación ha existido una escalada delictiva, por lo que resulta fundamental –según el modo de ver las cosas para esa defensa– la declaración de Lencinas, ya que nunca dijo que alguien bajara del automóvil.

Así, siempre en opinión de esa parte, como se tuvo por probado el hecho IV y V se extendió luego dicha conclusión a los anteriores hechos. Y al mismo tiempo, como Baltazar fue reconocido en el segundo hecho se prolongó su participación a los restantes; cuando el último de ellos ocurrió a unos cinco (5) kilómetros de distancia y con una diferencia horaria de cuarenta y cinco (45) minutos.

d) Así las cosas, en primer lugar debe señalarse aquí cuáles han sido los hechos que se han tenido por probados en la sentencia recurrida.

El tribunal de juicio encontró probado que “...minutos después de las 23:00 horas del 20 de noviembre de 2012, CRISTIAN DAMIÁN SOTELO, NICOLÁS SEBASTIÁN BALTAZAR y SEBASTIÁN ALEJANDRO GUERRA y otras personas, cortaron con fines de robo el paso del rodado Chevrolet, «Astra», dominio EQK-286, estacionado sobre la calle Vallejos y Marcos Paz de esta ciudad, y en cuyo interior se encontraba su titular Claudia Marcela Venero. Con ese propósito, los imputados detuvieron la marcha del Ford «Fiesta», dominio KDW-564, sustraído el día anterior a Anchoardoqui, impidiendo la libre salida del «Astra» de Venero. Acto seguido, dos de ellos se apearon armados del «Fiesta», y aproximándose a ésta la obligaron a abrir la puerta del rodado. De esa suerte, Baltazar se acercó y le exigió la cartera. Habiéndose inicialmente negado a ello, el otro sujeto ingresó por la puerta trasera y la golpeó en la cabeza con el arma de fuego que portaba. Vencida su resistencia le sustrajeron el celular, las llaves del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

automóvil y las de su oficina que estaban en un llavero con forma de letra «C». Una vez en poder de los bienes mencionados se dieron a la fuga en el mismo Ford «Fiesta», tomando la calle Vallejos en dirección a la calle Lincoln de esta ciudad” (hecho II).

De igual manera, dicha judicatura también sostuvo que estaba acreditado que “...minutos después de las 23:00 horas de aquella misma noche del 20 de noviembre de 2012, los imputados mencionados, CRISTIAN DAMIÁN SOTELO, NICOLÁS SEBASTIÁN BALTAZAR y SEBASTIÁN ALEJANDRO GUERRA y otras personas; interceptaron con fines de robo la trayectoria de salida de la camioneta Honda «CVR» dominio CGL-821, detenida su conductora Sofía Laura Marzorati, frente al 4200 de la calle Vallejos de esta ciudad. Con esa finalidad, los inculpados bloquearon el paso de la camioneta de Marzorati, con el mismo Ford «Fiesta» dominio KDW-564, sustraído el día anterior, y [de él] descendió un sujeto armado que comenzó a golpearle la ventanilla con el caño del arma, dándole a entender que le abriera la puerta. Lejos de acceder, y manteniendo activado el cierre centralizado de aquellas, Marzorati comenzó a gritar y a tocar bocina alertando así a un vecino en un balcón cercano que también comenzó a demandar ayuda a viva voz. La reacción de ambos provocó que los asaltantes regresaran al Ford «Fiesta» y huyeran sin llegar a apoderarse de bien alguno” (hecho III).

Asimismo, también se tuvo por probado que “...escasos minutos después, esto es, entre las 23:00 y las 23:45 horas del 20 de noviembre de 2012, los mismos imputados CRISTIAN DAMIÁN SOTELO, NICOLÁS SEBASTIÁN BALTAZAR y SEBASTIÁN ALEJANDRO GUERRA y otras personas; interceptaron con fines de robo la marcha del Volkswagen «Vento», dominio KGZ-847, conducido por Pablo Alfredo Igartúa sobre la calle Ladines a la altura de la calle Emilio Lamarca de este medio. Repitiendo la modalidad de interponer el Ford «Fiesta» dominio KDW-564, cortaron la trayectoria del «Vento»



consiguiendo su detención. Acto seguido, tres sujetos armados descendieron del «Fiesta» y rodearon a Igartúa por ambos lados obligándolo a salir del auto. Ya descendido, uno de aquéllos lo sujetó por el cuello e intentó hacerlo regresar a su rodado para que los condujera a otro sitio. Negándose a ello y luego de un breve forcejeo, Igartúa consiguió zafar y alejarse de su captor. Por su parte, los tres asaltantes apeados del «Fiesta» ingresaron al «Vento» y se dieron a la fuga llevándose los efectos personales habidos en su interior, entre ellos, el celular «Blackberry» de Igartúa y la silla de viaje de su bebé. A su vez, los otros dos sujetos hicieron lo propio desde el Ford «Fiesta» (hecho IV).

Finalmente, en la sentencia impugnada también se consideró como cierto que “igualmente, cerca de las 23:45 horas de ese mismo 20 de noviembre de 2012, los mencionados, CRISTIAN DAMIÁN SOTELO, NICOLÁS SEBASTIÁN BALTAZAR y SEBASTIÁN ALEJANDRO GUERRA y otras personas; interrumpieron con fines de robo la marcha del Ford «Fiesta», dominio LQU-145, conducido por el cabo primero Diego Martín Ghiglione con la compañía de la cabo María Luján Campilongo, frente al 2685 de la calle César Díaz de esta ciudad. Con esa finalidad, el conductor del «Fiesta», dominio KDW-564, sustraído la noche anterior a Anchordoqui; sobrepasó al «Fiesta» de Ghiglione, deteniéndosele por delante para impedir que continuara la marcha. A su vez, y sin que Ghiglione lo percibiera inicialmente, el «Vento» sustraído a Igartúa se ubicó por detrás de su rodado, cortándole el escape en esa dirección. De inmediato, Guerra descendió armado del «Fiesta» y apuntándolo al uniformado Ghiglione le hizo señas para que baje, sin perjuicio de lo cual, seguidamente le efectuó un disparo con su arma. Por su parte, Ghiglione, devolvió el fuego con su pistola desde el interior del vehículo y a través del parabrisas de éste. No bien iniciado el intercambio de disparos entre ambos, enseguida acudieron en apoyo los ocupantes del «Vento», que abrieron nutrido





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

fuego desde atrás y hacia el interior del «Fiesta» donde aún permanecían ambos policías. A resultas de los diecinueve disparos contabilizados con posterioridad, la cabo Campilongo recibió un impacto de bala en su cabeza que terminó de provocarle la muerte horas después. A su vez, el cabo Ghiglione resultó herido en la nuca por lo que debió ser intervenido quirúrgicamente en el hospital «Churruca Visca» para extraerle el proyectil alojado en su tercera vértebra” (hecho V).

Por otra parte, el primer hecho que fuera objeto de este proceso se tuvo por probado en lo que hace a su materialidad, mas no así respecto a la intervención que en ése la fiscalía les atribuyó a los acusados. Así, se consideró acreditado que “...cerca de las 00:45 horas del 19 de noviembre de 2012, por lo menos cinco sujetos interceptaron con fines de robo la marcha del rodado Ford «Fiesta», dominio KDW-564 tripulado por Jorge Horacio Anchordoqui con la compañía de Débora Giselle Dixon Madriz, en la intersección de las calles Castro y Gibson de esta ciudad. A ese efecto, luego de haberles cortado el paso con una camioneta de color gris en la cual se conducían, cuatro de aquellos se apearon con armas de fuego ordenando el descenso a los ocupantes del Ford «Fiesta». De inmediato, los despojaron de sus celulares «Samsung», variados objetos personales, dinero en efectivo y elementos de trabajo de aquella habidos en el interior del rodado. Ya en poder de los bienes, dos de los asaltantes se subieron al Ford «Fiesta», en tanto el par restante regresó a la camioneta gris en la cual habían llegado. Acto seguido ambos rodados se retiraron juntos con rumbo desconocido por la calle Gibson”.

e) En igual sentido, entiendo importante destacar cuáles son los elementos probatorios de cargo que han sido valorados por el tribunal de juicio para tener por ciertos los hechos y la participación que en ellos le cupo a los condenados, en los términos y con los alcances dados en dicha sentencia.



De este modo, por un lado, y en lo que hace puntualmente a la configuración o no de las conductas que fueron objeto de acusación por parte del Ministerio Público Fiscal, debe destacarse que se escucharon durante el debate a la totalidad de las personas que fueron damnificadas en cada uno de los cinco (5) hechos que constituían el objeto procesal de la causa N° 7627, perteneciente al registro del Tribunal Oral de Menores N° 2 de la Capital Federal, a saber: Jorge Horacio Anchordoqui y Giselle Dixon Madriz (por el hecho I); Claudia Marcela Venero (por el hecho II); Sofía Laura Marzorati (por el hecho III); Pablo Alfredo Eduardo Igartúa (por el hecho IV); y Diego Martín Ghiglione (por el hecho V).

Asimismo, también prestaron declaración los agentes policiales que actuaron en el marco de las funciones propias de la prevención (respecto a los hechos II, III y V) o bien que realizaron distintas diligencias judiciales ordenadas en autos: ellos son Felipe Aguirre, Mauro Matías Cáceres, Rubén Darío Banegas, Juan Manuel Casaña, Diego Hernán Polti, Marcelo Cardama, Blas Jorge David Gamarra, Maximiliano Alberto Radziwit, Hernán Pablo Minieri, Mauro Radesh, Diego Roberto Bustos, Cristian René Servino, Mario Andrés Banegas, Walter Graneros, Mario Rolando Córdoba, Julio Hernán Rojas, Carlos Gastón Butiler, Marcelo Antonio González, Marcelo Daniel Campos, Leonardo Alberto Nieto, Silvio Mariano Ojeda, Alejandra Correa, Leandro Aníbal Simón, Marcos Maximiliano Ledesma y Marcelo Pablo Guanes.

Y a su vez, concurrieron testigos que pudieron observar cómo se desarrollaron (en parte) las circunstancias que constituyeron materia de debate, los señores José María Caruso (por el hecho III), Diego Marcelo Montesano, Jorge Luis Díaz, Claudio Francisco Zangari, Jonathan Jesús Lencina, Gianfranco Acosta Kucharski, Bruno Schuger, Marcelo Cardama, Norberto Carlos Montes de Oca y Hugo David Carballo Argañaraz (por el último hecho).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Finalmente, también declararon durante la audiencia la totalidad de los imputados.

f) Por otra parte, a toda esa lista abundante de testimonios se deben agregar también una serie de pruebas informativas, periciales y documentales que tuvieron una incorporación al debate (cfr. el artículo 355 y concordantes del CPPN) legítima e incuestionada, las que vienen a complementar y a terminar de delimitar un panorama totalmente acabado en relación con los hechos que constituyen el presente objeto procesal. Ésas son:

Las actas de fs. 1/3, 7, 8, 15, 25/30, 33, 35, 39, 51/56, 76/91, 92/201, 240/276, 332/333, 337, 338, 546/622, 740, 813, 837, 1310/1311, 1676 y 1935/1936; las cuales dan cuenta de diversas medidas adoptadas en el marco de los distintos sumarios policiales de prevención, tendientes todas ellas a asegurar los elementos de prueba que puedan servir de base para la acusación (cfr. el artículo 183 del CPPN).

Los informes, algunos de ellos de naturaleza pericial (balística, química o médica) y otros de carácter policial, que lucen a fs. 66/75, 282/285, 308/310, 311, 382/410, 466, 533/536, 539/543, 591, 615/619, 641/645, 739, 741, 746, 753/756, 766/775, 776/785, 846, 1074/1075, 1362, 1363, 1522, 1526, 1554, 1583, 1585, 1593/1610, 1612, 1621/1622, 1638/1639, 1650, 1672, 1683, 1746/1748, 1758/1760, 1765/1768, 1787, 1795/1798, 1827, 1831/1832, 1851/1852, 1870, 1950, 1981/1983, 1985, 2023, 2047, 2115/2116, 2121/2122, 2127/2132, 2163/2174, 2178/2179, 2236, 2270/2278, 2373/2374, 2377/2379, 2416, 2440/2441, 2466/2468, 2516, 2534/2536, 2553/2554, 2564/2565, 2567/2570, 2781/2783, 2784/2786, 3231 y 3240 (cfr. los artículos 133 y 253 del CPPN).

Las vistas fotográficas, relativas principalmente a lugares y objetos vinculados con los hechos de esta causa, obrantes a fs. 16/23,



40/43, 279/281, 348/351, 578/585, 681, 728/733, 1325, 1334, 1390/1429, 1673/1675, 1951/1959 y 2282/2298 (cfr. el artículo 184, inciso cuarto, del CPPN).

Las constancias agregadas a fs. 47, 235/236, 562/563, 590, 727, 816/817, 821, 760/761, 831/832, 1129/1131, 1354/1355, 1436, 1438, 1439, 1530, 1617/1619, 1801, 1822, 1931, 1937, 1962, 1974/1978, 1981, 2043, 2308/2309, 2342/2343, 2344/2349, 2352/2353, 2582/2583 y 3258/3259; por medio de las cuales se da cuenta de numerosas diligencias practicadas en este expediente.

Las diferentes órdenes de allanamiento, conjuntamente con sus respectivas actas (ver a este respecto, por un lado, las fs. 1221/1223, 1242/1244, 1250/1252, 1263/1265, 1289/1290, 1304/1306, 1320/1322 y 1331/1333; y, por el otro, las fs. 1226/1227, 1253/1254, 1266/1267, 1292/1293, 1307/1308, 1318/1319, 1335/1337 y 1338), llevadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 224 y concordantes del CPPN.

Los resultados de las ruedas de reconocimiento practicadas en autos a fs. 1165, 1354/1355, 1570, 2069, 2160 y 2704 (de conformidad con el artículo 270 y siguientes del CPPN).

Las declaraciones testimoniales prestadas a fs. 9, 673, 1245, 1246, 1697, 1775, 2140, 2142, 2146, 2199, 2242, 2245, 2264, 2310, 2311, 2350/2351, 2580 (artículo 239, siguientes y concordantes del CPPN).

Las actuaciones sumariales glosadas a fs. 859/976, 1030/1066, 1142/1152, 1185/1209, 1210/1435, 1643/1677 y 1927/1933; y las que fueron practicadas por la División Homicidios de la P.F.A. de fs. 625/735, 1358/1374 y 3377.

Los discos compactos, DVD y soportes ópticos agregados a fs. 61, 346, 497, 605, 677, 839, 1035 y 1640.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Los legajos de prófugos, de celulares incautados y de personalidad de cada uno de los imputados que corren por cuerda al principal.

Y por último, las transcripciones de las conversaciones sostenidas en las líneas telefónicas intervenidas, las que lucen a fs. 695/712, 713/718, 719/720, 721/723, 724/725, 726, 1042, 1046/1066, 1073, 1196, 1199/1209, 1661/1668, 1833/1850 y 2314/2329.

g) De esta manera, si se repasa la totalidad de dicho plexo probatorio no hay dudas de que la materialidad de los hechos objeto de acusación se encuentra plenamente acreditada, toda vez que las diferentes personas que fueron declarando en carácter de testigos han podido brindar –algunas veces en mayor medida que en otras oportunidades– una sólida, consistente y coherente versión de cada uno de éstos, sin mayores fisuras en sus respectivas exposiciones. Ello es así, a tal punto que las defensas no han impugnado este aspecto de la sentencia.

Este resultado de incuestionable solidez probatoria en lo que hace a la materialidad de los hechos permite al mismo tiempo identificar la presencia indubitable de algunas circunstancias comunes a todas y cada una de las conductas ilícitas aquí juzgadas; obteniéndose, luego de ello, consecuencias innegables en lo que hace a la cuestión de la presunta participación de los imputados en tales acciones.

Así, surge por un lado que el automóvil que fuera objeto de desapoderamiento en el primer hecho ilícito –el Ford “Fiesta” color blanco– fue visto por los testigos de los restantes hechos, involucrado precisamente en las distintas maniobras delictivas subsiguientes. Al mismo tiempo, el otro rodado también desapoderado en esta causa –un Volkswagen “Vento”–, sustracción que esta vez ocurrió en el hecho IV, fue visto al momento de la comisión del siguiente hecho (el quinto).



Luego, en la totalidad de los relatos brindados por quienes resultaron ser damnificados –y que corresponden a los hechos por los cuales se ha dictado sentencia condenatoria– es posible detectar, sin mayor esfuerzo intelectual, la existencia de una modalidad en las maniobras tendientes a consumir la seguidilla de desapoderamientos: esto es, la interceptación al azar de vehículos que circulaban en la vía pública, mediante los automóviles antes nombrados (en el caso de los hechos II, III y IV, sólo a través del mencionado Ford “Fiesta”; en tanto que en el quinto hecho a ése debe sumársele precisamente el VW “Vento” que fuera robado en el hecho anterior), seguido lo cual se produjo siempre el descenso de un número variable de personas, cantidad que se modifica de acuerdo a las circunstancias que en particular fueron configurándose en cada uno de los diferentes hechos y según el progreso inicial que mostraba el plan delictivo; las que a su vez se aproximan al rodado interceptado con fines de robo; haciendo uso a tal objeto de violencia y amenazas sobre las personas, fuerza en las cosas y/o exhibiéndose adicionalmente armas de fuego.

De esta configuración en la modalidad delictiva se extrae igualmente la presencia en todos estos hechos de un único objetivo, sostenido en el tiempo, el que fue llevado a cabo por un mismo grupo de personas; quienes en idéntico sentido fueron circulando en los automóviles ya nombrados, en un lapso de reducidos minutos y en un radio de distancia también escaso.

h) De lo expuesto en el punto precedente, en particular de las conclusiones allí extraídas, puede afirmarse –más allá de toda duda razonable– que en los hechos identificados en esta causa con los números II a V las personas involucradas en éstos han sido siempre las mismas, sin perjuicio de los cambios en los roles que cada una de ellas pudo haber experimentado, de acuerdo a las circunstancias particulares que iban materializándose ante cada hecho nuevo.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Esta forma de razonamiento denominada inferencial, la cual ha sido objeto de críticas por parte de ambas defensas, no puede ser considerada –a diferencia de lo afirmado por ellas en sus respectivas presentaciones– como arbitraria por sí misma y violatoria del principio constitucional que consagra el *in dubio pro reo*.

En efecto, no hay arbitrariedad ni afectación a dicha máxima constitucional si, por las características propias de los hechos bajo examen que conducen a identificar una misma mecánica en el accionar de las personas involucradas, una finalidad siempre igual, un idéntico medio de locomoción, una sucesión sin solución de continuidad de las conductas en cuestión y una relativa cercanía de los lugares en donde se van sucediendo todos éstos, el juzgador deduce a partir de dicho panorama fáctico la participación en cada uno de ellos de las mismas personas, pues no se presenta acá una construcción argumentativa carente de sustento fáctico.

En otras palabras, la duda esgrimida por las defensas a este respecto, consistente en que tal vez no hayan intervenido sus asistidos en todos y cada uno de tales hechos, sin mayores explicaciones o elementos probatorios que sustenten tal posibilidad, no se presenta como razonable.

i) En efecto, como bien explica Larry Laudan, “desde hace medio siglo, cuando Gil Harman acuñó el término de «Inferencia a la mejor explicación», numerosos epistemólogos y filósofos de la ciencia han venido explorando su idea de que **la regla de decisión para la aceptación de hipótesis y teorías debe basarse en las virtudes explicativas de los diversos candidatos en consideración**. En breve, Harman sugería que si podemos determinar cuál de las hipótesis conocidas que explican los hechos en cuestión los aclara mejor, entonces ésa es la hipótesis que debe aceptarse, derrotablemente, como verdadera. [...] **En cualquier proceso penal, están en juego al menos**



dos historias o narraciones o conjuntos relacionados de aserciones: aquella ofrecida por el fiscal y la que ofrece el inculpado. Incluso cuando el inculpado no ofrece una historia como tal, sigue proponiendo una hipótesis, a saber, que la forma en que la otra parte da cuenta de los eventos es falsa en gran medida... [por lo que entonces, lo que uno debe preguntarse es] si la acusación contra el inculpado ha sido probada, en lo que toca a la materia penal, más allá de toda duda razonable... El problema, especialmente en el contexto penal, es que nadie está realmente seguro acerca de en qué consiste probar una hipótesis más allá de toda duda razonable” (LAUDAN, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Hammurabi, 1° edición, Buenos Aires, 2011, ps. 89, 90, 99 y 100; el resaltado es propio).

Y luego agrega el mencionado autor que en relación con este modelo existen dos problemas distintos, siendo que “el primero es lo que van Fraaseen, en otros contextos, ha llamado «**el problema del mejor candidato de un conjunto malo**»... Si ninguna de las hipótesis acerca del caso es más o menos buena, entonces el jurado tiene la obligación de rechazar la hipótesis de culpabilidad y **conceder una absolució**n, a pesar de que la del fiscal haya sido la mejor explicación del caso... [Luego] el problema más intrigante no emerge cuando ambas partes tienen historias deficientes, sino cuando ambas ofrecen hipótesis razonablemente plausibles. Así, podemos llamar a éste el **problema del mejor candidato de un conjunto bueno**” (ÍDEM, ps. 101 y 102; nuevamente la negrita es mía).

Frente a esta última cuestión, entonces el citado epistemólogo nos señala –como una manera de superar este problema– que “**la culpa de un sujeto ha sido establecida más allá de una duda razonable cuando no existe alguna explicación alternativa plausible de los datos, que no implique la culpa del acusado. Una explicación es plausible si es internamente consistente, consistente con los hechos**





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

conocidos, no altamente inverosímil, y debe representar una posibilidad real, no una mera posibilidad lógica. Una posibilidad real no supone violación alguna de las reglas de la naturaleza, ni tampoco supone algún comportamiento que sea completamente único y que no tenga precedentes, ni supone alguna cadena improbable de coincidencias. Aparentemente la idea es que **una condena está justificada sólo si la teoría del caso ofrecida por el fiscal es plausible y no existe alguna teoría alternativa plausible que sea compatible con la inocencia del acusado**” (IBÍDEM, ps. 105 y 106; una vez más el destacado me pertenece).

j) De allí que entonces, a la luz de estos criterios delimitadores, sostener que la mera invocación de la posibilidad de que cualquiera de los condenados (en concreto, Baltazar y Sotelo) se haya bajado en cualquier momento del raid delictivo antes descrito, no interviniendo así en todos y cada uno de los hechos encadenados y consecutivos, sin brindarse a este fin ningún dato o elemento probatorio y/o indiciario adicional más que la mención de que dicha circunstancia pudo haber efectivamente ocurrido, no constituye de por sí una explicación plausible frente a la hipótesis acusatoria, ya que ésta resulta ser altamente inverosímil e inconsistente con los hechos probados; tornándose así, más bien, en una mera posibilidad lógica y no efectivamente real.

En adición, es importante recordar de nuevo aquí que fue precisamente gracias a tales hechos que se pudo tener por acreditada la participación de un grupo de personas en igual número, que todas ellas respondían a similares descripciones físicas y que actuaban de acuerdo a una modalidad delictiva idéntica. Y por tales razones es que deviene consecuentemente inconsistente con los hechos probados en esta causa la hipótesis argüida por la defensa oficial.



Por todo ello, debe concluirse entonces que el razonamiento desarrollado por el tribunal de juicio, mediante el cual se arribó a la conclusión de que en cada uno de los hechos aquí sancionados ha intervenido el mismo grupo de personas, no es arbitrario ni afecta al principio constitucional del *in dubio pro reo*.

k) Aclarado este extremo, corresponde ahora que me aboque al tratamiento del cuestionamiento incoado por el Dr. Angrisani, relativo a si se encuentra probada o no la participación de su asistido en los hechos por los cuales se le aplicó una pena.

Al respecto, debe señalarse primeramente que la sentencia aquí impugnada tuvo por probada la participación en ellos del nombrado Guerra en base a las declaraciones testimoniales de Ghiglione, Lencina y de los vecinos del lugar que testificaron durante el debate: los señores Montesano, Zangari y Díaz.

A ellas debe sumárseles también las averiguaciones realizadas por personal policial integrante de la Comisaría 38° de la P.F.A. y de la División Homicidios de igual fuerza, las modulaciones del aparato “Nextel” que le fuera secuestrado al señor Guerra al momento de su detención, las transcripciones practicadas en autos de las intervenciones telefónicas correspondientes tanto a los diálogos como a los mensajes de textos enviados desde los abonados telefónicos intervenidos y el reconocimiento en rueda de personas.

l) Dicho esto, el letrado defensor del condenado Guerra cuestionó puntualmente el reconocimiento que efectuó el testigo Ghiglione en relación con su asistido; sobre la base de que éste manifestó estar seguro sólo en un sesenta por ciento (60 %) de que Guerra haya sido la persona que lo atacó, disparándole.

Efectivamente, es cierto que a fs. 2069 el mencionado Ghiglione participó de una rueda de reconocimiento en la cual indicó a Guerra como la persona que intentó robarle aquella noche; ya que por su cara y





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

su fisonomía era muy similar (en un sesenta por ciento) a la persona que le disparó.

Sin embargo, luego a fs. 2071 aclaró que había dado ese porcentaje, ya que todo había ocurrido de noche, estando muy oscuro, y de manera bastante rápida; especificando luego, adicionalmente, que lo reconoció –más que nada– por la forma de su cara, por el color de ésa (que era de tez trigueña), y dado que no habían diferencias fisonómicas.

Asimismo, durante el juicio oral y público el nombrado manifestó que “participó en dos o tres ruedas de reconocimiento. En la última reconoció a una persona con características muy semejantes al sujeto que descendiera del rodado blanco desde la parte trasera derecha... No recuerda haber visto a su compañera hacer algún movimiento o comentario. **Estaba focalizado exclusivamente en el seguimiento de la persona que descendió y en el enfrentamiento.** [...] Le parece que a quien reconociera, lo hizo en un 70 por ciento. Lo que lo llevó a decir eso fue la altura y el color de su tez. **El parabrisas de su rodado no estaba polarizado...** Era de noche. **Había una iluminación normal de la acera. Lo que él vio bien, de frente, fue porque tenía las luces de su vehículo encendidas.** Eran demasiados los disparos que escuchaba por lo que desconoce si del auto blanco bajó otro o no. **Aún con el porcentaje que mencionó en el reconocimiento (70 %), no tuvo dudas acerca de que el sujeto era el mismo que lo atacó.** [...] Se le pregunta si en el porcentaje que lo reconoció al sujeto en la rueda tuvo dudas acerca de que se trataba de la persona que lo atacara, [y] dice que no, que no tuvo dudas” (cfr. las fs. 3033 y 3034, en donde se puede apreciar parte de la declaración brindada por el mencionado testigo durante la audiencia de debate; la negrita no se encuentra en el acta original).

m) Como se sabe, **“la individualización de los culpables de un hecho ilícito es uno de los fines específicos del proceso penal.** Su



logro deviene complicado, sobre todo en aquellos lugares de población numerosa en donde son pocos los habitantes que se conocen entre sí. Ello determina que **los sospechosos, víctimas o testigos del delito sean mencionados, más que por sus nombres, por sus características físicas.** Aparece, así, la necesidad de *verificar* si la persona que por responder a las referencias suministradas ha sido indicada como autora, víctima o testigo del hecho delictivo, *en realidad es tal*. Cuando para ello se la ponga en presencia de quien proporcionó los datos, a fin de que éste, viéndola, exprese si es o no la misma, se habrá procedido a realizar un reconocimiento de identificación («identificar», según el *Diccionario de la lengua española*, es «reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone se busca»)» (CAFFERATA NORES, José Ignacio, y HAIRABEDIÁN, Maximiliano (con la colaboración de Milagros Gorgas), *La prueba en el proceso penal: con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*, Lexis Nexis Argentina, 6ª edición, Buenos Aires, 2008, p. 139; la negrita me pertenece).

Ahora bien, este acto de reconocimiento e identificación constituye, en última instancia también, una declaración que presta el testigo; ello, sobre todo si se tiene en cuenta que el mismo CPPN impone en su artículo 271 un interrogatorio previo. Al mismo tiempo, debe indicarse aquí que **“desde siempre ha existido un considerable interés en establecer características del testimonio de reconocimiento que permitan advertir externamente su exactitud o falsedad.** Esta particular atención **se ha centrado en la confianza que expresa el testigo**, en el curso de su declaración, **de estar reconociendo asertivamente al autor del hecho.** En función de ello se han desarrollado numerosos estudios que tienden a establecer una adecuada relación entre la seguridad y la precisión. Como señala Bothwell, la confianza es un factor determinante en la precisión del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

reconocimiento, y **los estudios realizados sobre ello han mostrado importantes tasas de aciertos cuando el testigo puede expresar tener altos niveles de confianza en la asignación que formula.** Por cierto que esta confianza subjetiva en el reconocimiento no debe encontrarse interferida ni ser retroalimentada” (SCHIAVO, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, 2º edición actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, ps. 83 y 84; la negrita es mía).

Dicho esto, comparto totalmente lo manifestado por el mismo recurrente en su libelo procesal, en cuanto en éste se indica que el testimonio brindado por Ghiglione fue claro, preciso, sincero y contundente.

Así las cosas, teniendo en cuenta tales características, no hay dudas de que el testimonio objetado es un elemento de cargo que no puede ser descartado *a priori*, sino que contrariamente la confianza por él exhibida en todas sus intervenciones, sumado ello al hecho de que ha reconocido asertivamente al imputado Guerra como la persona que le disparó el pasado día 20 de noviembre de 2012, son suficientes para considerarlo como una prueba seria que debe ser tomada como tal. Esto es así, a punto tal que si bien indicó no tener dudas sobre el reconocimiento practicado durante la instrucción, asignó al mismo tiempo un porcentaje a ello; dando cuenta de este modo de lo concienzudo que siempre fue su testimonio.

n) Por lo demás, la circunstancia señalada por el impugnante, en cuanto subrayó que el nombrado Ghiglione se desvaneció por un instante, mientras se astillaba el parabrisas y se tiroteaba con varias personas, no resta credibilidad en absolutamente nada al reconocimiento brindado por el testigo, ya que concretamente éste refirió en el juicio que su atención se focalizó exclusivamente en seguir a quien había descendido con fines de robo, concentrándose luego en el enfrentamiento que tuvo a continuación con éste. Al mismo tiempo,



aclaró que el parabrisas de su rodado no estaba polarizado y que, si bien era de noche, había una iluminación normal de la acera, siendo que además pudo ver a Guerra bien de frente porque tenía las luces de su vehículo encendidas.

En tal sentido, debe hacerse notar adicionalmente que la situación remarcada por el Dr. Angrisani efectivamente ocurrió aquella noche, aunque se trató de algo que sucedió con posterioridad al inicio del tiroteo, lo que –como tal– no impidió al testigo el poder registrar y grabar en su retina, de manera previa a toda esa situación posterior, la fisonomía de su atacante.

A la misma conclusión debe arribarse luego, cuando el recurrente advierte la existencia de discrepancias respecto al número de individuos que se bajaron del automóvil involucrado en el hecho por el cual resultó damnificado Ghiglione. Ello es así, dado que no se entiende cómo esa variación, en el marco de un suceso como el aquí analizado, puede hacer mella en la credibilidad del testimonio; máxime si se considera que –como ya se dijo– el mencionado reconocimiento se sustenta en una observación que ocurre en forma previa al momento en el que se desencadena la balacera, durante la cual es totalmente lógico y natural que el agente policial involucrado en ésta no pudiera haber registrado con íntegra exactitud la mecánica de los sucesos que se iban concatenando tan rápidamente.

o) Por lo demás, los cuestionamientos dirigidos por la parte recurrente relativos al testigo Lencinas –quien identificó a Guerra durante la rueda de reconocimiento–, porque al declarar durante el juicio afirmó que era imposible reconocer a alguien, refiriendo además que su testimonio fue “guionado” en instrucción; o bien los que son referentes al testigo Kucharsky, quien dijo que en el Juzgado de Menores N° 4 “se le dictaba la declaración”; si bien conducen a analizar tales elementos de prueba con un menor grado de credibilidad,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

lo cierto es que no resultan suficientes como para romper el cuadro cargoso configurado contra el acusado Guerra.

De igual forma, tal conclusión es aplicable también al argumento indicado por el recurrente, centrado en el hecho de que la testigo Marzorati afirmó durante el juicio que en las ruedas de reconocimiento existió comunicación entre los declarantes; o que el testimonio del interno Giuggo no fue ventilado válidamente durante la audiencia de juicio.

En efecto, tal cuadro probatorio se encuentra sólidamente configurado no sólo por el testimonio de Ghiglione, sino también por otros elementos que vienen a reforzar lo declarado por él. Me refiero, claro está, a los dichos prestados a lo largo del debate por los testigos Montesano, Zangari y Díaz; y al mismo tiempo, a las modulaciones del aparato “Nextel” que le fuera secuestrado al señor Guerra al momento de su detención; además de las transcripciones practicadas en autos de las intervenciones telefónicas –y cuya legitimidad ya he confirmado–. A todo ello se suma, aunque es verdad con un carácter meramente indiciario que viene a corroborar este extremo acreditado por tales vías probatorias, las averiguaciones realizadas por personal policial integrante de la Comisaría 38° de la P.F.A. y de la División Homicidios, en las cercanías del lugar donde ocurrió este hecho; siendo que se pudo escuchar durante la audiencia de juicio a los agentes policiales que participaron de tales investigaciones.

p) De esta forma, es lógico sostener que el estándar probatorio alcanzado al término del debate para condenar al acusado Guerra ha sido suficiente. En efecto, si bien por un lado “la regla «*testis unus, testis nullus*» [un solo testigo, testigo nulo], si no puede ser ya aceptada, debe inducir, por lo menos a proceder con sumo rigor en la valoración de la prueba fundada en la deposición de un solo testigo, ya que falta la posibilidad de someterla al control de otras pruebas” (LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II:



“Desenvolvimiento del proceso penal. El proceso de primera instancia”, traducción de Santiago Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1963, p. 156), lo cierto es que en el presente caso no sólo existen otros elementos que coadyuvan al testimonio prestado por Ghiglione, en lo que hace puntualmente a la acreditación de la participación criminal del imputado Guerra (me refiero –claro está– a las mentadas transcripciones surgidas de las intervenciones telefónicas practicadas en autos y al resultado de las modulaciones de *Handy*), sino que al mismo tiempo, como ya se vio, tal declaración ha sido valorada con sumo rigor.

De allí que entonces corresponda descartar también la pretensión de la defensa por medio de la cual sostiene que el involucrado en este hecho habría sido el hermano del acusado, de nombre Matías Guerra, ya fallecido; pues dicha afirmación jamás fue acompañada de elementos que pudieran generar una duda razonable en el tribunal de juicio que lo condujera, como derivación inexorable del principio constitucional del *in dubio pro reo*, a absolver al encausado Sebastián Alejandro Guerra.

Asimismo, en lo que hace al planteo del recurrente por el cual se queja de que los audios nunca fueron puestos a disposición de esa defensa, incorporándose sólo sus transcripciones, debe señalarse que la defensa del Dr. Angrisani formula esta afirmación –pretendiendo con ello quitar de legitimidad y credibilidad a tales pruebas– sin indicar cuál ha sido el perjuicio que ello le habría irrogado; e inclusive realiza esto sin negar tampoco la veracidad del contenido de tales escuchas.

De igual forma, tampoco logra demostrar por qué razón la versión dada por su asistido no colisiona abiertamente con otros elementos colectados en autos, que la desacreditan por mendaz.

q) Finalmente, debe rechazarse también el pedido de nulidad de la rueda de reconocimiento, pues –a mi modo de ver las cosas– no





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

alcanza para articular un pedido de esta naturaleza la mera mención de que el acto procesal cuestionado sería ilegítimo por no haberse informado al imputado de la facultad que tenía de abstenerse a participar.

Ello es así, máxime si se tiene en cuenta que el CPPN, cuando regula esta medida probatoria en sus artículos 268 a 275, no contempla dicha posibilidad y menos aún, como consecuencia lógica de ello, conmina un incumplimiento de esta naturaleza con una nulidad de orden absoluto; por lo que rige lo dispuesto como regla general por el artículo 166 del CPPN, en cuanto manda que “los actos procesales serán nulos **sólo** cuando no se hubieran observado las **disposiciones** expresamente prescriptas **bajo pena de nulidad**” (el destacado es mío).

r) En atención entonces a los argumentos aquí expuestos, y de conformidad con el criterio que ya vengo sosteniendo de manera constante y uniforme, por medio del cual recuerdo que en “...el caso «Rolón, Miguel Ángel s/abuso sexual» (causa n° CCC 39411/2010/TO1/2/CNC1 y registro número 996/2016 de la Sala III° de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, fechado el pasado 13 de diciembre de 2016) tuve oportunidad de explicar –cita mediante del epistemólogo Larry Laudan– que la duda razonable, es decir aquélla que conduce a la absolución del acusado por aplicación del principio constitucional del *in dubio pro reo*, no puede ser una mera duda posible; sino que, en realidad, no debe existir ninguna explicación alternativa plausible de los datos –o sea, internamente consistente, consistente con los hechos conocidos, no altamente inverosímil y que represente una posibilidad real, no una mera posibilidad lógica; es decir, que no suponga violación alguna de las reglas de la naturaleza, ni tampoco un comportamiento que sea completamente único y sin precedentes ni, finalmente, una cadena improbable de coincidencias– que, como tal, conduzca a afirmar la no responsabilidad penal del acusado. De este modo, una condena ha



sido legítimamente dictada desde el punto de vista probatorio sólo si la hipótesis acusatoria ofrecida por el fiscal es plausible y no existe ninguna teoría alternativa plausible que sea compatible con la inocencia del acusado” (*vid., ex plurimis*, causa n° CCC 44601/2010/T01/CNC1, caratulada “Rodríguez, Martín s/amenazas, lesiones leves (art. 89)”, resuelta con fecha 14 de noviembre de 2017 y registrada bajo el número 1175/2017), corresponde en definitiva rechazar los recursos de casación interpuestos en lo que hacen puntualmente a este agravio.

5) Agravio relativo a la hipotética calificación legal errónea y al grado de participación de los condenados en los hechos

a) También ha sido objeto de impugnación por parte de ambas defensas técnicas la calificación legal conferida por el tribunal de menores a los hechos objeto de juzgamiento; en particular la figura del homicidio *criminis causae* aplicada al hecho V y el empleo de la agravante consistente en el uso de arma de fuego que se sostuvo en relación con los restantes hechos probados.

Y de igual manera, la defensa oficial ha cuestionado la condición de coautores asignada a sus asistidos Sotelo y Baltazar respecto de todos y cada uno de los hechos aquí tratados.

b) De este modo, la defensa del condenado Guerra señaló en términos de oficina que no fue probado durante la audiencia de debate que en el hecho V el delito se conecte subjetiva e ideológicamente con otro ilícito, tal y como exige el inciso séptimo del artículo 80 que pertenece al CP.

Asimismo, en la audiencia celebrada ante esta cámara indicó que no se pudo explicar en la sentencia impugnada la ultraintencionalidad propia de ese inciso y artículo ya citados; por lo que correspondería aplicar entonces la figura contemplada en el artículo 165 del código sustantivo.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

c) Por otra parte, el Dr. Muñoz sostuvo en su respectivo recurso de casación que era erróneo calificar los hechos II y III como efectivamente se había hecho en la sentencia impugnada respecto a su defendido Sotelo, ya que la confesión de éste había sido sólo por los dos últimos hechos.

Adicionalmente, se indicó que tampoco era acertada la tipificación escogida para el hecho V, el homicidio *criminis causae*, ya que no estaba probado el despecho y la frustración del imputado Guerra; siendo que en relación con sus asistidos Baltazar y Sotelo, ello era mucho más difícil de sostener. Remarcó también que la sentencia en cuestión incurría en una manifiesta contradicción, al condenar por “impunidad” y por “no lograr el fin propuesto” contemporáneamente. Finalmente, reclamó por todo ello la aplicación de la figura tipificada en el artículo 165 del CP.

Luego, el defensor oficial ante esta instancia ratificó los argumentos brindados por su colega del Ministerio Público de la Defensa; agregando que se había aplicado erróneamente a los hechos II a III la agravante del robo consistente en emplear armas con aptitud para el disparo, pues no estaba probado dicho extremo en tales hechos.

Asimismo, afirmó que no era cierto que Guerra hubiese disparado por despecho, lo que excluiría la agravante del séptimo inciso que pertenece al artículo 80 del CP; ya que es necesario demostrar la configuración de los elementos subjetivos de ese tipo penal (fallo “Vega Giménez” de la CSJN), algo que la decisión cuestionada no había hecho.

Por lo demás se criticó también la calidad de coautores otorgada a todos y cada uno de los coimputados en lo que hace a la totalidad de los hechos probados.

d) En primer lugar, respecto al planteo concerniente a la aplicación, o no, de la agravante –para el caso del robo– por emplear un



arma con aptitud para el disparo en relación con los hechos II y III, entiendo que tal cuestión debe ser zanjada a la luz de las consideraciones ya volcadas previamente en el acápite anterior de este mismo voto.

En efecto, si he tenido por probada la existencia de un mismo plan, aplicado por sus autores en forma concatenada y progresiva a lo largo de un breve lapso de tiempo y en un corto radio de distancia, el que consistía adicionalmente en desarrollar una misma metodología de acción, no hay dudas entonces que las armas de fuego empleadas en el último hecho de dicha seguidilla de delitos –esto es, en el hecho V donde resultara muerta la agente policial Campilongo y lesionado su compañero de armas Ghiglione– es lógico inferir, también aquí, que tales instrumentos fueron empleados consecuentemente en todos y cada uno de los hechos que lo precedieron minutos antes; máxime cuando existe consenso entre todos los damnificados de tales eventos (hechos II a IV) en referir que los sujetos actuantes exhibieron armas de fuego en cada una de esas situaciones, aunque ciertamente no llegaron a accionarlas por no presentarse en éstas la necesidad de ello.

Sobre este último aspecto volveré más adelante, dado que resulta esencial para zanjar otro de los cuestionamientos introducidos en este agravio: esto es, la calificación legal escogida por el tribunal de juicio para el hecho V.

e) Toca ahora el turno de introducirme en la problemática relativa a la manera en que fue tipificado el hecho V.

Como se sabe, la sentencia recurrida consideró que tal conducta debía ser encuadrada dentro del tipo penal contemplado en el artículo 80, inciso séptimo, del CP. Y las defensas, como ya hemos visto, han requerido en cambio –por medio de diferentes argumentos– la aplicación del artículo 165 del CP, en cuanto ése afirma que “se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

ocasión del robo resultare un homicidio”. Al mismo tiempo, el aquí mencionado inciso del artículo 80 del CP dispone, en lo que interesa, que el homicidio “por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito” se encuentra castigado con reclusión o prisión perpetua.

f) Así las cosas, el problema acá planteado conlleva en primer lugar una diferencia en el monto de pena para nada despreciable entre una y otra calificación legal; además de generar dificultades en su diferenciación en casos como el presente, en el cual media conjuntamente con el delito de homicidio un robo.

Es conocida por la doctrina nacional que el origen de esta aparente superposición entre un tipo legal y el otro deriva de la circunstancia que el codificador de 1921 ha tomado la agravante del artículo 80, inciso séptimo, perteneciente al CP, de la legislación italiana (más precisamente de *il Codice Zanardelli* de 1889), en tanto que para el supuesto contemplado en el artículo 165 del CP ha hecho lo propio del código penal español de 1886.

Y digo aparente superposición, porque si bien es verdad que en estos supuestos se presentan dificultades para encuadrar el hecho objeto de un proceso en uno u otro tipo penal, lo cierto es que una interpretación sistemática y hermenéutica del CP impone su diferenciación.

Para llevar adelante esta labor, entiendo imprescindible recordar aquí las palabras de quien hiciera un exhaustivo estudio sobre nuestro CP, esto es el Dr. Rodolfo Moreno (h); quien ha señalado que “cuando se matare a una persona para preparar, facilitar, consumir u ocultar un robo, la pena es la establecida en la ley para el homicidio calificado... Pero aquí [se refiere al **artículo 165 del CP**] no se trata de eso, sino del homicidio que se comete en ocasión del robo. [...] La **exposición de motivos del proyecto de 1891** dijo sobre este punto: «El caso más grave de los enunciados en el artículo es, sin duda alguno, el del



número primero, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio. Se refiere la disposición al **caso de que el homicidio fuese un resultado accidental del robo; no al caso en que el homicidio fuese un medio de consumir el robo, o de prepararlo u ocultarlo, o de asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para los cooperadores, o por no haberse obtenido el resultado propuesto,** pues, para estos casos, la disposición clara y terminante que introducimos en el número 4º del artículo 111, removiéndolo, así, toda duda que pudiera suscitarse, establece la pena de presidio perpetuo. **Referida la disposición a un caso accidental, es en justicia necesario despojar a la pena de su actual dureza e inflexibilidad, dándole toda la extensión requerida para que se atienda a todas las circunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con precisión»** (MORENO (hijo), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo V, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, p. 136; la negrita es mía).

Así las cosas, es claro que si de la exposición de motivos que se tuvo para redactar el proyecto del CP expresamente se diferencié la agravante del artículo 80, inciso séptimo, del CP respecto del artículo 165 que se halla en igual plexo normativo, no puede entonces concluirse que ambos tipos se encuentran superpuestos. Y de ello tampoco puede derivarse, en consecuencia y para casos como el configurado en autos, una aplicación única, directa y exclusiva de alguna de estas dos figuras, que excluya de este modo a la restante (generalmente, la del artículo 165 del CP por contener una escala penal menor).

A mero título ejemplificativo, se expiden en igual sentido, entre otros, DÍAZ, Emilio, *El código penal para la República Argentina (Promulgado en 29 de octubre de 1921). Comentario de sus disposiciones*, Librería “La Facultad” – Juan Roldán y Cía., 3ª edición,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Buenos Aires, 1928, p. 321; y SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Guillermo J. Fierro actualizador, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 11^a reimpresión total, 1999/2000, ps. 283 a 287, quien si bien critica la fórmula explicativa antes transcrita, pues la considera poco feliz, termina señalando que “el hecho se agrava porque se mata *para robar*”.

g) Es que para este último autor, la figura penal cuya aplicación cuestionan los recurrentes es un “**homicidio causalmente conexo**”, en el cual **es preciso que se haya intentado un hecho punible, y “subjetivamente, este hecho debe estar impelido por el fracaso...** Por eso llamamos a este hecho, en sentido psicológico, causalmente conexo. **No se trata de venganza**, dice Impallomeni, **sino de resentimiento, de despecho por el fracaso, tanto si éste deriva de la propia torpeza como de la resistencia que la víctima opuso**, p. ej., en el caso de una violación” (ÍDEM, Tomo III, ps. 47 y 48; el destacado es propio).

Por otra parte, se ha dicho también que “la **conexión ideológica de causa impulsiva** sucede cuando el autor mata *por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible* (art. 80, inc. 3º)... La calificante exige, en este caso, que antes del homicidio se haya consumado o tentado otro delito. **La esencia de la mayor gravedad del hecho reside en el despecho del criminal por el fracaso de su anterior conducta delictiva**. La ley no toma en cuenta la frustración de cualquier conducta precedente, incluso la más cercana a la delincuencia, como es la actividad preparatoria de un delito. **El disgusto del ya delincuente lo impulsa a delinquir una vez más, matando: obra a raíz de otro delito, por motivo de él, pero no lo desea, sino que desea el homicidio**. Sustancialmente, como lo señala la letra de la ley, *–al intentar el otro hecho punible–*, la conexión impulsiva sólo pretende ampliar a posteriori el ámbito de la conexidad



final, que siempre se liga a un objetivo delictuoso. **El homicidio es aquí, en sí mismo, el objeto del deseo del autor...** El resultado cuyo fracaso motiva el homicidio es cualquier efecto y consecuencia del otro delito, consistente en la materialidad del delito mismo, o en algo que sigue al delito y está fuera de su *corpus*, sea que en el fracaso haya tenido intervención la víctima del homicidio o que no la haya tenido” (NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo Tercero “Parte Especial”, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, ps. 53 y 54; nuevamente el resaltado no se encuentra en el texto original).

En términos bastantes similares a estos se pronuncian también FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV: “Parte especial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 109; y RAMOS, Juan, *Curso de Derecho Penal (segunda parte)*, compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, Tomo V, 2º edición corregida y aumentada, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1943, ps. 73 a 75.

h) Ahora bien, de las citas efectuadas anteriormente surge claramente que, para los autores acá mencionados, en la figura cuestionada existen, como elementos diferenciadores del homicidio en ocasión de robo (según el artículo 165 del CP), una relación de conexidad causal entre el delito de robo y la muerte de una persona, la que se configura en razón de que el ilícito primeramente mencionado (esto es el robo) es materializado mediante una acción que comienza a ejecutarlo y que luego fracasa; permaneciendo así en grado de conato (cfr. el artículo 42 del CP), por ejemplo, en virtud de la propia resistencia opuesta por la víctima a tal conducta delictiva. Esta circunstancia, asimismo, es la que provoca un resentimiento en el autor que lo lleva a querer matar. Es decir que mata efectivamente a raíz del fracaso sufrido en el acto de perpetrar el desapoderamiento ilegítimo, mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas; haciéndolo con conocimiento y voluntad de dar muerte.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Aclarados entonces tales extremos, en la conducta objeto de análisis se debe destacar especialmente que los acusados, sólo recién cuando apreciaron la presencia de un policía, circunstancia que pudieron deducir por el hecho fehacientemente acreditado en autos de que Ghiglione se encontraba en ese momento uniformado, es que hicieron uso de las armas de fuego que portaban con ellos.

En efecto, si se repasa lo sucedido previamente (hechos II a IV) se puede sostener sin dificultad alguna que el empleo de las armas de fuego tuvo una finalidad amenazante, pues ni siquiera frente a la leve resistencia y posterior huida del lugar desplegada por Igartúa, quien conducía el mentado vehículo VW “Vento” al momento de acontecer el hecho numerado como cuatro, los condenados hicieron uso de tales instrumentos. Nótese en tal sentido que el nombrado, una vez fuera de dicho vehículo, se resistió a volver a ingresar a éste y, previo forcejeo, pudo zafarse y salir corriendo del lugar, sin mayores consecuencias para su integridad física.

En cambio, la situación configurada después de ello fue algo distinta. Es que en el siguiente hecho –el V– sí ocurrió el empleo de las armas de fuego en cuestión, cuando finalmente los acusados se encontraron frente a la certeza clara y concreta de que la persona a ser robada, un policía, opondría una resistencia –empleando a tal efecto el arma de fuego que todo agente de las fuerzas de seguridad debe llevar consigo mismo–; de manera tal que el robo –cuya ejecución ya había comenzado con la interceptación, detención y posterior descenso del auto Ford “Fiesta” de uno de sus integrantes, en este caso el imputado Guerra, con el fin de proceder al abordaje del vehículo que conducía Ghiglione (metodología en el accionar que ya habían aplicado previamente en tres oportunidades recientes)– se vería finalmente frustrado, dada la lógica y natural resistencia que opondría un policía federal.



Dicho en otras palabras: el fin de robar una vez más, en estas circunstancias, no se concretaría aquí, dada la calidad de agente policial que revestía la persona a la cual se intentaba desapoderar ilegítimamente en esta nueva oportunidad. Y es precisamente dicha condición el factor más relevante para analizar esta situación, pues al advertir Guerra que la persona a la cual se intentaba robar era alguien que opondría resistencia (de hecho, la circunstancia misma de estar uniformada es ya un signo inequívoco de oposición para cualquier persona que pretenda acometer un hecho ilícito en contra de ésta) decidió matarla, con conocimiento y voluntad expresa de ello; en virtud del fracaso producido a su plan delictivo inicial, lo que se canaliza por medio de dicha conducta, como producto del resentimiento producido en los condenados ante el fracaso de su accionar delictivo original.

j) Prueba de esto, adicionalmente, es el hecho de que podría haber desistido Guerra de la acción iniciada –el robo ya en fase de tentativa–; volviendo a tal efecto sobre sus pasos de manera rápida, e ingresando entonces al vehículo que lo transportaba.

Es que justamente, aquí no se hizo un abandono del lugar –como sí sucedió por ejemplo en el hecho IV–, a pesar de la resistencia desplegada por la víctima. Y esto es así, ya que precisamente en el hecho V aún no se había consumado la conducta ilícita –consistente en desapoderar ilegítimamente, por medio de violencia física–; a diferencia de lo ocurrido en la situación anterior, en la cual ya se había tomado posesión del vehículo VW “Vento” que conducía Igartúa, por lo que entonces su resistencia y oposición no implicó ninguna clase de frustración en el plan y, por ende, no tornó necesario el empleo de las armas de fuego que llevaban consigo.

Por lo demás, no puede dejarse de mencionar acá que la circunstancia de haberse abierto fuego de la manera en que efectivamente se hizo, la cual puede calificarse casi como indiscriminada, atento el elevado número de disparos que se le





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

efectuaron desde atrás y desde adelante al vehículo en el cual viajaban los policías, además de sufrir también perforaciones otros rodados que estaban estacionados en la vía pública junto a los automóviles involucrados en esta situación, es evidencia indudable de que la intención que los condenados tuvieron allí, en dicho momento, ya no fue la de perpetrar el robo (algo que finalmente no se consumó, pues se abortó por las razones ya aludidas), sino que lisa y llanamente existió entonces un dolo directo de matar; originándose ello causalmente en la frustración del anterior hecho delictivo y en el consecuentemente resentimiento que esta circunstancia generó en sus autores.

Es por todo ello que podemos coincidir con Molinario que “en este caso, se mat[ó] porque antes sucedió algo”; siendo que “en cualquier caso, psicológicamente, nuestro hombre qued[ó] resentido. Ese resentimiento [fue] el motivo del homicidio” (MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 147).

k) Además, junto con los argumentos expuestos por los recurrentes al momento de criticar la calificación legal asignada en la sentencia a sus defendidos, se cuestionó también el carácter de coautores que a todos ellos se les atribuyó en ésa.

Al respecto, debo recordar que –como integrante de la Sala II de esta cámara– tuve la oportunidad de fallar en la causa n° 44.133/2015/TO1, caratulada “Díaz, Rodrigo y Bergara Pérez, Sebastián Atilio s/homicidio” (registro n° 817/2018), el pasado día 11 de julio de 2018; ocasión en la cual analicé la problemática vinculada a la coautoría.

En efecto, en tal precedente sostuve que si lo obrado era producto de una decisión tomada en conjunto, como puede ser en este caso la creación del riesgo jurídicamente desaprobado consistente en perpetrar



una serie de robos, lo hecho por cualquiera de los partícipes puede cargarse a “la cuenta de todos ellos”.

En tal sentido, recordé las enseñanzas del profesor Helmut Frister, en cuanto indica que “...la coautoría fundamenta una responsabilidad por la actuación en común, que no se puede derivar por completo de las reglas sobre autoría única. Así, mediante la conjunción con otras personas, en todos los órdenes de la vida, los hombres tienen la posibilidad de llevar a cabo proyectos en común [...]. **Quien se pone de acuerdo con otros para realizar un proyecto tiene que asumir que se le impute como acciones propias los aportes de los demás. La libertad de hacer acuerdos en común produce la responsabilidad por la obra realizada en común**” (FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 4ª Edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, revisión de la traducción de María de las Mercedes Galli, 1ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 538; la negrita me pertenece).

Por lo tanto, lo importante a evaluar en estos casos es si nos encontramos ante una comunidad en la decisión; o sea, si todos han contravenido el mandato legal mediante un actuar conjunto, de forma tal que la acción de uno no se explica de manera acabada sin tener en cuenta el actuar de los demás. O, dicho en otros términos, que la acción conjunta tiene un contenido simbólico diferente al significado de cada una de las acciones entendidas por separado.

Asimismo, otra vez mediante una cita del nombrado catedrático alemán (FRISTER, Helmut, *Concepto de culpabilidad y fundamento punitivo de la participación*, traducción de José R. Béquelin, María de las Mercedes Galli y Marcelo Sancinetti, 1ª edición, Editorial Hammurabi, 2017, p. 128), señalé en el mentado precedente la posibilidad de “...legitimar la punibilidad del coautor, sobre la base de que mediante su intervención en el hecho cometido en común contradice de manera individual la norma lesionada, resultando ello





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

apropiado para fundamentar la responsabilidad por el hecho total, puesto que no se deduce de la contradicción individual a la norma de una acción propia —como en el caso del autor único—, sino de la intervención en una acción común”.

Así las cosas, siguiendo esta línea de pensamiento, concluí en el referido fallo “...que para que exista la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por el hecho total —la coautoría— debe verificarse que «...la intervención en una acción en común tenga en la vida social el mismo significado simbólico que una acción individual y que ese significado no necesariamente dependa de que por medio de la intervención se preste un aporte efectivo para el resultado de la acción común» (ÍDEM, p. 128)”.

Así las cosas, recordadas que fueron las principales ideas que sostengo en esta materia, y más allá de que la crítica relativa a este aspecto ha sido algo escueta, lo cierto es que de la mecánica de los hechos ya explicada en el acápite anterior no hay dudas de que en este caso ha existido un plan diseñado por quienes participaron en todos y cada uno de los hechos aquí probados, con el fin de cometer una seguidilla de conductas delictivas consistentes en desapoderar a un número indeterminado de personas, valiéndose para ello de algunos medios en común (automóviles y armas de fuego).

De este modo, la distribución de roles evidenciada en cada hecho y el asentimiento que ha mediado por parte de todos y cada uno de los integrantes que tomaron parte en los hechos II a V, por medio del cual Sotelo, Baltazar y Guerra les han dado un poder al otro para actuar indistintamente a nombre de todos y cada uno de ellos, es una evidencia incuestionable de la existencia en este caso de un actuar conjunto por parte de los tres nombrados, en lo que hace a todos y cada uno de los accionares delictivos que conformaron los acontecimientos cuya materialidad se tuvo por probada. Tales extremos permiten entonces



sostener la existencia en este caso de una coautoría en cabeza de los tres condenados.

A dicha conclusión se arriba también si se tiene en cuenta, por sobre todas las cosas, que ninguno de ellos ha retirado su aporte, lo que implica un asentimiento al accionar global que incluye también, en tal sentido, los elementos propios de la agravante acá cuestionada (el inciso séptimo del artículo 80 del CP); manteniéndose una anuencia tácita y constante que nunca jamás los aquí involucrados rechazaron de manera expresa y clara.

l) Por último, intencionalmente he decidido omitir aquí todo abordaje relativo a la otra modalidad contemplada en el inciso séptimo del artículo 80 que pertenece al CP, el cual fuera empleado también por el tribunal de juicio para fundar su sentencia condenatoria, esto es el matar “para procurar la impunidad”, ya que esta cuestión recibirá tratamiento específico en el acápite siguiente de mi voto.

En efecto, en ése se abordará otro de los agravios introducidos por la defensa oficial, el que está directamente vinculado con esta circunstancia, como resulta ser la denuncia por presunta lesión al principio de congruencia.

m) En atención a la totalidad de los argumentos aquí brindados es que entiendo corresponde también aquí rechazar el recurso de casación en lo que específicamente hace a este agravio.

6) Denuncia lesión del principio de congruencia

a) La defensa oficial, entre los agravios incluidos en su recurso de casación, denunció también una lesión al principio de congruencia, toda vez que en el fallo impugnado –al momento de analizar la calificación legal de los hechos probados– consideró que el hecho identificado con el número cinco debía ser calificado como homicidio *criminis causae*, tanto por mediar la circunstancia de “no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”, extremo que efectivamente fue





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

incluido en el alegato de la fiscalía al concluirse el debate, como así también “para procurar la impunidad”; siendo que esta modalidad de la mencionada figura del homicidio agravado no había sido referida por el Ministerio Público Fiscal en su acusación.

b) Ahora bien, en atención a las consideraciones que he volcado en el acápite anterior, por las cuales he tenido por bien aplicada la figura penal del homicidio *criminis causae*, bajo la modalidad configurada “por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”, y sin perjuicio de mi opinión personal relativa a la aplicación y alcance que debe otorgársele al principio de congruencia (sobre ello pueden consultarse, entre otros precedentes, mis votos emitidos en las causas n° CCC 52062/2016/TO1, caratulada “Micha José Daniel s/homicidio simple en tentativa”, registro n° 665/2018, resuelta por la Sala II de esta cámara el 13 de junio de 2018, y n° CCC 22.404/2009/TO1/CNC1, caratulada “ORTIZ CONCHA, Henry s/abuso deshonesto”, registro n° 1179/2018, fechada el 24 de septiembre de 2018 y decidida por esta misma sala), lo cierto es que el tratamiento de este agravio deviene (en este caso puntual) absolutamente inoficioso, ya que en nada cambiaría –en lo que hace a dicha conducta– su encuadramiento bajo el tipo penal del artículo 80, inciso séptimo, del CP, según la modalidad antes mencionada, si finalmente se acogiera aquí el mentado planteo.

7) Agravio consistente en una errónea interpretación y aplicación del artículo 4° de la ley 22.278

a) La defensa a cargo de la Dra. Reta ha requerido también una reducción en la pena aplicada a su asistido, el señor Sotelo; solicitando que se le fije un monto de diez (10) años de prisión.

Funda esa petición en los artículos 4, *in fine*, de la ley 22.278, 44, inciso tercero, del CP y 37, inciso b), de la CDN. Al mismo tiempo,



denuncia también una violación del artículo 56 del CP, lo que volvería infundada la sentencia aquí recurrida.

b) En efecto, dicha parte considera que estamos frente a una decisión judicial carente de fundamentación, en lo que hace a la fijación de la pena aplicada a su defendido. Manifiesta que ésa no se ha ajustado a la CN ni a las normas internacionales concernientes a la justicia penal juvenil; no existiendo en su exposición parámetros para determinar el monto de la pena ni se delimitaron las agravantes de las atenuantes.

Agrega también que no hubo una sana crítica racional de los elementos y que la conclusión no se ha derivado de las premisas planteadas, lo que ha provocado la arbitrariedad de la sentencia.

De igual manera, denuncia una doble valoración al momento de graduar la pena, ya que se tuvo en cuenta la temeraria y violenta modalidad comisiva, lo que afectaría el *ne bis in ídem*.

Finalmente, señala que –a diferencia de lo resuelto por el tribunal de juicio– cuando una pluralidad de delitos y uno de ellos fuese indivisible, debe aplicarse entonces la solución articulada por legislador en el artículo 56 del CP.

Luego, por mandato de los artículos 4° de la ley 22.278 y 44, inciso tercero, del CP la escala penal deberá ser de diez (10) a quince (15) años de prisión. Por lo que entonces, teniendo en cuenta los principios de revisión periódica, *última ratio*, delimitación temporal y excepcional, tal recurrente pidió aplicar una pena de diez (10) años de prisión.

c) Asimismo, la defensa oficial encabezada por el Dr. Damián Muñoz también ha incluido entre sus agravios uno de naturaleza similar al incoado por la Dra. Reta, tanto respecto del condenado Sotelo como así también en lo que hace a su asistido Noguera (esto último, en lo que concierne a la condena que se le dictó en el marco de la causa N° 7801).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

d) Fundó tales pedidos en una errónea aplicación de la ley 22.278 y en una falta de motivación de la sentencia cuestionada; citándose a tal efecto los fallos “Mendoza” de la CIDH y “Maldonado” de la CSJN, dado que –en su opinión– la necesidad de pena no puede surgir de la “gravedad del hecho” o “peligrosidad”.

Por otra parte, denuncia también un análisis parcial de lo que fue el tratamiento tutelar de sus dos asistidos, citando otra vez los criterios establecidos en la sentencia “Maldonado”. Y agrega que la pena impuesta a Sotelo no siguió los lineamientos trazados por la CIDH.

Asimismo, en relación con éste último recuerda un voto del colega de esta sala, el Dr. García, expedido en la causa “Tolosa Inostroza y otros s/recurso de casación” (CFCP, Sala II, rta. el 04/05/2011) y critica también que se haya tenido en cuenta para aplicársele la pena la “regular impresión causada” por el nombrado, dado que ello resulta ser vago y afecta también al principio de culpabilidad y a la defensa en juicio.

Finalmente, sostiene que el análisis aplicado por el tribunal de juicio respecto al monto de la pena aplicado al condenado Noguera en la causa N° 7801 ha sido contradictorio.

e) Analizaré aquí la impugnación en lo que hace exclusivamente a la situación del condenado Sotelo, posponiendo el tratamiento del agravio traído a estudio de esta cámara en relación con el señor Noguera para más adelante, por haberse dictado ése en el marco de la causa N° 7801.

Así las cosas, entiendo pertinente destacar –antes que nada– la regla establecida en el artículo 56 del CP, el cual establece lo siguiente: **“cuando concurrieren varios hechos independientes** reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor. **Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente**, salvo el caso en que



concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua. La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero” (la negrita me pertenece).

Por otra parte, debe aclararse que “las penas no divisibles no son otras que las penas perpetuas” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 406). O dicho en otras palabras: las penas indivisibles son fijas por su naturaleza o por su forma de imposición; de manera tal que no cuentan con un mínimo y con un máximo legal, ni pueden ser objeto de cuantificación judicial (cfr. de mi autoría, *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte general*, Rubinzal-Culzoni editores, 1ª edición revisada, año 2018, ps. 57 y 58).

f) Aclarados ambos extremos, si se tiene en cuenta la calificación dada a los hechos por los cuales Sotelo resultó finalmente condenado en la instancia anterior, que por otra parte he confirmado en este mismo voto, no hay dudas entonces que la pena a aplicársele no puede ser otra más que la prisión perpetua. A igual conclusión se arriba en la p. 502 del código comentado, citado en el párrafo anterior.

Luego de ello se sigue que, por aplicación de lo establecido en el mencionado artículo 4º de la ley 22.278, que impone en su segundo párrafo la aplicación de la escala penal de la tentativa, disposición que a partir del precedente jurisprudencial “Maldonado” de nuestra CSJN debe ser considerada como la regla en esta materia (cfr. TERRAGNI, Martiniano, *Proceso Penal Juvenil, práctica y jurisprudencia*, La Ley, 1º edición, Buenos Aires, 2015, p. 395), el monto de pena a aplicar por parte del tribunal debe oscilar entre los diez (10) y los quince (15) años de prisión (cfr. el artículo 44, tercer párrafo, del CP).

Es por todo ello que el tribunal de juicio ha incurrido en una errónea interpretación y aplicación de la ley penal.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

g) Que en atención entonces a tales consideraciones y parámetros a aplicar en esta materia, es que corresponderá entonces nulificar la sentencia en lo que específicamente hace a este punto, previo reenvío, a los efectos de que el mismo tribunal de menores aquí interviniente fije una nueva pena, de conformidad a la escala penal acá fijada.

8) Planteo de inconstitucionalidad de la prisión perpetua

a) Las tres defensas técnicas actuantes han requerido se declare la inconstitucionalidad de la prisión perpetua; aunque lo hicieron en base a argumentos diferentes.

b) Por un lado, la Dra. Reta –a cargo de la defensa técnica del menor Sotelo– fundó dicha petición en razón de lo dispuesto por el artículo 14 de la CP, en cuanto ése establece la imposibilidad de conceder la libertad condicional a los condenados –entre otros supuestos– por el delito tipificado en el inciso séptimo del artículo 80 del CP; sosteniendo que una regla así colisiona con los artículos 25 y 37.b de la CDN, además del artículo 7.3 de la CADH.

En efecto, en su opinión, el artículo 14 del CP –cuya inconstitucionalidad solicita– resultaría violatorio de los principios de resocialización y legalidad (cfr. los artículos 40.1 y 25, ambos de la CDN), como así también del de progresividad (consagrado en los artículos 5.6 de la CADH y 6 de la LEP).

De idéntica manera, en términos de oficina recordó el precedente “Mendoza” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); señalando que su asistido tenía tan sólo dieciocho (18) años de edad, lo que lo convertía en una personalidad en pleno desarrollo.

Finalmente, ya durante la audiencia celebrada ante esta cámara, esa defensa explicó que en materia de sanciones a menores existían tres principios, a saber: última *ratio* de la pena, delimitación temporal y revisión periódica. Igualmente, criticó la sentencia de grado por



entender que no existe un momento procesal oportuno para plantear esta inconstitucionalidad.

c) Asimismo, la defensa oficial de los condenados Baltazar y Sotelo también articuló un planteo de inconstitucionalidad respecto al dictado de la prisión perpetua, aunque hizo correr dicha solicitud (de manera algo indistinta) sobre dos carriles distintos.

Es que, por una parte, indicó que tal petición estaba dada por haberse prescindido de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad, prohibición de exceso y mínima suficiencia, recordando a tales fines que la ley 26.200 recoge el llamado “Estatuto de Roma”; y por otro lado también se requirió la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo 14 del CP.

A continuación, durante la respectiva audiencia ante esta judicatura se hizo mención al fallo “Vinter” del TEDH y se recordó la presunta afectación que una pena de esta naturaleza tendría sobre el principio constitucional de culpabilidad.

Finalmente, en dicha oportunidad, y ante una pregunta formulada por mi distinguido colega de sala, el Dr. Luis García, el Dr. Maciel manifestó que lo que realmente se estaba planteando aquí era la inconstitucionalidad del artículo 14 del CP; más allá de que él pensaba que la pena de prisión perpetua es inconstitucional *per se*.

d) De igual forma, también sostuvo un requerimiento de similar naturaleza el letrado defensor del condenado Guerra, en cuanto manifestó que por aplicación del artículo 13 del CP (el que fija una serie de pautas para que el condenado pueda acceder a la libertad) no había certezas sobre el momento en que terminaría la pena y, consecuentemente con ello, cuándo su defendido podría acceder al medio libre; extremo que, en su opinión, afectaría el principio de legalidad.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Asimismo, indicó que se encuentran comprometidos aquí los principios de culpabilidad –en cuanto el tipo penal escogido para la calificación del hecho posee una sanción fija–, división de poderes –también en razón de la sindicada pena fija, ya que le impide al juez la facultad de aplicar otra distinta–, resocialización, proporcionalidad y prohibición de aplicación de penas crueles.

En los términos de oficina, luego, agregó que las penas contempladas en el artículo 80 del CP son conceptual y realmente indefinidas; siendo sólo eventualmente finitas si se cumplen los requisitos del artículo 13 del CP.

Y finalmente, en la audiencia celebrada en los términos del artículo 468 del CPPN volvió a requerir una vez más la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua en esos términos.

e) Así las cosas, nos encontramos frente a dos planteos diferentes de inconstitucionalidad en lo que atañe a la aplicación de la prisión perpetua.

Esta circunstancia impone entonces un tratamiento por separado.

f) El primero de ellos gira en torno a las consecuencias que acarrearán las disposiciones contenidas en los citados artículos 14 y 13 del CP, cuyas inconstitucionalidades se requieren (así lo efectuó expresamente la Dra. Reta en relación con el primero de ellos; en tanto que sobre el segundo se expidió el Dr. Angrisani).

Al respecto, estimo pertinente recordar en primer lugar que esta clase de planteo se articula por medio de lo que el legislador ha denominado en el CPPN “recurso de inconstitucionalidad” (cfr. sus artículos 474 y 475). En efecto, el primero de ellos establece que “el recurso de inconstitucionalidad podrá ser interpuesto contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 457 si se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una ley, ordenanza, decreto o reglamento que estatuya sobre materia regida por la



Constitución, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente”; en tanto que el restante reza lo siguiente, a saber: “serán aplicables a este recurso las disposiciones del capítulo anterior relativas al procedimiento y forma de redactar la sentencia. Al pronunciarse sobre el recurso, la Cámara de Casación declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada y confirmará o revocará el pronunciamiento recurrido”.

Así, este remedio impugnativo se articula respecto de sentencias o resoluciones que se pronuncien acerca de la denunciada incompatibilidad entre normas contenidas en la CN y normas de inferior jerarquía, para dar de este modo una solución a las llamadas “cuestiones federales complejas”; es decir, que está destinado a aquellas situaciones que persiguen restablecer la supremacía de la CN por sobre todas las leyes, ordenanzas, decretos o reglamentos, de acuerdo a lo sentado en el inciso primero del artículo 14 de la ley 48, y siempre y cuando la sentencia impugnada se haya pronunciado en favor de la validez constitucional de la norma cuestionada (cfr. PALACIO, Lino Enrique, “El recurso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Penal de la Nación”, publicado en *Doctrinas esenciales: Derecho Procesal Penal*, dirigido por Edgardo Alberto Donna, Tomo II, La Ley, 1ª edición, Buenos Aires, 2013, ps. 1156 y 1157).

g) Ahora bien, dicho esto, es claro que más allá de las razones brindadas por sendos recurrentes, en el presente caso todavía no ha existido una concreta y real aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 13 y 14 del CP, las que constituyen el objeto de este agravio en la impugnación, por lo que entonces mal puede sostenerse que exista siquiera aquí una “cuestión federal compleja”, desde el momento en que –a diferencia de lo denunciado por los impugnantes– no ha existido ningún menoscabo en la supremacía de la CN, toda vez que la decisión judicial aquí recurrida no ha hecho operativas las





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

disposiciones del CP cuestionadas y, por ende, tampoco se ha expedido siquiera sobre su eventual inconstitucionalidad.

De allí que entonces tenga razón el tribunal de menores, en cuanto ha rechazado este pedido por entender que resulta ser prematuro; pues al no haberse aplicado aún las normas legales que acá se denunciaron como inconstitucionales (en concreto, los artículos 13 y 14 del CP), **no existe agravio alguno para quienes precisamente plantearon esta cuestión** (cfr. CLARIÁ OLMEDO, *op. cit.*, Tomo V: “La actividad procesal”, p. 546).

Es que a dicho extremo se arribará recién cuando la presente condena adquiera firmeza definitiva y, luego de ello, ya iniciada la correspondiente etapa de ejecución de la pena (fase final del procedimiento penal) se configuren los requisitos exigidos por los distintos cuerpos normativos (el CP y la LEP) para acceder a las diferentes salidas anticipadas al medio libre que se contemplan para quienes están cumpliendo una pena privativa de la libertad.

Y asimismo, esto será así, por supuesto, en el caso de que no se produzca una modificación o derogación en los mencionados artículos 13 y 14 del CP, que pudieran llegar a cambiar inclusive los motivos de impugnación exhibidos tanto respecto al menor de edad condenado (Sotelo), como así también en relación con el señor Guerra; gozando ambos, obviamente, de la facultad de interponer un nuevo recurso para el supuesto de que esta pretensión sea rechazada por la judicatura a cargo del control de la ejecución de la pena.

Finalmente, en mi opinión, advierto también que no resulta suficiente para superar la valla de la admisibilidad la supuesta afectación que el no tratamiento de esta cuestión acarrearía en el régimen penitenciario que se aplicará al detenido, toda vez que el mismo artículo 1° de la LEP establece que “[l]a ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad



lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, **deberá utilizar,** de acuerdo con las circunstancias de cada caso, **todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”.**

En efecto, ello significa que el mismo conjunto normativo encargado de regular la ejecución de esta clase de penas se encuentra guiado, entre otros principios, por un **ideal resocializador** que, como tal, constituye una **directriz;** o sea, una norma de naturaleza muy general que señala la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político o jurídico. Así las cosas, dicho principio se trata de **una meta de tipo jurídico;** es decir, un logro al cual deben procurar acomodarse la totalidad de las disposiciones de la ley 24.660 que siguen a su invocada norma inicial (cfr. mi voto emitido el 30 de diciembre de 2016 como juez integrante de la Sala II de esta cámara en la causa n° 381/2010/1/CNC1, caratulada “Salinas, Matías Ezequiel”, registro n° 1049/2016; precedente que, por lo demás, es importante aclarar acá, no resulta aplicable al presente atento las diferencia fácticas existentes con el presente expediente).

Así las cosas, es claro entonces que por mandato legal (*vid.* el ya citado artículo 1° de la LEP) el tratamiento penitenciario dado a toda persona privada de su libertad deberá estar guiado siempre, y en cualquier caso, por el mencionado principio de la reinserción social: esto es, por la búsqueda de alcanzar el objetivo que el detenido (aún en casos como el presente) se reincorpore al medio libre de manera satisfactoria; aspecto sobre el cual, inclusive, podrá petitionar el mismo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

detenido y obtener eventualmente cambios, gracias a otra directriz consagrada por la LEP, denominada **control jurisdiccional permanente**, por la cual debe existir una supervisión imperativa y continua de la autoridad judicial acerca de todas las cuestiones que rodean la aplicación de la sanción penal (consúltese, en tal sentido, mis consideraciones volcadas en el ya citado precedente “Salinas”).

De manera tal que, como ya tuve oportunidad de sostener en la causa n° 2435/2017/2/CNC1, caratulada “F., J.E. o M. y otros s/legajo de casación”, resuelta el 9 de junio de 2017 por la Sala II de esta cámara (registro n° 456/2017), en cuanto allí afirme que cuando un planteo se presenta como absolutamente conjetural, hipotético y carente de toda virtualidad, no puede hablarse consecuentemente de la existencia de agravio alguno porque ello debe implicar siempre un ataque a los intereses que poseen las partes, no se observan aquí –a la luz de la argumentación esgrimida por los recurrentes– razones ni circunstancias suficientes, tales como para apartarse del criterio general antes expuesto que rige en materia de admisibilidad.

h) Por otro lado, el restante pedido de ilegitimidad constitucional se ha articulado sobre un eje bien distinto: esto es, la declaración (por diferentes razones) de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua en sí misma. Tal ha sido lo requerido primigeniamente por los Dres. Muñoz y Angrisani; siendo que ambos lo han articulado de manera genérica e imprecisa, tomando a ese fin como ejes para fundar sus pedidos, puntualmente en lo que tiene que ver con sus respectivos asistidos, los mencionados cuestionamientos constitucionales a los artículos 13 y 14 del CP.

i) Ahora bien, en lo que hace específicamente al planteo incoado por la defensa oficial, entiendo que el encuadramiento de tal pedido ha sido algo confuso, en el sentido de que las referencias que sobre este punto se efectuaron en el recurso de casación y en los términos de oficina oscilaron siempre entre una supuesta ilegitimidad constitucional



del artículo 14 del CP, sobre la cual ya me he expedido, y una alegación en términos genéricos acerca de la prisión perpetua como una pena inconstitucional.

Tal circunstancia fue precisamente el motivo que condujo –en mi opinión personal– a que el colega de esta sala, el Dr. García, al término de la audiencia celebrada ante esta cámara solicitara una aclaración sobre este punto; siendo que el Dr. Maciel –como puede cotejarse de la correspondiente grabación– respondió a ello, aclarando que la inconstitucionalidad se articulaba sólo en torno a la disposición contenida en el artículo 14 del CP, más allá de su opinión personal sobre esta problemática.

Por lo tanto, frente a esta aclaración que el mismo recurrente ha efectuado respecto a este punto, entiendo entonces que el agravio referido a esta cuestión se encuentra ya zanjado en virtud de las consideraciones dadas en forma previa.

j) Luego, en lo referente al planteo incoado por el Dr. Angrisani, resulta importante recordar en relación con el recurso de inconstitucionalidad que “es necesario que el recurrente haya oportunamente discutido o alegado, en el caso concreto, y durante el proceso, la constitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o resolución. La simple inobservancia en el proceso de garantías procesales establecidas por la Constitución, es materia propia del recurso de casación. La cuestión de inconstitucionalidad debe plantearse de manera expresa, clara y precisa, en la primera oportunidad que tenga el interesado en el proceso para hacerlo, con arreglo a las circunstancias; esto es, apenas se suscite o se pueda prever que se suscitará. El interesado debe haber mantenido la cuestión en las oportunidades ulteriores en que haya podido hacerlo. El recurso no es admisible si el interesado ha aceptado, expresa o implícitamente, la aplicación de la ley, decreto, reglamento o resolución que cuestiona. La sentencia, el auto o el decreto del tribunal *a quo*, debe haber resuelto la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

cuestión declarando la constitucionalidad negada por el recurrente y, como lo exige el recurso de casación, entre el agravio invocado y su fundamentación debe existir concordancia. **El escrito de interposición del recurso debe señalar la aplicación constitucional que se pretende, esto es, debe contener una fundamentación suficiente. El recurso debe ser fundado, ser adecuado al motivo constitucional esgrimido,** con indicación de los puntos de la resolución atacada, cita de la norma constitucional infringida y del precepto que sobre ella se ha hecho prevalecer, además de explicitar la transgresión y su alcance en relación al derecho y garantía afectadas y exponer la solución que se pretende. **El escrito en el cual se lo deduce debe señalar de manera expresa, clara y precisa los argumentos en cuya virtud se afirma la contradicción entre la norma legal aplicada y la Constitución nacional”** (DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Lexis Nexis, 2ª edición, reimpresión, Buenos Aires, 2006, ps. 368 a 370; la negrita no se halla en el texto original).

k) Dicho esto, el recurso en lo que específicamente se refiere a este punto no satisface consecuentemente y de manera acabada el inexorable requisito de la fundamentación.

En efecto, la introducción de un pedido de inconstitucionalidad debe conllevar necesariamente una fundamentación suficiente que exhiba, en relación con las circunstancias concretas que presenta el caso en el marco del cual es interpuesto, cuál resulta ser la transgresión concreta y real de la garantía o principio constitucional al mismo tiempo invocado.

Y tales extremos, entiendo yo, no se satisfacen por el solo hecho de indicar de manera genérica una supuesta afectación a garantías constitucionales.



Esto último, máxime si se tiene en cuenta que ello ha sido efectuado de manera laxa y atado también al planteo de inconstitucionalidad del artículo 13 del CP, el cual ha recibido ya suficiente tratamiento.

l) Que en mérito entonces a todos los argumentos previamente expuestos deben rechazarse la totalidad de los pedidos de inconstitucionalidad incoados en relación con la aplicación de la pena de prisión perpetua, ya sea que éstos se vinculen con la regulación de los artículos 13 y 14 del CP, como así también respecto de aquéllos que han pretendido la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua en sí misma.

9) Tacha de inconstitucionalidad del inciso séptimo que pertenece al artículo 80 del CP

a) Como ya se ha indicado oportunamente, la defensa oficial también ha requerido, introduciendo en términos de oficina, la declaración de inconstitucionalidad de las agravantes tipificadas en el inciso séptimo del artículo 80 del CP.

b) Para así solicitarlo, se ha limitado a traer a colación – efectuando a tal objeto una transcripción textual de sus pasajes más importantes– un precedente dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 23 de Capital Federal, el fallo “Moreira, Matías Ariel” (causa N° 3189 del registro de esa sede tribunalicia), de fecha 18 de noviembre de 2009, en el cual mediante los votos de mis distinguidos colegas de esta cámara –que en aquel entonces integraban dicha judicatura–, los Dres. Jantus y Magariños, a los que por su parte adhirió también el restante magistrado de ese tribunal de juicio, se consideró inconstitucional a la agravante consistente en la comisión de un homicidio “para procurar la impunidad para sí o para otro”, por entender que ésa violaba el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la CN.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Y al mismo tiempo, recordando lo decidido por la CSJN en el caso “Baldivieso”, argumentó que no se podía descartar el tratamiento de este agravio por la mera circunstancia de haber sido introducido en términos de oficina, ya que de lo contrario existiría una afectación al derecho de defensa en juicio y al derecho con que cuenta todo condenado de que su sentencia sea revisada de manera integral.

c) En primer lugar, me remito aquí a lo expresado, mediante cita de la obra del Dr. De la Rúa, en el punto j) del acápite inmediatamente precedente.

Luego, aun dejando de lado el plexo de requisitos vinculados con la cuestión temporal, la oportunidad y el no consentimiento en la aplicación de la norma tachada por inconstitucional, cuya interpretación flexible ha sido expresamente solicitada por el recurrente en su presentación, lo cierto es que el planteo no satisface acabadamente el inexorable requisito de la fundamentación.

En efecto, la introducción de un pedido de inconstitucionalidad debe conllevar necesariamente una fundamentación suficiente que exhiba, en relación con las circunstancias concretas que presenta el caso en el marco del cual es interpuesto, cuál resulta ser la transgresión concreta y real de la garantía o principio constitucional al mismo tiempo invocado.

Y tales extremos, entiendo yo, no se satisfacen por el solo hecho de meramente transcribir algunos fundamentos, desarrollados por dos colegas integrantes de este mismo tribunal colegiado, volcados en una sentencia que, por lo demás, se refería a otra modalidad comisiva del inciso séptimo que pertenece al artículo 80 del CP.

Esto último, máxime si se tiene en cuenta que ello ha sido efectuado en total desconexión con los hechos que constituyen el objeto procesal de esta causa, a los cuales se les aplicó otra modalidad agravante del mismo inciso y artículo, pero tratando de salvar dicha



brecha mediante la simple afirmación de que las conclusiones volcadas en tal sentencia eran indudablemente aplicables a todos los supuestos del inciso séptimo del artículo 80 del CP.

d) Es por todo ello que este planteo, al no alcanzar los requisitos de fundamentación debida y autónoma, y a la luz de lo que recordé – cita mediante del precedente “Azcona, Juan Marcelo” (Reg. n° S.T. 2349/2017)– en la causa CCC 17462/2016/TO1/CNC2, caratulada “VERNASCA, Damián Maximiliano s/recurso de casación”, resuelta por la Sala II de esta cámara de casación con fecha 11 de julio de 2018 (Registro n° 821/2018), debe ser consecuentemente declarado inadmisibile.

10) Agravios introducidos en el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

a) Como ya tuve oportunidad de señalar, el Ministerio Público Fiscal también ha interpuesto un recurso de casación con la sentencia dictada en este expediente por el Tribunal Oral de Menores N° 2 de Capital Federal.

Originariamente dicha impugnación se interpuso contra los puntos VI, VII y XV de dicha resolución; siendo que esta cámara ha declarado ya la inadmisibilidad de tal recurso en lo que hace específicamente a este último agravio.

Así las cosas, corresponde abocarme ahora al tratamiento de los agravios dirigidos por la fiscalía contra los puntos VI y VII de la parte dispositiva que integran la mentada decisión. En éstos se absolvió –en el marco de la referida causa N° 7627– a los acusados Horacio Eduardo Arroyo y Brian Daniel Emanuel Noguera, disponiéndose al mismo tiempo (y como consecuencia lógica de ello) la inmediata libertad del primero de los aquí nombrados.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

b) Este remedio de impugnación se fundó en una supuesta arbitrariedad que los jueces del juicio habrían cometido en razón de vicios y fallas en la valoración de la prueba producida en el debate.

A este fin, la titular de la acción penal destacó que la existencia de escuchas telefónicas entre Noguera y Sotelo, la conversación también transcrita entre éste último y su novia, el informe elaborado en relación con la actividad que tuvieron los aparatos Nextel el día de los hechos, la declaración brindada por el Subinspector Nieto –quien aseguró haber escuchado al imputado Arroyo manifestar su participación en estos hechos delictivos mientras se celebraba un torneo de fútbol– y el reconocimiento en rueda del acusado Noguera que efectuara el testigo Lencinas son elementos de prueba que, a su juicio, resultan ser suficientes como para tener por acreditada la participación de los nombrados Noguera y Arroyo en los hechos por los cuales merecieron condena los restantes coimputados (esto es, los hechos II a V).

c) Asimismo, indicó en tal recurso que en la sentencia cuestionada no se valoró ni se dieron argumentos en lo que hace a la aplicación de la agravante contemplada en el inciso 8° del ya mencionado artículo 80 del CP, en cuanto ése califica el homicidio cometido contra “un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición”, requiriendo entonces su aplicación.

De igual forma se petitionó la aplicación de las agravantes genéricas del artículo 41 *bis*, en lo que hace al empleo de un arma de fuego, y 41 *quater*, sólo para el caso de Arroyo por la intervención de un menor, ambos del CP. Finalmente, solicita también la condena por portación, alegando para ello que todos tenían disponibilidad inmediata de las armas que llevaban en los autos empleados para cometer los sindicados hechos ilícitos.



d) Como ya he tenido oportunidad de explicar previamente, al abordar los acápite cuarto y quinto de este voto, lo cierto es que –por un lado– se cuenta aquí con una abundante cantidad de elementos probatorios que dan cuenta con total certeza de la materialidad de los hechos objeto de juzgamiento; aspecto que, como ya resalté también, no ha sido objeto de cuestionamiento por parte de las defensas.

Y por el otro, la participación que en éstos han tenido los condenados ha surgido de una serie de pruebas de diferente naturaleza. Sin embargo, y refiriéndome siempre a la situación de aquellos que han sido aquí penados –es decir Sotelo, Guerra y Baltazar–, dentro de éstas junto con los elementos indiciarios y las pruebas de naturaleza indirecta (a saber: transcripciones de conversaciones y mensajes telefónicos, informes sobre modulaciones de celulares en la zona de los hechos, testigos de oídas, etc.) se han podido recabar también testimonios de personas que han comprometido directamente a los condenados, por medio de algún reconocimiento.

Tal es precisamente lo que ocurrió con los imputados Guerra, a quien el testigo y damnificado Ghiglione lo identificó, y con Baltazar, respecto al cual sucedió algo exactamente igual cuando declaró la damnificada del hecho II Claudia Venero. Y en el caso de Sotelo se contó con su declaración libre y espontánea brindada durante la audiencia de debate, por medio de la cual reconoció su participación en los hechos IV y V.

Luego, como ya se explicó, el razonamiento inferencial permitió tener por demostrado válidamente la participación de todos los nombrados en los restantes hechos que conformaron las conductas ilícitas del pasado día 20 de noviembre de 2012.

e) Así las cosas, no hay dudas entonces que los elementos probatorios indicados por la fiscalía en su recurso son todos ellos de naturaleza indiciaria o indirecta.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Ello es así, ya que ni las mencionadas escuchas telefónicas ni el informe elaborado en relación con la actividad que tuvieron los aparatos Nextel el día de los hechos pueden ser considerados elementos suficientes como para tener por probada la intervención en estos hechos de los imputados Arroyo y Noguera. En efecto, constituyen elementos indiciarios que de por sí no superan el umbral de la duda razonable que todo magistrado debe considerar al momento de tener que juzgar a un acusado; haciéndola jugar a favor de éste cuando dicte sentencia por mandato del artículo 18 de la CN (principio del *in dubio pro reo*).

En igual línea de razonamiento, aunque por tratarse de testigos de oídas o de testimonios cuestionados en su credibilidad, deben inscribirse las declaraciones prestadas por el Subinspector Nieto y por el señor Lencinas.

En efecto, el primero de ellos obtuvo la mentada información en el marco de la realización de tareas de investigación policiales que si bien pueden considerarse legítimas como para fundar algunas otras medidas de prueba practicadas durante la instrucción (como las que ya fueron objeto de análisis anteriormente), lo cierto es que no pueden ser tenidas como suficientes para dictar una condena.

Y respecto del reconocimiento practicado por Lencinas en relación con el imputado Noguera, sólo debo decir que la credibilidad de ese testimonio ha sido puesta en tela de juicio durante la audiencia de debate, por lo que –a diferencia de lo ocurrido con las declaraciones de igual tenor prestadas por Ghiglione y Venero– no puede tomarse como único elemento para fundar una condena. Ello, máxime si se tiene en cuenta que no existen otros elementos probatorios de igual naturaleza que permitan ligar al acusado Noguera con los hechos objeto de juzgamiento.

En consecuencia, resultan aplicables al presente acápite todas las reflexiones volcadas en materia de duda y certeza, extremos que deben



ser examinados al momento de dictar sentencia, que expresé en el cuarto acápite de este voto, y a donde me remito para no extender más el desarrollo del presente.

f) Por lo demás, la solución a la cual he arribado en virtud del razonamiento expuesto precedentemente: esto es, la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto ha absuelto a los acusados Arroyo y Noguera, me impide adentrarme en el tratamiento de todos los planteos vinculados a la calificación legal aplicable a los aquí nombrados; siendo que, por lo demás, a la luz de lo decidido en el acápite quinto, relativo a la calificación legal de los hechos por los cuales fueron condenados los señores Guerra, Sotelo y Baltazar, y por cuanto allí rechacé todas las impugnaciones dirigidas a cambiar la tipicidad de sus conductas, permaneciendo entonces incólume la figura del homicidio agravado (cfr. el inciso séptimo del artículo 80 del CP) que presenta una pena de prisión perpetua, deviene inoficioso el tratamiento de tales planteos, toda vez que no existe al respecto agravio alguno para el Ministerio Público Fiscal al no poder agravarse más la situación de los mencionados condenados.

De nuevo, como ya recordé en la citada causa n° 2435/2017/2/CNC1, caratulada “F., J.E. o M. y otros s/legajo de casación”, resuelta el 9 de junio de 2017 por la Sala II de esta cámara (registro n° 456/2017), cita mediante del procesalista argentino Clariá Olmedo, la necesidad del agravio funciona objetivamente como un límite subjetivo en la facultad para impugnar que tienen las partes (véase a este fin el segundo párrafo del artículo 432 del CPPN, en cuanto requiere expresamente la existencia de un “interés directo”).

g) Que en mérito entonces a lo aquí señalado, corresponde entonces rechazar en su totalidad el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

11) Finalmente, toca el turno de adentrarme ahora en la impugnación que ha sido incoada en el marco de la **causa N° 7801**.

a) Como ya indiqué en el acápite 7, puntos c) y d), la defensa oficial del condenado Noguera se quejó –por las razones allí sintetizadas, y a las cuales me remito– del monto de pena aplicado a su asistido.

b) Ahora bien, entiendo que corresponde a esta cámara adentrarse aquí en la valoración y fijación del monto de pena a aplicar al condenado Noguera, de conformidad a cuanto he dicho ya en otros precedentes; entre ellos en la causa n° 43.506/2012/TO1/CNC1, caratulada “Cárdenas, César Ariel s/ robo con armas”, Registro n° 400/2016 y fallada el 30 de mayo de 2016 por la Sala III de esta judicatura.

c) Para llevar adelante esta labor, es importante recordar aquello que ya tuve oportunidad de explicar el pasado 6 de mayo de 2016 en el expediente n° 62.770/2013/TO1/5/CNC1, caratulado “Prieto Oscar Damián s/ recurso de casación”, Registro n° 351/2016 y resuelto por esta misma sala.

En efecto, en aquella ocasión sostuve –específicamente en el cuarto considerando de mi voto– que “el sistema de reacciones penales en materia juvenil, en particular la regla del art. 4 de la ley 22.278, debe ser interpretada a la luz de los arts. 3, 37, 39 y 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el art. 19 de la CADH, el art. 17 de las Reglas de Beijín, y las de la RIAD, en tanto **el principio rector ha de ser el interés prioritario del Niño**, a partir del cual **la prisión deberá ser utilizada sólo como último recurso y durante el período más breve que sea posible, y que únicamente se impondrá en hechos considerados actos graves en el que concurren violencia contra las personas**. Ello, en consonancia con el contenido de la opinión consultiva 17/2002 de la CIDH, y del informe 172/10 de la



Comisión IDH, donde se señalara específicamente que criterios meramente retributivos en esta materia, resultan incompatibles con los estándares internacionales del derecho penal juvenil. Razón por la cual, **la sanción penal sólo debe aplicarse cuando resulte necesario en el caso concreto.** Toda esta línea de argumentación ha sido expresamente reconocida por nuestra CSJN en el **precedente «Maldonado»** (Fallos: 328:4343), donde se dejó en claro que **la necesidad de pena, de ningún modo puede ser equiparada a la gravedad del hecho.** Complementando ello, el informe 41/99 de la Comisión IDH, precisa que la regla de pena como último recurso conduce a que no debe emplearse frente a situaciones que no son graves. Mientras que la Observación General nro. 10 del Comité de los Derechos del Niño explica que los tradicionales objetivos de represión y castigo deben ser reemplazados por los de rehabilitación y justicia restitutiva” (el destacado no se halla en el texto original).

d) Así las cosas, teniendo en cuenta que por el principio dispositivo que rige en materia de recursos sólo puedo abocarme al tratamiento del presente agravio, dejando de lado consecuentemente cualquier análisis respecto a la tipificación legal atribuida a los cinco hechos que se le imputaran en este expediente al señor Brian Daniel Emanuel Noguera (en concreto, todos ellos calificados como constitutivos del delito de encubrimiento agravado – cfr. el artículo 277, incisos primero, apartado c), y tercero, apartados a), b) y c) del CP), estimo pertinente reducir la sanción aplicada al condenado a un monto total de seis (6) meses de prisión en suspenso; por resultar ésa – desde un punto de vista– coincidente con el monto mínimo de la escala penal de este caso (de conformidad con la manda del artículo 55 del CP y con el antes citado precedente jurisprudencial “Maldonado” de nuestra CSJN, por el cual la aplicación de la escala de la tentativa debe ser considerada como la regla en esta materia) y –al mismo tiempo–





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

toda vez que dicha pena es conteste con las constancias obrantes en autos.

12) Por todo ello, propongo al acuerdo lo siguiente: I) Rechazar íntegramente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, sin costas (cfr. los artículos 456, 457, 469, 470, 471, los dos últimos *a contrario sensu*, y 532 del Código Procesal Penal de la Nación); II) Rechazar también en su totalidad el recurso interpuesto por la defensa técnica del condenado Sebastián Alejandro Guerra, sin costas por entender que el aquí recurrente ha tenido razones plausibles para impugnar la sentencia en cuestión (cfr. los artículos 456, 457, 469, 470, 471, los dos últimos *a contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN); III) Rechazar íntegramente, de igual manera, el recurso interpuesto por la defensa técnica del condenado Nicolás Sebastián Baltazar, sin costas por haber existido razones plausibles para litigar en esta instancia (cfr. los artículos 456, 457, 469, 470, 471, los dos últimos *a contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN); IV) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por la Dra. Reta y por el Dr. Muñoz y, consecuentemente con ello, casar parcialmente el punto dispositivo XI de la sentencia que luce a fs. 3402/3406vta., anularlo y reenviar la presente causa al tribunal de origen para que ése dicte al respecto una resolución con arreglo y de acuerdo al alcance aquí fijado, sin costas en esta instancia (cfr. los artículos 44, 3º párrafo, 55 y 56 del CP y los artículos 456, 457, 469, 470, 471, 530 y 531 del CPPN); V) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica oficial del condenado Noguera y, en razón de ello, casar parcialmente el punto XV de la parte dispositiva de la mencionada sentencia y, consecuentemente con ello, reducir la pena impuesta a Brian Daniel Emanuel Noguera, la que se fija en seis (6) meses de prisión en suspenso, sin costas en esta instancia en virtud del resultado del presente trámite impugnativo (cfr. los artículos 12, 29, inciso tercero, 40, 41, 44, tercer párrafo, 45, 55 y 277, incisos primero, apartado c), y



tercero, apartados a), b) y c), del CP y los artículos 456, 457, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Tal es mi voto.

El juez **Luis M. García** dijo:

1. Contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral de Menores n° 2, cuyos fundamentos se agregan a fs. 3412/3509, han interpuesto recurso de casación el Ministerio Público Fiscal, contra los dispositivos; y de casación e inconstitucionalidad la defensa de Sebastián Alejandro Guerra contra los dispositivos, la Defensa Pública contra los dispositivos en favor de Nicolás Sebastián Baltazar, Cristián Damián Sotelo y Brian Daniel Emanuel Noguera, y la Defensora de Menores.

1.a. El recurso de casación del Ministerio Público (fs. 3522/3544).

Las representantes del Ministerio habían impugnado varios dispositivos de la sentencia dictada por el Tribunal de Menores n° 2. Sin embargo, sólo *prima facie* habían superado un examen de admisibilidad sólo las impugnaciones dirigidas contra los dispositivos VI y VII por los que se ha absuelto a Brian Daniel Emanuel Noguera y a Horacio Eduardo Arroyo de la acusación que se les había dirigido en la causa n° 7627, por aplicación del art. 3, CPPN, y se ha dispuesto la libertad del segundo.

Bajo la invocación de arbitrariedad en la apreciación de las pruebas, pretende el Ministerio Público que se revoquen esos dispositivos, y se condene entonces a Horacio Eduardo Arroyo como autor del delito de robo con arma de fuego reiterado en cuatro oportunidades, en concurso real con homicidio “*criminis causae*” por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito y homicidio “*criminis causae*” y agravado a su vez por ser la víctima un miembro de las fuerzas policiales en grado de tentativa, agravado a su vez por la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

utilización de un arma de fuego, en concurso real con portación de arma de guerra, agravada a su vez por la intervención en el hecho de menores de edad, requiriendo la imposición de la pena de prisión perpetua y a Brian Daniel Emanuel Noguera por el delito de robo con arma de fuego reiterado en cuatro oportunidades, uno de ellos en grado de tentativa, en concurso real con homicidio “*criminis causae*” por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito y homicidio “*criminis causae*” y agravado a su vez por ser la víctima un miembro de las fuerzas policiales en grado de tentativa, agravado a su vez por la utilización de un arma de fuego, en concurso real con portación de arma de guerra, solicitando la aplicación de la pena de 25 años de prisión.

Condicionado al éxito de esa petición, requiere el Ministerio Público que se declare que en el caso aplican a ambos las agravantes de los artículos 41 *bis*, CP y además, respecto del primero, la del art. 41 *quater*, CP.

Promueve también la reforma del título de la condena impuesta a Sebastián Alejandro Guerra, Nicolás Sebastián Baltazar y Cristián Damián Sotelo, incluyendo en ella el delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal y se queja de que la sentencia ha omitido pronunciarse sobre la aplicación de la agravante contemplada en el inciso octavo del artículo 80, del CP, (fs. 3522/3544).

En todos estos puntos el recurso del Ministerio Público es a mi juicio inadmisibile. Observo que no obsta el estadio alcanzado a un nuevo examen sobre la admisibilidad (facultad que está expresamente prevista en la regla 18.2, párrafo quinto, de las reglas prácticas para la aplicación del Reglamento de esta Cámara).

Bajo la alegación de arbitrariedad en la apreciación de las pruebas, el acusador público presenta en rigor su discrepancia sobre materias de hecho y prueba que han sido resueltas razonablemente y han conducido a la absolución por duda. El desarrollo que el juez Días



presenta en el punto 10 de su voto pone en evidencia que lo que pretende el Ministerio Público es un reexamen de los elementos de prueba y una conclusión fáctica distinta en punto a la certeza de participación de los acusados Brian Daniel Emanuel Noguera y a Horacio Eduardo Arroyo en los hechos por los que vienen absueltos.

La fiscalía no tiene habilitado un recurso para revisar esas materias, pues a su respecto el art. 456, CPPN, es de interpretación estricta.

Las pretensiones subsidiarias sobre la calificación jurídica, en lo que concierne a los imputados absueltos, siguen pues la suerte de la inadmisibilidad de la pretensión principal.

En lo que concierne a la impugnación parcial del título de la condena dictada respecto de Sebastián Alejandro Guerra, Nicolás Sebastián Baltazar y Cristián Damián Sotelo, el recurso es inadmisibile por falta de demostración razonada del gravamen que acarrea la alegada inobservancia legal. En efecto, puesto que los nombrados vienen condenados a título del art. 80, inc. 7, CPPN, la acusación no demuestra cuál es el gravamen que le acarrea el hecho de que no se hubiese calificado el mismo hecho, además a tenor del art. 80, inc. 8, CP. Finalmente, tampoco demuestra cuál sería el efecto diferencial que tendría sobre la escala legal compuesta según el art. 55, CP, el hecho de que se incluyese en el título de la condena el delito de portación no autorizada de arma de guerra.

Por ello, en este aspecto el recurso es también inadmisibile porque no se fundamenta la existencia de un gravamen concreto (arts. 432 y 468, CPPN).

1.b. Los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos contra la sentencia de condena por la defensa particular de Sebastián Alejandro Guerra (3510/3521 vta.), por la defensa pública en favor de Nicolás Sebastián Baltazar, Cristián





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Damián Sotelo y Brian Daniel Emanuel Noguera (fs. 3554/3580), y por la defensora de menores, en favor de estos dos últimos (3545/3553 vta.).

Esas impugnaciones traen a esta Cámara variados motivos de agravio, que requieren establecer un orden de tratamiento. Mientras que muchos de ellos caen sin esfuerzo en alguno de los dos motivos de casación enunciados en el art. 456, CPPN, otros consisten en sustancia en críticas al modo en que en la sentencia se han determinado los hechos y se ha atribuido a los acusados haber participado en ellos. En este caso, tratándose de una sentencia de condena, las impugnaciones han de examinarse conforme al estándar establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso publicado en Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”).

En vistas de su multiplicidad y variada naturaleza examinaré su admisibilidad en cada caso, pues aunque se trate de motivos de casación autorizados, ello no excusa a la defensa de la carga de presentar razonadamente el fundamento de cada motivo de agravio, y de criticar, en lo pertinente, los fundamentos de la decisión recurrida. El mismo abordaje ha de seguirse en cuanto a los motivos propios de los recursos de inconstitucionalidad, sujeto a la comprobación de que la tacha de inconstitucionalidad hubiese sido planteada ante el tribunal de la causa, y decidida de modo adverso a las pretensiones de los recurrentes (art. 474, CPPN).

2. Entiendo adecuado en primer lugar abordar los planteamientos de nulidad que, de prosperar, podrían tener por efecto la exclusión de medios de convicción que hubiesen sido utilizados de modo dirimente como soporte de las conclusiones fácticas de la sentencia.

Pues parte de las impugnaciones de la defensa no radican única ni esencialmente en la valoración de la prueba, sino, antes bien, involucran de modo previo la consideración de una cuestión de orden



heurístico-jurídico que exige examinar de qué elementos podía el tribunal valerse como fuente de información, mientras que otros motivos de agravio hacen a la apreciación de la entidad y contenido de esa información.

Es pues, presupuesto de la valoración de los elementos de prueba producidos, la constatación de la regularidad del procedimiento por los que ellos fueron obtenidos, porque el tribunal de juicio sólo está autorizado a valorar medios de prueba admisibles y producidos regularmente.

Por regla, la inobservancia de reglas de producción de elementos de prueba sancionada con nulidad debe ser acusada en tiempo oportuno, bajo pena de caducidad (art. 170, CPPN), salvo que la inobservancia implique violación de normas constitucionales, en cuyo caso puede ser declarada en cualquier estado o grado del proceso (art. 168, CPPN).

2.a. Nulidad de la “actuación policial”.

La defensa de Sebastián Alejandro Guerra ha promovido la nulidad “de la labor policial” argumentando que ha sido extraña la manera en que se llegó a identificar a los supuestos autores del hecho catalogado como hecho n° 5 en la acusación, y pone en cuestión los dichos del policía Maximiliano Radziwit en cuanto declaró que vecinos le habían hecho saber, en reserva, los apodos de los presuntos autores y sus domicilios. Afirmó que es imposible determinar si efectivamente declararon bajo reserva por alegado miedo o reticencia a identificarse, o si se ha tratado de una estratagema del policía para no explicar de qué manera obtuvo la información y arroja la hipótesis de que es muy probable que Sebastián Alejandro Guerra y el personal policial se conociesen.

En el plazo de oficina el defensor del imputado Guerra presentó una impugnación general de la pesquisa policial, que según pretende





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

posibilitó “la ilegítima individualización y aprehensión de los imputados”, señalando que no se observó el art. 183, CPPN, y argumenta que la fiscalía no tuvo control permanente sobre el progreso de la pesquisa. Sobre el punto argumentó que los testigos Maximiliano Radziwit, Leonardo Nieto y Mariano Ojeda no pudieron asegurar de qué manera se desarrollaron las tareas investigativas, y que el argumento central por el que solicita la nulidad de la actuación policial es el anonimato de quienes habrían dado los datos que permitieron ordenar los allanamientos, intervenciones telefónicas y demás diligencias.

El planteo está defectuosamente fundado, pues la nulidad es una sanción por la inobservancia de formas procesales, lo que requiere que el impugnante demuestre cuál sería el acto que ha incurrido en infracción a alguna norma sancionada expresamente con nulidad, o en su defecto, que se trata de actos que caen bajo el paraguas de las nulidades de orden general del art. 167, CPPN. No se identifica sin embargo ni el acto o actos, ni la norma infringida.

En segundo lugar, se exige que se demuestre que la actividad policial cuyos resultados pretenden anularse y así excluirse del proceso, ha constituido una nulidad general que implique violación de una disposición constitucional, pues sólo en ese caso podría oponerse en cualquier estado y grado del proceso. De lo contrario, las hipotéticas nulidades no comprendidas en el art. 168, CPPN, caen bajo la sanción de caducidad del art. 170, inc. 1, CPPN. Ahora bien, la defensa no ha hecho ninguna argumentación razonada y sustancial por la que su pretensión de nulidad, no articulada hasta el momento del término del plazo de citación a juicio no estaría alcanzada por la regla de caducidad.

A mayor abundamiento observo la falta de claridad conceptual al proponer de modo promiscuo “la nulidad de la actuación policial”, pues en rigor, lo que se expone como fundamento es la desconfianza sobre la fuente de las primeras informaciones que habría recogido la autoridad



de prevención en su investigación, lo que -en defecto de mejores precisiones- remite en todo caso a una reserva sobre el valor probatorio de las informaciones recogidas de fuente anónima, lo que encubre una confusión entre elementos de prueba y fuentes de investigación de los elementos de prueba.

En todo caso, y también a mayor abundamiento, es pertinente aquí llamar la atención sobre la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Halford, Jorge Rubén*” (causa CSJ 213/2015/RH1, sent. de 27/09/2018).

En ese caso de la Cámara Federal de Casación Penal que -por mayoría- había declarado la nulidad del proceso desde su génesis sobre la base de a) la ilegitimidad del modo en que se había recabado la denuncia que había impulsado la investigación, y b) la omisión de comunicar la actividad desarrollada respecto de los imputados a las autoridades judiciales y del Ministerio Público.

En cuanto a lo primero la Cámara había destacado que el procedimiento policial que había llevado al hallazgo de estupefacientes almacenados en un domicilio de la provincia de Santa Fe era incompatible con la doctrina del caso de Fallos: 333:1674 (“*Quaranta*”), que según ese tribunal obligaría a los funcionarios de la fuerza de seguridad actuante a registrar la identidad de la persona cuya denuncia motivó su actuación y les impediría emprender autónomamente actividades de investigación, sin dar intervención previa a las autoridades judiciales y del Ministerio Público competentes a fin de que sean éstas las que autoricen y, en su caso, dirijan las medidas de investigación requeridas para una eventual persecución penal.

La Corte descalificó la sentencia destacando que “ambas circunstancias se relacionan, en última instancia, con el control de legitimidad de la actuación de los funcionarios de la policía de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Provincia de Santa Fe al momento de proceder a la interceptación del vehículo en el que circulaban los imputados y a inspeccionar su contenido” y evocó su jurisprudencia según la cual “el examen de un proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos de acuerdo con la sana crítica racional y atendiendo a las reglas de la lógica (cfr. doctrina de Fallos: 310:1847 y 311:2045) y que esas reglas se verían alteradas si, como ha sucedido en este caso, *se anula un procedimiento como consecuencia de supuestas irregularidades cometidas con anterioridad al único acto con efectiva injerencia en los derechos fundamentales de los imputados*” (cursiva agregada).

Destacó la Corte que “no hay razón alguna que pueda dar fundamento a una prohibición constitucional de que las fuerzas de seguridad que reciben información acerca de la comisión de un delito de acción pública desarrollen las tareas de investigación que son propias de su función, antes de transmitir las a los magistrados encargados de la persecución penal”.

Apoyando su razonamiento en la idea que separa los actos generales de investigación de aquellos que involucran injerencias en derechos fundamentales, sentenció que “la fundamentación que ensaya el *a quo* con el fin de explicar la extensión de la nulidad decretada es incorrecta, en tanto no se advierte allí que ni el modo en el que fue recabada la *notitia criminis*, ni las posteriores tareas de verificación de la información allí aportada que desarrollaron los agentes policiales, generaron alguna afectación irreparable a las garantías constitucionales que amparan a los investigados, que merezca ser desvinculada en su análisis de las restantes circunstancias que permitieron al tribunal oral que dictó la sentencia condenatoria sostener la validez de lo actuado”.

En orden a la objeción sobre la intervención inmediata del representante del Ministerio Público, la Corte evocó su decisión del caso de Fallos: 338:1504, “*Lemos, Ramón Alberto*”. Se trataba allí de



una nulidad de la instrucción emprendida por prevención policial por ausencia de requerimiento fiscal de instrucción.

En esta sentencia, la Corte había acogido el dictamen del Procurador Fiscal, que había abordado el examen de la actividad de prevención de la policía de seguridad a partir del art. 183, CPPN, y en particular la habilitación para investigar -aun “por iniciativa propia” y a fin de “reunir las pruebas para dar base a la acusación”- en el marco del sumario iniciado por prevención sobre la base del resultado arrojado a partir del control e inspección de un automotor. Allí se había examinado la validez del inicio de la instrucción en virtud de una prevención policial según el art. 195, CPPN, que no precisaba de un requerimiento del fiscal de instrucción ni de orden judicial expresa. Sobre este punto subrayó que averiguaciones cuyos resultados se ceñían a la constatación de domicilio y antecedentes de la persona detenida constituían una diligencia de práctica para su identificación, y se había relevado que se habían recogido con el fin de incorporar esos datos para presentar al juez la solicitud de medidas de injerencia domiciliaria. A su vez, en punto a las facultades de prevención e investigación por propia iniciativa de los delitos de acción pública, el Procurador Fiscal había expuesto que “mientras el Congreso no legisle de otra manera la estructura del proceso penal nacional, es oportuno indicar que la forma de apertura del proceso [...] del modelo actual” no era susceptible de impugnación constitucional y prevenía contra interpretaciones forzadas “cuyo efecto podría [...] invadir un ámbito que la Constitución Nacional reserva al Poder Legislativo” (con cita de Fallos: 324:3358; 326:417; 328:690).

Las decisiones de la Corte Suprema precedentemente reseñadas ofrecen una doctrina que repulsa nulidades como la que sin ninguna fundamentación razonada ha intentado la defensa de Sebastián Alejandro Guerra.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Por todas las razones expuestas, concluyo que el recurso de casación es inadmisibile por este motivo de agravio según los arts. 463 y 170, inc. 1, CPPN.

2.b. Nulidad de las órdenes judiciales de intervenciones telefónicas.

En el debate la Defensa Pública había articulado la declaración de nulidad de los autos de fs. 373/374 y fs. 468/469 (confr. acta del debate, fs. 3387vta./3388) argumentando que las intervenciones telefónicas deben ser ordenadas por auto fundado, y que no se había satisfecho la doctrina del caso de Fallos: 333:1674 (“*Quaranta, José Carlos*”), por ausencia de motivación tanto del pedido de la fiscalía como del auto del juez, y por ello solicitó la absolución de todos los acusados a excepción de Damián Sotelo. La defensa de Sebastián Guerra no había hecho ningún planteo en este sentido (confr. acta del debate, fs. 3387/3387vta.).

En la sentencia el *a quo* rechazó la instancia de nulidad tanto de las órdenes de intervención de líneas como de las órdenes de inspección domiciliaria, con un argumento común. Relevó que “[...] Con el fin de recabar información acerca de lo ocurrido, el Subinspector Maximiliano Radziwit se constituyó en el barrio aludido (Barrio Rivadavia I) y dialogó con distintos vecinos que prefirieron permanecer en el anonimato. Según éstos le manifestaron, el día 20 de noviembre, vieron a los también vecinos Damián Sotelo, Nicolás Baltazar y a dos sujetos respectivamente apodados “Papa” y “Polaco” dentro del Ford “Fiesta” blanco en una calle que divide los barrios “Rivadavia I” y “Rivadavia II”. Conforme aquéllos le revelaron, los sindicados también le prendieron fuego al rodado poco después por haber matado a un policía según proclamaron a viva voz en el barrio. Esta información fue posteriormente aportada a personal de la “División Homicidios” de la Policía Federal que se hizo cargo de la investigación. [...] En todos ellos, los asaltantes se valieron del Ford “Fiesta”, dominio KDW-564,



de color blanco sustraído el día anterior (Hecho 1), y en el hecho que damnificó a los suboficiales mencionados, también de un Volkswagen “Vento”, dominio KGZ-847, de color azul oscuro, sustraído previamente a Igartúa (Hecho N° 4). Ambos rodados fueron respectivamente recuperados al día siguiente en los barrios “Carrillo” y “Rivadavia I”, con daños de diversa entidad causados por incendio intencional y en el caso particular del “Fiesta” también con impactos de bala. A consecuencia de la profundización de las tareas investigativas desarrolladas en su comienzo por personal de la Comisaría 38° y de la “División Homicidios” de la Policía Federal en forma conjunta y luego exclusiva; se determinó la identidad y/o apodos de las personas sospechadas, posibles domicilios, números telefónicos de algunos de ellos y/o de sus allegados [...] Las averiguaciones en los barrios “Carrillo”, “Rivadavia I” y “Rivadavia II”, y su consecuente convalidación en base a circunstancias fácticas coetáneas y concordantes; fueron inmediatamente puestas en conocimiento del fiscal a cargo de la pesquisa que basado en ellas requirió por auto fundado la intervención e información de tráfico de las líneas telefónicas sospechadas, fs. 311/312. Ambas diligencias fueron ordenadas en forma fundada por el juez de la causa en las resoluciones de fs. 373 y 468 [...] el juez instructor ordenó a fs. 1094 y siguientes, una serie simultánea de requisas domiciliarias a fin de procurar las aprehensiones de los sujetos que surgieron sindicados en aquellas y el secuestro de los objetos vinculados a esos ilícitos que allí hubieren [...] En virtud de esa facultad, el personal de la comisaría 38° y luego las distintas brigadas de la “División Homicidios” de la Policía Federal, realizaron diversas tareas de inteligencia que les encomendó la Fiscalía por entonces a cargo de la instrucción, conforme la delegación normada en el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación, fs. 208, 292/305 y 307. Los resultados así obtenidos fueron comunicados periódicamente a dicha Dependencia, fs. 308/310, 311, 466, y 631/635.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Se infiere pues, que la Fiscalía tuvo control permanente sobre el progreso de la pesquisa, tácitamente convalidada por la Defensa Oficial una vez materializadas las respectivas imputaciones. Ciertamente, aquélla no dejó constancia expresa alguna de la violación o menoscabo de las garantías constitucionales que ahora se reclaman conculcadas [...] en estos actuados, las intervenciones telefónicas fueron ordenadas con los imputados ya individualizados, conforme los resultados de las tareas investigativas previas, que a su vez aparecían convalidadas sobre bases objetivas concordantes. Esto es, la concreta existencia de los cinco hechos precedentes, perpetrados con escasa distancia espacial y temporal entre sí; la coincidente descripción de los sospechosos aportada por las respectivas víctimas; y la localización de dos vehículos sustraídos a éstos, incendiados y descartados en las cercanías de las viviendas donde aquellos moraban y que de inmediato abandonaron...”(fs. 3414/3416 vta.).

En su recurso la Defensa Pública que representa a Nicolás Sebastián Baltazar, Cristián Damián Sotelo y Brian Daniel Emanuel Noguera ha postulado la nulidad de las decisiones que dispusieron intervenciones telefónicas, y de todo lo actuado en consecuencia, por ausencia de fundamentación de las órdenes. Según su tesis el déficit se origina en las irregularidades de las tareas de inteligencia realizadas, destacando que se obtuvo información acerca de la participación de Baltazar, Sotelo y Noguera en base a comentarios o rumores de vecinos no identificados por lo que resultó imposible controlar la prueba de cargo. Señaló que ningún policía pudo dar detalle de los vecinos que brindaron información, entonces, consideró que la investigación se inició a partir de información brindada de manera anónima; y se refirió a la declaración de Leonardo Nieto quien no pudo detallar cuáles fueron las tareas realizadas, más allá de indicar que se había presentado como periodista y luego como deportista.



También se queja de que ni las peticiones fiscales, ni las decisiones judiciales, fueron mínimamente motivadas, según lo exigen los arts. 69 y 236, CPPN. Así, con evocación de la regla de exclusión que infiere del caso publicado en Fallos: 308:733 (“*Rayford*”), y con cita del caso de Fallos: 333:1674 (“*Quaranta*”), instó la declaración de nulidad del auto de fs. 373/374 que dispuso la primera intervención telefónica, y de todos los actos posteriores.

En el plazo de oficina la Defensa Pública mantuvo que las resoluciones se dictaron sin motivación lo que entiende surge de manera manifiesta de los autos de fs. 373/374 y 468/469, destacando que el art. 236, CPPN, sanciona con nulidad el defecto de fundamentación de las órdenes de intervención de las comunicaciones telefónicas.

Por su parte, el defensor de elección de Sebastián Guerra, en su escrito de interposición del recurso, ha introducido un título que dice “Planteo de nulidad respecto a la labor policial, intervenciones telefónicas y allanamientos”. Sin embargo, no hace un planteo autónomo de impugnación de los autos que ordenaron las intervenciones telefónicas.

En el plazo de oficina el defensor de Guerra argumentó que presupuesto de una intervención telefónica es que el pedido provenga del agente fiscal, que existan motivos que la justifiquen, que la orden se dispongan por auto fundado y que la intervención tenga por objeto las comunicaciones de las que se vale el imputado. Sostuvo que las órdenes de intervención telefónica carecían de cualquier valoración o explicación, dado que se remitieron al contenido de los informes de la División Homicidios de la Policía Federal Argentina, y sobre esa base afirmó que carecían de la fundamentación requerida por el art. 236, CPPN, y no satisfacían las exigencias “constitucionales y rituales”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Todas estas instancias de nulidad caen sin esfuerzo en el motivo de casación formal del art. 456, segundo supuesto, CPPN. No obstante, más allá de ciertas proposiciones genéricas, los impugnantes no han demostrado que los autos de fs. 373/374 y 468/469 carezcan de la mínima fundamentación exigible según el art. 236, CPPN, y en rigor su ataque se apoya en suspicacias sobre las fuentes de información de la policía a partir de las cuales ésta desarrolló tareas de cruzamiento de informaciones públicas y privadas para identificar las líneas con las que se comunicarían los autores del hecho identificado con el número 5 en la acusación. Además, tampoco demuestran cuál es el efecto que la nulidad tendría sobre la sentencia, porque si se persigue la exclusión de los datos que eventualmente se hubiesen obtenido de la vigilancia de las líneas telefónicas, es necesario además demostrar cuál sería concretamente el efecto de la exclusión sobre la sentencia, o, en otros términos, que la sentencia se ha apoyado de modo dirimente en aquellos datos y que su construcción argumental no podría sostenerse sin aquellos datos obtenidos de las intervenciones telefónicas.

Para examinar los agravios concernientes a la nulidad de las órdenes judiciales de intervención de líneas telefónicas, considero necesario relevar los antecedentes de la adopción de esas medidas.

2.b.1. A fs. 308/310, obra una nota de la División Homicidios de la Policía Federal Argentina de 22 de noviembre de 2012, por la que pide al fiscal que actuaba en el caso la intervención de distintas líneas telefónicas, se requiriese el listado de llamadas entrantes y salientes con ubicación geográfica de celdas desde el 21 al 23 de noviembre de 2012 y las antenas de apertura de llamados telefónicos de los domicilios en los que se cometieron los hechos objeto de la prevención policial.

Como respaldo del pedido en la nota se informa que "...surgió información aportada por la Comisaría 38^a en cuya jurisdicción e inmediaciones fueron habidos los vehículos utilizados en el crimen y posteriormente incendiados, la posibilidad de que los autores del hecho



sean: “Damián Sotelo”, “Nicolás Baltazar”, “El Polaco” y “Papa”, con domicilios en el Bo. Rivadavia, siendo ordenado por esa Fiscalía que se chequee tal punta de investigación”.

A continuación la División Homicidios expuso las tareas desarrolladas para individualizar a esas personas. Así, informó que “Respecto de Damián Sotelo, quien se domicilia en el Barrio Rivadavia II Edificio 5 Piso 3° Dto. “C” de esta Ciudad de Buenos Aires, consultado por sistema IDGE el mismo no se encuentra en archivo, al igual que en la consulta efectuada en el sistema de antecedentes comerciales, donde se desprende que a dicho inmueble corresponde el abonado 6078-XXXX”. Por otra parte, dejaron constancia que en el marco de otra causa (n° 25444/2012) la hermana de aquel, Johana Vanesa Sotelo, aportó los teléfonos 15-6918-XXXX y 4633-XXXX”.

También se informan los datos filiatorios de Nicolás Baltazar, quien se domicilia en el Barrio Rivadavia I, Casa 1037, y que su teléfono es 4634-XXXX.

Respecto de la persona apodada “Polaco” se informa que a ese momento no se había podido establecer la existencia de un menor de edad que respondiese a ese apodo, ni tampoco con respecto a “Papa”.

También de la nota se desprende que “...Sin perjuicio de lo informado, surge que luego del hecho, todos los mencionados se habrían ausentado de sus respectivos domicilios, encontrándose el Barrio Rivadavia y el Barrio Illia muy alterado y sensible, ante la presencia policial, producto de las distintas averiguaciones que se practicaron en las últimas horas, producto de estar aquí emplazados los lugares donde fueron abandonados los vehículos utilizados en el ilícito...”.

A fs. 311/312, la Fiscalía interviniente dejó constancia que el día 23 de noviembre de 2012 la División Homicidios informó que la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

persona apodada “Papa” sería Sebastián Guerra, que residiría en la calle Echagüe 1243, con línea telefónica 4921-XXXX.

En la misma fecha, la Fiscalía requirió a distintas empresas telefónicas informe sobre el tráfico de llamadas y comunicaciones de radio realizadas por distintos abonados. También solicitó al Juzgado de Instrucción informen diferentes datos y la intervención telefónica con escucha directa de distintos abonados.

El fiscal fundó su pedido sustentado del siguiente modo “...de las tareas realizadas por la Seccional 38ª de la P.F.A. en el lugar donde fuera hallado el rodado “Ford Kinetic”, dominio KDW564 surge que estarían involucrados en el suceso objeto de autos Damián Sotelo, Nicolás Baltazar y dos individuos apodados “el Polaco” y “Papa”. En igual dirección, investigaciones efectuadas por la División Homicidios de la P.F.A. permitieron obtener los datos personales de los nombrados, como así también domicilios y abonados telefónicos (ver fs. 308/310 e informe volcado al inicio). De todo ello, específicamente, se desprende que Damián Sotelo se domiciliaría en el Barrio Rivadavia II, Edificio 5, piso 3º departamento “c”, al que le corresponde el abonado 6078-XXXX (“Telefónica de Argentina”) y que a la hermana de éste, Johana Vanesa Sotelo, se vincularían las líneas 15-6918-XXXX (“Movistar”) y 4633-XXXX (“Telefónica de Argentina”)...también se desprende que Nicolás Sebastián Baltazar se domiciliaría en el Barrio Rivadavia Iº, Casa 1037, y su teléfono es 4634-XXXX (“Telefónica de Argentina”); y que Sebastián Guerra, apodado como “Papa”, registraría el domicilio de la calle Echagüe 1243 de esta ciudad, que posee asignada la línea telefónica nro. 4921-XXXX...” (fs. 311/312).

El juez de instrucción por auto de 23 de noviembre de 2012 (fs. 373/374) después de tomar nota del pedido policial de fs. 308/310 y el dictamen fiscal de fs. 311/312, hizo lugar a la intervención de distintas líneas telefónicas con escucha directa, señalando la necesidad de individualizar a los autores del grave hecho investigado, por el plazo de



15 días ininterrumpidos durante las 24 horas con el objeto de grabar todas las conversaciones mantenidas a través de aquellas.

Al día siguiente, el 24 de noviembre de 2012, la División Homicidios señaló por nota de fs. 466 que "...todos los comentarios recogidos en forma encubierta en inmediaciones del Barrio Rivadavia II, como así también en el Bo. Ramón Carrillo, donde fueran encontrados abandonados e incendiados los vehículos empleados en el hecho, según constancias obrantes en autos, indican coincidentemente que quienes intervinieron en el crimen, son "Papa", "El Tucumano", "Damián" y "El Polaco"; habiendo establecido mediante averiguaciones, ya en dominio de esa Fiscalía, que "Papa" es Sebastián Alejandro Guerra; "El Tucumano", Nicolás Sotelo; "Damián", Damián Baltazar y "El Polaco", hasta ahora sólo se ha establecido que su posible apellido sería "Lescano". En base a ello, solicitó la intervención telefónica de los nuevos números allí detallados.

A fs. 467, la fiscalía requirió al juez las intervenciones, basándose en la nota de la División Homicidios, señalando que "... Toda vez que el día sábado 25 de noviembre pasado, por pedido -telefónico- de esta última repartición policial se requirió (artículo 236 del C.P.P.N.) al titular del Juzgado interviniente, por el mismo medio, la intervención de los abonados nros. 4921-XXXX; 4919-XXXX; 4272-XXXX; 11-3170-XXXX y 11-3925-XXXX, la cual fue dispuesta ese día por dicho Magistrado..."

El día 24 de noviembre de 2012 (fs. 468/469) el juez de instrucción ordenó la intervención telefónica de las líneas indicadas en esa nota, fundamentando la medida en términos análogos a los del auto de fs. 373/374.

2.b.2. Las comunicaciones interpersonales realizadas por vía telefónica se encuentran amparadas por lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El art. 18 de la Constitución Nacional





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

confiere inmunidad relativa a la correspondencia escrita, y se extiende por analogía a las comunicaciones que se cursan por medio del servicio público de telecomunicaciones, aunque la Ley Fundamental no mencione expresamente a las comunicaciones telefónicas. El silencio sobre el punto no puede llevar a desconocer la analogía que existe entre las comunicaciones cursadas por correspondencia y las transmitidas por vía telefónica, teniendo en cuenta que la elección de comunicarnos con otros y, en su caso, el contenido de la comunicación, pertenecen al núcleo de la acción humana, por esencia comunicativa, y por ende son un acto de ejercicio de la autonomía individual, a cuyo respecto es necesario reconocerle a la persona la posibilidad de realizarlas en un ámbito de intimidad si quiere excluirlas del conocimiento de terceros.

Por otro lado, el art. 19 de la Constitución también da un fundamento genérico al derecho a la intimidad, esto es, a excluir del conocimiento de terceros ciertas cosas, datos, rasgos o acciones de la persona que no afectan a terceros, ni al orden ni a la moral pública. Pertenecen al ámbito de intimidad las conductas de la persona que tienen una dimensión intersubjetiva y que expresan una acción comunicativa, como ser las conversaciones en forma directa entre presentes o a distancia por medios técnicos, sea que éstos exijan la presencia simultánea de los interlocutores -como el teléfono-, o no -como la correspondencia epistolar o la electrónica.

Sin embargo, no todo lo íntimo es privado según la Ley Fundamental, y no puede reputarse reconocido en nuestro sistema constitucional un derecho absoluto al secreto de las comunicaciones y a excluirlas del conocimiento de terceros. En efecto, a tenor del art. 19, CN, en el caso de que las comunicaciones afecten a terceros, al orden o a la moral pública, ellas dejan de pertenecer ya al ámbito de las acciones privadas del artículo 19 y dejan de estar exentas de la injerencia estatal (confr. la distinción entre intimidad y privacidad en el sistema constitucional en mi trabajo *La intervención de las*



comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación, publicado en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 6, pp. 407 y ss. ; y en Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires 1992, pp. 304 y ss.).

Ahora bien, la mera probabilidad de que se encuentren afectados derechos de terceros, el orden o la moral públicos no acarrea, por sí sola la pérdida de toda inmunidad contra el conocimiento de las comunicaciones por parte de terceros. Incluso comunicaciones no amparadas por el artículo 19, CN, gozan en principio de la garantía formal del secreto. Desde el punto de mira constitucional, si se admite que la inviolabilidad de la correspondencia del art. 18, CN, se aplica por extensión a las comunicaciones telefónicas, debe también concluirse que la intervención y conocimiento de esas comunicaciones estarán sujetos a lo dispuesto por una ley que deberá determinar en qué casos y bajo qué justificativos procede su conocimiento e intervención.

A su vez, las disposiciones de tratados de derechos humanos comprendidos en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional ofrecen protección a la vida privada -en particular los arts. 11, inc. 2, y 30, CADH, y el art. 17, PIDCP-, cuyas disposiciones prohíben injerencias abusivas o arbitrarias en la vida privada y obligan a los Estados a conferirles la protección de la ley contra las injerencias o ataques.

De allí que, cuando el art. 11, inc. 2, de la Convención proclama que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia [...]”, debe interpretarse que las injerencias no prohibidas deben estar autorizadas por una ley en sentido formal.

Al respecto ha declarado la Corte IDH que “aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11, de la Convención, se trata de una forma de comunicación





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada” (caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, Serie C, Nro. 193, sent. de 27/01/2009, párr. 55).

La ley es la primera forma de protección contra la arbitrariedad, por lo que ha de prestarse atención a la ley aplicable en el caso, para examinar si la decisión de vigilancia de las comunicaciones ha sido adoptada conforme a la ley y sin arbitrariedad. La Corte IDH ha declarado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente motivadas y fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias, y que ellas “deben exponer, a través de una argumentación racional, los motivos en los cuales se fundan, teniendo en cuenta los alegatos y el acervo probatorio aportado a los autos”. Ha señalado también que el deber de motivar puede variar según la naturaleza de la decisión y que “en los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión sea emitida sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida” (Corte IDH, caso “*Escher y Otros vs. Brasil*”, Serie C, vol. 200, sent. de 08/07/2009, párr. 139). Desde esa perspectiva ha considerado arbitraria una decisión judicial que no había expuesto “el análisis de los requisitos legales ni los elementos que la motivaron a conceder la medida ni la forma y el plazo en que se realizaría la diligencia, lo que había implicado la restricción de un derecho fundamental que no satisfacía los requisitos de la ley doméstica (párr. 140).

Ahora bien, el art. 236, CPPN, establece que el juez podrá ordenar la vigilancia de las comunicaciones telefónicas “por auto fundado”. La ley no regula de modo exhaustivo los presupuestos, porque sólo exige a los efectos de intervenir alguna comunicación: a)



decisión judicial, b) por auto fundado, y c) que la vigilancia se refiera al imputado de un delito.

El concepto de “auto” no es natural, es jurídico, y en el orden nacional viene exigido por el art. 122, CPPN, para la resolución de un incidente, de un artículo, o cuando el código expresamente lo requiera, y debe ser motivado bajo pena de nulidad. Un auto es una decisión judicial escrita. Ahora bien, el nivel de exigencia de fundamentación ha de construirse tópicamente, según la naturaleza y fines de la decisión, para proteger en cada caso contra decisiones arbitrarias, comprendido en el concepto de arbitrariedad la falta de finalidad legítima, su innecesariedad, o su desproporción. Por esta vía la fundamentación persigue la exclusión de decisiones irregulares o arbitrarias, y pone límite a la libre discrecionalidad del juez, posibilitando el control de sus decisiones. Además, en segundo lugar, la exigencia de fundamentación sirve a la publicidad y control republicanos.

En el primer sentido, la exigencia procesal de fundamentación persigue, *ex-ante*, evitar la arbitrariedad judicial, y *ex-post*, permitirle al afectado conocer el fundamento de la decisión que lo agravia y eventualmente promover su control por los órganos competentes. En efecto, la fundamentación de la decisión judicial escrita es la forma de hacer cognoscible el juicio que ha hecho el juez como garantía previa del dictado de la orden, sobre los elementos de hecho y de derecho que lo justifican en el caso concreto. En otras palabras, es la forma de hacer cognoscible el examen de proporcionalidad en cuanto mecanismo para evitar injerencias estatales arbitrarias, protegiendo en cada caso los derechos fundamentales en la medida asegurada por la Constitución del Estado, y las prohibiciones probatorias como límites establecidos a la averiguación de la verdad en protección de esos derechos fundamentales.

Así, si bien debe reconocerse a los jueces un cierto margen de apreciación conforme a las circunstancias concretas del caso, ese





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

margen de apreciación no es absolutamente discrecional, en la medida en que están obligados a expresar por escrito -al menos de modo sucinto- los motivos de hecho que fundamentan la decisión de la medida de intervención telefónica.

En tales condiciones, todos los elementos materiales que constituyen los presupuestos de la orden de intervención de las telecomunicaciones deben ser reconocibles en el auto del juez que la ha decidido. En general, basta con la referencia: a) a los elementos de hecho que sustentan la sospecha, b) a la necesidad e idoneidad de la medida para conseguir el fin perseguido, y c) a las valoraciones en torno a la gravedad del hecho que justifican la injerencia. Es la referencia a estos elementos, la que, en definitiva, permitirá conocer el juicio seguido por el juez, y posibilitará *ex-post* el examen de proporcionalidad en cuanto mecanismo para evitar injerencias arbitrarias.

Además, la vigilancia de las telecomunicaciones a tenor del art. 236, CPPN, presupone que se haya iniciado un proceso por alguna de las formas fijadas en la ley, que se haya precisado medianamente su objeto, y que haya un imputado, indicado o sospechoso; que haya elementos objetivos mínimamente suficientes para sospechar la existencia del hecho, y la vinculación del imputado o sospechoso con el medio de comunicación que se pretende vigilar.

2.b.3. Sentadas esas premisas parto de considerar que el día 23 de noviembre de 2012, cuando el juez de instrucción dictó el primer auto ordenando la vigilancia de líneas telefónicas, ya se había iniciado el proceso por prevención policial (art. 195, segunda alternativa, CPPN), y su objeto -constituido por varios hechos- estaba claramente definido. En los párrafos primero a sexto del auto de fs. 468/469 el juez de instrucción se refirió circunstanciadamente a su objeto.



En segundo lugar el juez ha tomado nota de las informaciones que le había provisto la fiscalía de instrucción sobre las diligencias de investigación realizadas, y sobre las personas sospechadas, algunas sólo designadas por apodos, otras cuya existencia, identidad nominal, domicilios y líneas telefónicas probablemente utilizadas se había obtenido del examen de bancos de datos públicos y de empresas de telefonía. La nota de la fiscalía informaba detalladamente los elementos de hecho que sustentan la sospecha de intervención de esas personas. El juez ha declarado expresamente que decidía “haciendo propios los argumentos esgrimidos por el representante del Ministerio Público” y declaró que “toda vez que resulta necesario individualizar a los autores del grave hecho investigado, siendo conducentes las medidas postuladas por la fiscalía” ordenó la intervención de las líneas telefónicas que se identifican en esa decisión.

El fin perseguido es legítimo, pues con la medida se perseguía “individualizar a los autores” del grave hecho investigado, esto es, encontrarlos y poder someterlos al proceso. Las defensas no contestan el fin legítimo. La necesidad e idoneidad de la vigilancia de las comunicaciones para alcanzar ese fin tampoco es contestada, como tampoco lo es la gravedad del hecho -en el que en la ejecución del robo había resultado muerta una de las víctimas y se había intentado matar a la otra- a lo que se suma que el juez ordenó las escuchas por un tiempo limitado a quince días. En rigor, sólo queda del motivo de impugnación no la alegada inexistencia de fundamentos, sino en rigor un problema distinto, cual es si los fundamentos que estaban en la base de la medida eran suficientes para justificar su adopción, en particular, porque los nombres o apodos de las personas que habían tomado parte en el hecho, o en el incendio de los coches robados, habían sido obtenidos por la policía de vecinos que prefirieron no divulgar su identidad.

La impugnación se ciñe pues al alcance de la doctrina que la defensa pretende inferir de la sentencia del caso “*Quaranta*” antes





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

citado. En esa sentencia la Corte había afirmado que una orden de vigilancia de las comunicaciones telefónicas a los fines de develar su secreto y conocer su contenido “sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos *para fundar una mínima sospecha razonable*” (consid. 19). No había sido tal el caso, según la Corte, porque el juez no había expresado en el auto “las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, [ni] tampoco [había remitido] a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y, por último, ni siquiera obra[ba] información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada” (consid. 20). Destacó al respecto que “lo único con que se contaba a ese momento consistía, simplemente, en datos aislados y afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo” que eran irrelevantes y conjeturales, y en particular porque no había más que una afirmación genérica en punto a que la persona a vigilar “...se dedicaría al tráfico de estupefacientes, más precisamente a la comercialización de troqueles de L.S.D. y anfetaminas...”. Relevó al respecto que esas informaciones anónimas “resulta[ban] manifiestamente insuficientes para brindarle al juez una base sustancial, objetiva, que le permita determinar la existencia de una sospecha razonable” y consideró decisivo que “ninguna investigación se encontraba en marcha en ocasión de disponerse la intervención ordenada [...], sino que esa medida de coerción puso en marcha una investigación judicial vulnerando derechos amparados constitucionalmente sin justificación conocida” (consid. 20). En vistas de esas particulares circunstancias concluyó la Corte que “si la mera expresión de la sospecha de un funcionario público no constituye per se la *base objetiva* a la que se viene haciendo referencia (*cita omitida*), tampoco puede entenderse que lo sean las *vagas afirmaciones formuladas en un llamado telefónico anónimo*” (consid. 21).



La defensa pretende que de esa decisión se inferiría una regla general según la cual ni la policía, ni el juez podrían aprovechar una información provista por vía anónima para fundar una orden de intervención telefónica, sin embargo la doctrina de ese fallo no establece tal doctrina, y su alcance es mucho más discreto y ajustado a las circunstancias de ese caso, en el que la única fuente sobre cuya base se había ordenado la vigilancia telefónica se ceñía a ese llamado anónimo, la policía no tenía previamente una investigación en curso de un delito concreto, las referencias al delito en el llamado eran vagas, y no se había realizado ninguna actividad de investigación previa dirigida a obtener algún dato objetivo que pudiese dar sustento a una *mínima sospecha razonable*.

Al contrario, en el caso presente, la policía había tomado conocimiento del delito y de sus circunstancias de modo previo, había recogido pruebas materiales y la versión de una de sus víctimas, había hecho indagaciones que la habían llevado a ubicar dos de los autos robados, incendiados, y había recogido informaciones de los vecinos sobre las personas que lo habrían incendiado, también del mismo barrio, habían emprendido indagaciones en bases de datos sobre las personas, sus domicilios, sus antecedentes y las líneas telefónicas a las que tendrían acceso. Como se advierte, el caso no guarda ninguna analogía con las circunstancias del caso “*Quaranta*”.

Por lo demás, observo que decisiones posteriores de la Corte han aclarado que en ese caso no se ha sentado una regla general con el alcance que la defensa de Baltazar, Sotelo y Noguera pretende. Evoco en particular el caso “*Silva, Pablo Sebastián*” (causa CSJ 58/2013, sent. de 03/11/2015), en el que la Corte Suprema acogió el dictamen del Procurador Fiscal en el que se descalificó el alcance que una Sala de la Cámara Federal de Casación Penal había dado a la doctrina del caso “*Quaranta*”, rechazando que en ese pronunciamiento la Corte hubiera fijado una “regla abstracta” según la cual carecerían de fundamento





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

suficiente, y en consecuencia serían nulas las órdenes de injerencia en las comunicaciones “cuando han sido dictadas sin otro antecedente que una denuncia anónima”. Señaló también que la decisión descalificada había asignado a la garantía constitucional de las comunicaciones un alcance que desatendía las características del caso.

Evoco también que, en decisiones posteriores la Corte, recogiendo nuevamente la posición del Procurador Fiscal, se rechazó la existencia de una regla general abstracta que pudiese inferirse del caso “*Quaranta*”. Así, por ejemplo, en el caso publicado en Fallos: 341:150 (“*Aparicio, Patricia Aurelia*”), a la denuncia anónima habían seguido actividades de vigilancia y de constatación de ciertos datos, lugares y actividades mencionados en la delación anónima, y todas éstas habían constituido la base de las órdenes de vigilancia de las comunicaciones. Se censuró la nulidad decretada por la Cámara Federal de Casación Penal señalando que, aunque lo obtenido a partir de las vigilancias no autorizaba “en solitario” a comprobar una presunta comisión de delito, no se había explicado en el fallo “por qué motivo no alcanzarían al menos para otorgar un mayor nivel de verosimilitud a la denuncia, o incluso en un marco de análisis integral de las circunstancias que formaban su objeto, algún grado de razonabilidad a la sospecha sobre las presuntas conductas delictivas informadas, máxime cuando tales averiguaciones no arrojaron elementos incompatibles con esa actividad”.

Concluyo, pues, que la extensión que en el recurso se asigna a la doctrina del caso “*Quaranta*” es inexacta a la luz de las circunstancias concretas de ese caso, y de la *ratio* del caso “*Aparicio*”, que define de modo restrictivo su alcance.

Dicho esto, observo que, por lo demás, no se trata de juzgar varios años después, y a la luz de toda la información recogida como resultado de las intervenciones telefónicas, si el auto que las ordenó estaba fundado, sino de examinar si, en el momento de su dictado, el



juez de instrucción tenía a su alcance “elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable”. Mi conclusión es en este punto afirmativa, pues no se trata de especular si otro juez habría requerido de más informaciones o elementos objetivos para llegar a formarse la mínima sospecha, sino si el que lo decidió lo hizo sobre la base de una mínima sospecha razonable.

Las mismas observaciones son extensivas a la impugnación del auto de 24 de noviembre de 2012, por el que el juez amplió la intervención a otras líneas, sobre la base de las mismas informaciones con las que había contado en la orden del día anterior, una vez que la policía informó sobre el resultado de ulteriores indagaciones sobre la probable identidad nominal de otros de los intervinientes en los hechos, y de los domicilios y líneas con los que se comunicarían.

Encuentro, por lo demás, un defecto de argumentación adicional en las pretensiones de los impugnantes, porque -con cita del caso “Rayford”- se pretende la nulidad de todo lo actuado como consecuencia del resultado de la vigilancia de las líneas, y en definitiva la absolución de los acusados. En rigor, una nulidad extendida a actos ulteriores sólo podría justificarse mediante una aplicación razonada de la llamada “regla de exclusión”, lo que presupone: a) identificar concretamente cuáles son los elementos de prueba o informaciones que se habrían obtenido como resultado exclusivo de la vigilancia de las comunicaciones; b) en qué medida otros actos del proceso habrían dependido de esos elemento de prueba o informaciones, y c) en particular de qué elementos de prueba o informaciones se habría servido el *a quo* en su sentencia para sustentar de modo dirimente su convicción condenatoria. Ninguna de estas cuestiones aparece expuesta de modo mínimamente razonado en los recursos de casación, de modo que no se demuestra de manera consistente la procedencia de la solución que se pretende.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Por todas estas razones, concuerdo con el juez Días en punto a que corresponde rechazar los recursos de casación en cuanto se quejan del rechazo por el *a quo* de las instancias de nulidad de los autos de fs. 373/374, y 468/469.

2.c. Nulidad de las órdenes de allanamiento.

El 11 de diciembre de 2012 el Ministerio Público Fiscal pidió al juez que ordenara diversos allanamientos (fs. 978/997) en base a declaraciones testimoniales, actas, fotografías, planos, pruebas periciales e informes médicos que se habían recolectado, en particular, sobre la base de la declaración del policía Maximiliano Radziwit quien “refirió haberse constituido en el Barrio Rivadavia, a fin de recabar información sobre el hecho que aquí se investiga. Indicó que al entrevistarse con los vecinos del lugar -quienes se negaron a aportar sus datos por temor a posibles represalias de los autores del ilícito-, éstos le manifestaron que el automóvil marca “Fiesta Modelo Kinetic”, dominio KDW-564 (recuérdese, propiedad de Anchordoqui), había sido visto el día 20 de noviembre del año en curso, en una calle sin denominación que divide los barrios Rivadavia I y II, a la altura de una Virgen, y que lo tripulaban Damián Sotelo (domiciliado en Barrio Rivadavia II, edificio 5, 3° C de esta ciudad), Nicolás Baltazar (domiciliado en Barrio Rivadavia I, casa 995 de este medio) y dos sujetos apodados “Papa” (domiciliado en Barrio Illia II) y “el Polaco” (domiciliado en Barrio Rivadavia II, edificio 10). Asimismo, agregó el preventor que los entrevistados refirieron que en aquel momento, los individuos eran apoyados por una motocicleta de color roja que era tripulada por dos personas de sexo masculino que vivirían por Villa Soldati. A su vez, indicó que los testigos le señalaron que aquellos individuos abandonaron el automóvil en cuestión detrás de la escuela n° 12, mientras referían “vamos a prenderlo fuego que matamos a un poli (ver fs. 95 y 102/103)” (fs. 992/992 vta.).



El fiscal tomó como base también las notas de fs. 308/310, 466 y 625/735 más la nota de fs. 727 de la que se desprende la indagación de una serie de domicilios, donde la División Homicidios de la Policía Federal Argentina informó que “...efectuado un análisis de lo actuado en relación a las declaraciones testimonial (SIC) del personal policial y testigos de los diferentes hecho delictivos, se llega a la conclusión que los domicilios que podrían interesar para una potencial diligencia judicial a consideración del Magistrado interventor, serían los siguientes:...” Allí detalla once domicilios en los que residirían los imputados en esta causa.

En el pedido de la fiscalía se subrayó que en los hechos habían operado un grupo de personas, oriundos del Barrio Rivadavia o Illia de esta ciudad, que se dedican a la sustracción de rodados, empleando armas de fuego y que utilizan un *modus operandi* idéntico en todos los casos. Indicó también que habrían sido las mismas personas las que participaron en todos los hechos que se investigan, en base al escaso lapso temporal y la corta distancia que existe entre los sitios en los que los hechos sucedieron.

También se tomó nota de que el testigo Diego Martín Ghiglione, a quien se le exhibiera el video registrado por el domo de filmación, había declarado que en el hecho habían intervenido un Ford modelo Kinetic blanco y un VW Vento de color oscuro.

Finalmente, en el pedido la fiscalía expuso que “...la comprobación de los datos que inicialmente llegaron a la causa, pudo ser plasmada con la labor de la División Homicidios de la PFA que... logró, en primer término establecer una serie de abonados telefónicos utilizados por tales individuos. La escucha de las conversaciones registradas arrojó como resultado que dichos sujetos conforman una banda que se dedica, entre otros, a sustraer rodados. Y dentro de este escenario, resultan por demás llamativos algunos comentarios que, de la transcripción de aquellas, quedaron plasmados en la causa, como ser





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

la conversación que “Chochi” (Damián Sotelo) mantuvo con su hermano ...pocos días después del homicidio de Campilongo, en cuyo contexto este último le preguntó qué estaba haciendo, y tras recibir como respuesta -por parte de Damián Sotelo- que estaba en su casa, aquél le dijo textualmente “Damián tomate el palo, dejá de hacerte ver” y luego “Va a tener una re bronca boludo”. Idéntica impresión genera un mensaje de texto enviado el 24 de noviembre de 2012 desde el celular nro. 15-6918-xxxx, utilizado por la hermana de Damián Sotelo, cuyo contenido reza “...tengo un re bondi en mi casa, se mandó un remoco el chochi est”. Ello se complementa y se robustece aún con las tareas de carácter reservado desplegadas en los barrios Illia, Rivadavia I y II, y en las inmediaciones, de las que se pudo conocer, tras cotejar y practicar averiguaciones respecto de la información que quienes habrían participado activamente en los hechos investigados serían Sebastián Alejandro Guerra (alias “Papa”), Nicolás Baltazar (alias el “Tucumano”), Damián Sotelo (alias “Chochi”), Alexis Ezequiel Ojeda (alias “Papi”) y Horacio Arrollo (alias “Pulga”), cuyos domicilios han sido debidamente constatados...” (fs. 996).

En base a esos fundamentos solicitó el allanamiento de los domicilios detallados a fs. 996 vta. con el objeto de identificar a las personas que allí se encuentren y para el secuestro de los bienes detallados a fs. 997, se tome indagatoria a Guerra, Sotelo, Baltazar, Ojeda, Arroyo y Lescano y se efectúe una rueda de reconocimiento.

A fs. 1076/1092, por auto de 17 de diciembre de 2012, el juez de instrucción tomando nota de lo argumentado por la fiscalía, en especial la información recabada por Maximiliano Radziwit y las notas de la policía, ordenó el allanamiento, detención y secuestro de distintos elementos. Sin embargo, entendió que, hasta ese momento, de las intervenciones telefónicas no se había podido recabar datos ni información que permitiere vincular directamente a los implicados con los sucesos.



Más tarde, por auto de 28 de enero de 2013 el juez de instrucción autorizó el allanamiento de otros domicilios con el objeto de proceder al secuestro de armas de fuego (fs. 1854/1855).

En el plazo de oficina, el defensor del imputado Sebastián Alejandro Guerra impugnó de manera promiscua y sin identificarlas puntualmente las órdenes de allanamiento ordenadas durante la instrucción, remontándose su impugnación a “la actuación policial” y, a su vez, criticó que no se había fundado debidamente la inferencia de que las personas que se buscaban relacionadas con los hechos, vivieran en los domicilios indicados en las órdenes.

La impugnación no tiene un mínimo sustento objetivo. En cuanto a lo primero, me remito a lo desarrollado en el punto *2.a.*; en cuanto a lo segundo, porque no se ofrece ninguna crítica concreta para demostrar que la identificación de los domicilios careciese de toda base objetiva.

Tengo dicho como ex juez subrogante de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en el caso “*García, José Pablo*” (causa n° 9235, rta. el 10/2/2011, Reg. n° 17929.2) que, en cuanto aquí interesa, el texto del art. 224, CPPN, establece que “Si hubiere motivo para presumir que en determinado lugar existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el juez ordenará por auto fundado el registro de ese lugar”.

La exigencia de obrar por auto fundado es una protección legal contra injerencias arbitrarias en el domicilio o en otros lugares cerrados.

Aquí no viene atacado el nivel de fundamentación de la decisión, sino la calidad de las fuentes sobre cuya base el juez habría fundado su presunción en el sentido de la disposición legal al igual que para ordenar la intervención de las líneas telefónicas.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

La ley no establece ninguna exigencia acerca de la calidad de las fuentes sobre cuya base se arriba a la presunción a la que ella se refiere. De tal suerte, salvo que se trate de una fuente a la que se ha accedido mediante una infracción constitucional, el juez está habilitado a considerar todas las fuentes disponibles para formar su decisión en los términos del art. 224 y del 236, CPPN.

El ataque contra los autos de allanamiento por parte de la defensa de Guerra se apuntala en el hecho de que el juez de instrucción se habría apoyado en los dichos del policía Maximiliano Radziwit quien, a su vez, había recabado información de vecinos que no fueron identificados.

Aquí he de hacer varias consideraciones que entiendo pertinentes.

Ninguna disposición impide, durante la etapa de investigación, aprovechar los datos o informaciones anónimas o de informantes conocidos pero cuya identidad no se revela que aparezcan adecuadas para orientarla y establecer las circunstancias del hecho e individualizar a sus partícipes (art. 193, CPPN).

Por ello, el desconocimiento por la policía o el juez de la identidad de los informantes, o el conocimiento que no se revela, no funda en sí mismo ninguna prohibición de aprovechamiento del dato para orientar la investigación. En todo caso, lo decisivo es si la información aparece verosímil, confiable en sí misma, o en todo caso otros elementos o datos objetivos concurren a darle verosimilitud y confiabilidad.

Al concurrir al dictado de mi voto como ex juez subrogante de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en el caso “*Betanzo, Ricardo Gabriel*” (causa n° 8618, rta. el 17/11/08, reg. 13526), también examiné el texto del art. 224, CPPN. Allí destacué que la ley requiere la existencia de elementos objetivos que permitan razonablemente



justificar la presunción de que en el lugar a registrar se encuentran cosas vinculadas con la investigación o las personas buscadas y que “a este respecto la ley no establece una tasación del grado de certeza o convicción que permitirían alcanzar esos indicios”.

La Corte Suprema se ha pronunciado en punto a las condiciones mínimas a las que debe sujetarse una injerencia estatal en ámbitos protegidos por los arts. 18 y 19, CN. En particular, ha establecido que los jueces deben hacer expresos los fundamentos de la autorización, que presupone la disponibilidad de “elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable” (confr. el citado caso “*Quaranta, José Carlos*”, consid. 19, con cita de la disidencia del juez Petracchi, en Fallos: 321:510, “*Yemal*”, consid. 5). Según esa decisión, incumbe al juez indicar el elemento objetivo en el que se funda esa sospecha, una información de esas características tiene que aparecer como “antecedente inmediato de la decisión judicial” (*ibídem*, consid. 20).

Tomando como punto de partida los dichos de los vecinos, dicha fuente anónima no podía fundar por sí misma una medida de coerción personal como la que representa un registro domiciliario, pero ninguna norma o principio prohíbe tomarla en cuenta como punto de partida de una investigación.

La información obtenida sin identificarse a quienes la aportaron, ha constituido un anoticiamiento que dio origen a toda una línea de investigación y pesquisa, de entre otras, que resultó en definitiva suficientemente corroborada por otros elementos disponibles, según la estimación del juez de instrucción, a los efectos de ordenar el allanamiento y luego en la sentencia.

Aquí observo que, en rigor, la defensa no ha hecho ningún esfuerzo en impugnar la valoración de los elementos e informaciones disponibles con las que el juez de instrucción había contado al ordenar





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

los allanamientos, sino que se ha restringido a alegar que no podía tomar como base de su decisión las informaciones recibidas por Maximiliano Radziwit. De modo que, contestada esa pretensión, no hay infracción al art. 224, CPPN, puesto que el juez al decidir los allanamientos ha expresado de modo suficiente los motivos para presumir que en los domicilios en que se emprenderían podrían estar los partícipes del hecho, o elementos vinculados con éste.

Agrego además que, en la impugnación se pretende que deben anularse las órdenes de allanamiento, y que la consecuencia sería la extensión de la nulidad a todo lo actuado con posterioridad. Nuevamente aquí la pretensión es objeto de análoga censura a la que expuse en el número anterior, pues mediante la extensión de los efectos de la nulidad se pretende -con cita del caso “*Rayford*”- la aplicación de una regla de exclusión y en definitiva la absolución de los acusados. Nuevamente aquí la pretensión está desprovista de toda argumentación razonada, porque no se identifican cuáles son los elementos de prueba o informaciones que se habrían obtenido como resultado de la ejecución de las órdenes de allanamiento, ni se identifica alguna decisión en el proceso que se hubiese apoyado en esos elementos de prueba o informaciones, ni, en particular, tampoco se identifica qué elementos de prueba o informaciones habrían constituido un sustento dirimente para las argumentaciones de hecho de la sentencia de condena. Estas cuestiones no aparecen expuestas de modo mínimamente razonado en el recurso de casación, de modo que tampoco aquí se demuestra de manera consistente la procedencia de la solución que se pretende.

Concurro de este modo, también en este motivo de agravio, a la solución que propone el juez Días.

3. La nulidad de la diligencia de reconocimiento en rueda documentada en el acta de fs. 2069.



En otro orden, el defensor de Sebastián Alejandro Guerra ha impugnado de nulidad la diligencia de reconocimiento en rueda de personas en la que Diego Martín Ghiglione señaló a su defendido (fs. 2069).

Afirma que existe deber de informar al imputado de su derecho a negarse a participar de la rueda, que ese derecho se infiere de la garantía contra la auto incriminación que tiene su base en el art. 18, CN, que -según pretende- protege a la persona de la utilización de su dimensión corpórea para producir prueba en su contra. Sobre la base de esa concepción, se duele de que en ocasión de la realización de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas, acto al que, según pretende, el imputado tenía derecho a negarse a participar, no le fue informado tal derecho, lo que, según arguye, constituye una inobservancia que fulmina de nulidad la diligencia de reconocimiento en rueda.

3.a. Observo que durante el emplazamiento de citación a juicio (art. 354, CPPN) el actual defensor del imputado Sebastián Alejandro Guerra había ofrecido expresamente la incorporación al juicio del acta de fs. 2069 que documenta la diligencia de reconocimiento en rueda realizado por el testigo Ghiglione (fs. 2027), y no hizo ninguna observación ni introducido ninguna impugnación hasta la expiración, por lo que si se tratase de una alegada nulidad formal, la impugnabilidad caería bajo la regla de caducidad del art. 170, inc. 1, CPPN, a lo que se suma que el ofrecimiento como elemento de prueba implica la aceptación de los efectos del acto, según el art. 171, inc. 2, CPPN.

Observo también que de modo escueto el nuevo defensor del imputado había introducido la nulidad de las diligencias de reconocimiento al momento de contestar la acusación, aunque sin revestirla de una argumentación razonada sobre cuál sería la disposición o garantía constitucional afectada (cfr. acta del debate de fs.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

3386/3391). Este ropaje argumental aparece por primera vez intentado en el recurso de casación.

Ahora bien, si se tratase -como lo pretende la defensa- de una nulidad que afecta la garantía contra la auto incriminación forzada, entonces ninguna caducidad podría oponerse al planteo, según el art. 168, CPPN.

3.b. A efectos de abordar la impugnación de la defensa, es dable recordar que en el caso de Fallos: 255:18 (“*Cincotta, Juan José*”) la Corte Suprema ha declarado que: “El requerimiento judicial del reconocimiento del imputado, en los términos de los arts. 264, y siguientes del Código de Procedimientos en lo Criminal, no es violatorio del art. 18, de la Constitución Nacional, en cuanto veda la exigencia de “declarar contra sí mismo”. El reconocimiento del imputado, en los términos del art. 264, del Código de Procedimientos en lo Criminal, constituye corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria de los hechos delictuosos y no es “prueba” en el sentido de la norma del caso.”

Más razones concurren en el mismo sentido de aquella doctrina de la Corte. Es pertinente evocar aquí el alcance que según mi juicio tiene el art. 18, CN, según lo he expuesto, antes de ahora, en el caso “*Fernández, Federico Lelio*” (causa n° 30961/2015, Sala 1, sent. de 28/03/2018, reg. n° 329/2018).

Entre las medidas de protección establecidas en el art. 18, CN su segunda frase declara: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. De esa frase se extrae, sin esfuerzo, que la Constitución prohíbe el uso de compulsión física o moral para obtener comunicaciones o expresiones de una persona y que la protege de verse obligada a testificar contra sí misma o de proveerle al Estado alguna otra prueba de naturaleza testimonial o comunicativa.



El art. 18, CN consagra el derecho del imputado a guardar silencio sobre la imputación, como derecho a no ser compelido por ningún medio (obligado) a realizar actos comunicativos (declarar) que constituyan una cooperación a la prueba de la acusación. Ese derecho integra el privilegio contra la autoincriminación, pero su campo es menor, pues se ciñe al derecho a no realizar declaraciones, y a gozar de garantías para no ser compelido a formular declaraciones, que podrían ser incriminantes.

El derecho al silencio presenta una facies negativa y otra positiva, esto es, derecho a no declarar y derecho a obtener protección jurídica contra cualquier acto estatal que persiga obligar a declarar. En conexión con el privilegio contra la autoincriminación y el llamado principio de inocencia se encuentra la regla según la cual la carga de la prueba de la acusación pesa sobre el acusador. Ahora bien es inconcebible e impracticable un proceso de enjuiciamiento y un juicio, sin cierto ejercicio de coerción sobre el imputado para la práctica de la prueba. Aparece entonces en este aspecto también la pregunta acerca de la llamada “incoercibilidad” del imputado.

En general se observa la tendencia a identificar el derecho al silencio y el privilegio contra la autoincriminación, como si se tratase de denominaciones intercambiables de un mismo concepto. Sin embargo, esto es incorrecto. Como se ha señalado gráficamente en la doctrina, las dos garantías pueden ser vistas como dos círculos parcialmente secantes, en el que el más pequeño representa el derecho al silencio y se ciñe al derecho a no hablar, mientras que el otro mayor lo trasciende, y no se restringe a las comunicaciones verbales (Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005, p. 342). A este respecto se observa, por ejemplo, que puede ponerse en duda que del art. 14.3, letra g, PIDCP, pueda inferirse un privilegio general contra la autoincriminación que exceda el campo de las personas llamadas a dar “declaraciones” (Gollwitzer,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Walter, *Menschenrechte im Strafverfahren – MRK und OPBPR Kommentar*, De Gruyter, Berlín, 2005, p. 422, nro. 252).

En lo que se refiere al empleo de coerción sobre el imputado, se propone una aproximación general en el sentido de que no puede obligarse al imputado a ser sujeto u órgano de la prueba en su propio perjuicio; en cambio, bajo ciertas condiciones, puede el imputado ser objeto de prueba, de examen, inspección, medición, etc.

Las dificultades e inconsecuencias que plantean los intentos de distinción teórica entre sujeto/órgano de la prueba y objeto de la prueba, actividad/pasividad, o actuación y tolerancia del imputado han sido expuestas con solvencia en la doctrina nacional (Confr. Córdoba, Gabriela, *Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?* en AAVV, Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 285 y ss.).

Desde sus inicios, el art. 18, CN ha sido entendido como una superación de los procedimientos de las Leyes de Partidas, que regulaban los tormentos como medio de investigación, procurando arrancar al reo la confesión (González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, 16^a. edic., Ángel Estrada y Cia., Buenos Aires, sin fecha, p. 188), y que su texto no ha sido originalmente concebido para prohibir toda forma de coerción sobre el sospechoso o imputado de un delito. La cláusula se refiere únicamente a la transmisión o revelación por el imputado de conocimientos o datos, por vía oral, escrita, por signos, ademanes o gestual, que se refieren a la imputación que se le formula o que podrían tener relevancia para la imputación. A este respecto el imputado es un sujeto incoercible del procedimiento penal (Maier, Julio B. J., *Nemo tenetur e investigación de la filiación*, en Anitua, Gabriel Ignacio / Gaitán, Mariano (Compiladores), “Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos”, Del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 144), pero el principio de inocencia -según su sentido histórico y cultural no excluye, de modo absoluto



sino relativo, el empleo legítimo de la coerción estatal durante el procedimiento penal (Córdoba, Gabriela, *Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba. Obtención de ADN y Nemo tenetur*, en Anitua / Gaitán, cit., p. 156).

Con acierto se señala que si no pudiese ejercerse coerción sobre el imputado a ningún fin, sería imposible llevar adelante un proceso penal, salvo que se admitiesen los juicios en ausencia (De Luca, *Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y garantías constitucionales*, en Anitua / Gaitán, cit., p. 9); o al menos que ello equivaldría a excluir no sólo todo sometimiento del imputado a determinadas medidas de prueba, prescindiendo de su voluntad, sino que, además, significaría directamente dejar librado a su voluntad el someterse al proceso penal (Córdoba, *Buscando ADN...*, cit., p. 153).

Al contrario, y como contrapartida del interés estatal de perseguir la comisión de hechos punibles y de aplicar la ley penal, se exige al imputado tolerar el proceso y someterse a él con cierta carga de coerción que le es inherente, según la necesidad. Pues del hecho de que incumba al Estado demostrar que se han reunido los presupuestos de la punibilidad, no se sigue que el Estado deba prescindir de toda coerción necesaria para la realización del proceso penal, y en particular de la actividad probatoria, siempre que se respeten otros límites inherentes a la dignidad del imputado, o que se infieren de otros derechos fundamentales (Córdoba, *Buscando ADN...*, cit., p. 158).

Pues sería una exageración pretender que del privilegio contra la auto incriminación, garantizado por reglas de incoercibilidad del imputado, se deben inferir interpretaciones extensivas que lleven a la prohibición absoluta de medidas que obliguen al imputado a colaborar de algún modo en el proceso, o al menos a una prohibición de toda disposición o acto que lo obligue a colaborar “activamente” en su propia incriminación, sin perjuicio del deber de tolerar “pasivamente” la realización de medidas de investigación sobre él.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Sin perjuicio de las dificultades conceptuales que encubren los términos actividad/pasividad o colaboración/tolerancia, y su pobre capacidad para ofrecer criterios de distinción, *lo relevante parece ser determinar si es el imputado el llamado a proveer la información, en cuyo caso lo cubre el privilegio de incoercibilidad, o si sólo es llamado para inspección, observación o exploración y los llamados a proveer de informaciones sobre esa inspección, observación o exploración son personas distintas del imputado.* En rigor, sobre el imputado se pueden ejercer legítimamente todas las medidas de coerción que permiten la ley y la Constitución, pero ninguna de esas medidas puede tener como finalidad el obligarlo a declarar, ni, por tanto, se pueden utilizar con ese sentido. Se afirma así que su incoercibilidad es sólo moral y da inmunidad contra todo menoscabo de su libertad de decisión y de manifestación en todo lo que se refiere al objeto del proceso, pero que, en cambio, “su corporeidad física está constreñida a los actos de coerción o aseguración” (De la Rúa, Fernando, *Proceso y Justicia*, Buenos Aires 1980, p. 265). Pero a la vez que debe garantizarse la libertad moral del imputado, y los derechos que con consecuencia de ella, éste “está también obligado por una serie de deberes comprendidos en el genérico de sometimiento a la jurisdicción” (*ibídem*, p. 267), que comprende el deber de presentación personal y la sujeción a medidas coercitivas previstas en la ley.

Así, la coerción puede ser legítimamente utilizada en el proceso, o para el proceso, con fines de aseguramiento del proceso mismo, o de alguno de sus actos, p. ej., *para identificar al imputado*, para someterlo o sujetarlo al proceso, para mantener el orden de las audiencias, o para evitar que elimine elementos de prueba. También puede ser legítimamente utilizada con la finalidad instrumental a la recolección de un elemento de prueba o la recepción de la prueba; para que el imputado sea sometido a una rueda de reconocimiento.



Siempre sin embargo, la coerción sobre el imputado sólo será legítima en la medida en que no sea inherente a la práctica un requerimiento para que éste aporte informaciones por una vía comunicativa.

En síntesis, no todo empleo de coerción sobre el sospechoso o imputado cae bajo la prohibición del art. 18, CN que declara que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

3.c. Sentado el marco teórico la discusión sobre si el imputado puede ser obligado a comparecer y a tolerar la inspección en una rueda para reconocimiento transita a mi juicio por carriles estériles, pues sin perjuicio de las dificultades conceptuales que encubren los términos actividad-pasividad o colaboración-tolerancia en tal clase de actos el imputado no es llamado a proveer la información, en cuyo caso lo cubre el privilegio *nemo tenetur*, sino que éste es llamado para inspección, observación o exploración por personas distintas del imputado. El reconocimiento en rueda no es en sí mismo un acto comunicativo, no se requiere del imputado que realice comunicaciones emanadas de su espíritu o provea informaciones. Este acto no cae bajo la prohibición *nemo tenetur*. Si existe una base legal, incluso se puede usar la coerción del imputado para ser sometido a inspección por otros. En todo caso, los límites podrán inferirse de otras disposiciones constitucionales, pero no del art. 18, CN y por ende no hay base para afirmar el pretendido derecho a negarse a participar en una rueda de reconocimiento (sobre esto, *in extenso*, mi ensayo *El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal*, en Plazas, Florencia / Hazan, Luciano, *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2015, ps. 258 y ss).

De modo que el imputado, que está obligado a comparecer a las ruedas de reconocimiento según el procedimiento regulado en la ley, no puede negarse a tomar parte en ese acto, y puede, con ciertos límites, ejercerse coerción legal sobre él para asegurar su realización.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Concluyo así que la pretensión de la defensa de Sebastián Guerra que afirma la existencia de un derecho a negarse a participar de la rueda, y de un derecho derivado de ser informado de su facultad de negarse a esa participación, carece de toda base constitucional y legal.

Puesto que no está en juego el art. 18, CN ni la garantía contra la autoincriminación forzada, la instancia de nulidad que la defensa de Sebastián Guerra ha articulado contra los actos de reconocimiento en rueda de personas debe a mi juicio ser rechazada.

4. Las determinaciones de hecho de la sentencia, la participación atribuida a los imputados, y las impugnaciones de las defensas de esas determinaciones.

Por razón de brevedad he de remitirme en este tópico a la síntesis de los agravios y a la respuesta que a ellos ha dado el juez Días en el punto 4 de su voto. En esa intervención se ha dado exhaustiva respuesta a todos y cada una de las líneas de ataque, con argumentos que en lo sustancial comparto, y que exponen un escrutinio puntual de los argumentos de hecho de la sentencia impugnada, constatando el respeto de la sana crítica de los elementos de juicio, que la deja a salvo de toda duda razonable.

En refuerzo del exhaustivo examen del primer voto, sólo he de agregar algunas consideraciones puntuales sobre la sana crítica del testimonio, sobre las facultades de defensa que incluyen el control de la prueba y la producción de la propia teoría del caso, y sobre el valor sintético del término “duda razonable”.

4.a. La crítica del resultado de los actos de reconocimiento en rueda de personas.

El juez Días, en el punto 4.k de su intervención aborda y da exhaustiva respuesta a la crítica de la declaración testifical del señor Diego Martín Ghiglione que ha indicado en rueda de reconocimiento a



Sebastián Guerra como la persona que había descendido del rodado blanco y había desatado los disparos.

Me refiero deliberadamente a la crítica del testimonio porque sus manifestaciones en el acto de realización de la rueda, y las que posteriormente dio en el juicio, son todos elementos que constituyen el relato de su declaración testifical.

Argumenta el defensor que el testigo Diego Martín Ghiglione no pudo determinar con exactitud en el reconocimiento en rueda de personas al sujeto que se posicionó frente a él, subraya que aquél dijo que estaba seguro sólo en un 60%, y afirma la existencia de “un 40% de duda razonable”.

Del acta de debate (fs. 3033 y 3034) se desprende que el testigo Diego Martín Ghiglione fue preguntado acerca de los porcentajes sobre los que había declarado en otras oportunidades. Mi primera pregunta es ¿Qué pregunta es esa?.

Un testigo declara sobre lo que sabe o conoce, y puede dar indicios de su seguridad, sus dudas o su incerteza de variadas formas. Sin embargo un testigo no es un estadístico que pueda precisar en base a porcentajes su seguridad o no en lo que está siendo preguntado. Ningún estadístico podría por lo demás medir certezas o incertezas mediante bases porcentuales, porque la certeza o la incerteza en la evocación de hechos es un fenómeno psicológico que no es medible en números porcentuales o relaciones estadísticas. ¿Cómo medir la certeza en números porcentuales? El número porcentual es el resultado de un cociente aplicado a un objeto medible en números, o en otros términos una fracción x de cien partes iguales. ¿Cuáles son las partes que entran en juego en el acto psicológico del reconocimiento, cómo se establece la igualdad entre apariencia, contextura, altura, color de la piel, forma y rasgos del rostro, los ojos, la forma de mirar, las señas particulares, cicatrices, piercings, tatuajes, sexo o género, color de cabellos, corte de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

cabellos, vestimenta, extremidades, etc.? ¿Cuál es el cociente de igualdad entre estos rasgos o características que permite establecer que todos conforman el cien por ciento y cada uno de ellos una fracción igual del todo? ¿Nos reconocemos los humanos por porcentajes, o por rasgos o características físicas distintivas? La pregunta sobre la seguridad en base a una medida porcentual es una pregunta tonta que no tiene respuesta, y si se la responde la respuesta es tonta. A lo sumo una muy baja fracción porcentual sugiere incerteza, y una alta sugiere certeza, pero la mera expresión de un porcentaje no dice lo que dice un interrogatorio adecuado sobre el grado de seguridad o confianza.

Así, lo que debe examinarse, conforme a la sana crítica es si el testigo está seguro de quien es el imputado y si aquél fue el que intervino en los hechos que, en este caso, lo perjudicaron a él. Es importante también indicar que las apariencias, rasgos, características que uno u otro testigo puedan recordar y comunicar dependen de distintos factores. Es la crítica de su testimonio la que permitirá formarse un juicio sobre su seguridad.

El juez Días ha expuesto certeramente un examen crítico que no confina la mayor o menor certeza a un valor porcentual que no tiene objeto de referencia. Con estas adiciones adhiero a sus conclusiones sobre este punto.

4.b. El control de las transcripciones del resultado de las intervenciones telefónicas.

En el plazo de oficina la defensa de Sebastián Alejandro Guerra se ha quejado de que no ha podido escuchar los registros de audio del resultado de las intervenciones telefónicas (cfr. fs. 2927). El planteo es extemporáneo, porque no había sido traído en el recurso de casación y el art. 465, CPPN no autoriza a la introducción de nuevos agravios (confr. mi voto en Sala 1, causa n° 41.781/13, “*Moraca, Carlos Andrés*”, sent. de 14/7/17, reg. n° 617/2017)



Sin embargo, otro argumento es dirimente, porque cuando se trata del ejercicio de una facultad defensiva sólo podría eventualmente haber algún motivo de agravio formal, a tenor del art. 456, inc. 2, CPPN, cuando se ha privado a la defensa, en infracción a la ley, del ejercicio de esa facultad.

Ahora bien, la existencia de los registros de audio era conocida y al momento de ofrecer prueba (fs. 2926/2928) el defensor anterior, bajo el título de “prueba documental o instrumental,” había solicitado la incorporación por lectura de las “tareas de inteligencia de fs. [...] 625/735 [...]” (confr. punto 17 del ofrecimiento). Del examen de esas fojas se vislumbra que contienen distintas actuaciones labradas por la División Homicidios de la Policía Federal Argentina; y en cuanto aquí interesa, a fs. 694/726 obran algunas transcripciones parciales del resultado de las escuchas telefónicas; en cambio, la defensa del imputado en ningún momento del proceso ni en el juicio solicitó la reproducción de los registros de audio obtenidos de las intervenciones. No puede quejarse pues de que se la hubiese privado de la posibilidad de confrontar la fidelidad de las transcripciones.

Cuando las transcripciones fueron incorporadas por lectura en el transcurso del debate oral (cfr. fs. 3024) tampoco la defensa promovió ninguna incidencia, por lo que ahora alega como agravio carece de sustancia.

Pues quien se dice agraviado por una resolución adversa, y alega que se ha incurrido en alguno de los errores formales o sustanciales comprendidos en el art. 456, CPPN, tiene la carga de fundamentar, al menos mínimamente, el motivo de agravio. Tal exigencia se extrae sin esfuerzo del art. 463, CPPN, y entiendo que la defensa del imputado no la ha satisfecho.

4.c. La queja por infracción al principio in dubio pro reo.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Entiendo adecuado exponer alguna consideración adicional sobre la alegación del desconocimiento del principio *in dubio pro reo*.

Pues aunque en general comparto las apreciaciones del juez Días, expuestas en el punto 4.h de su voto, estimo que no es ocioso profundizar sobre la exigencia de que la existencia de los hechos y la culpabilidad del acusado sean establecidas más allá de toda duda razonable.

La acusación tiene la carga de presentar una teoría del caso, articulada alrededor de un relato, y tiene la carga de probar su teoría más allá de toda duda razonable. La defensa no tiene la carga de presentar una teoría del caso, ni un relato que se opongan a los de la acusación, pero si elige no hacerlo, sólo le queda a su disposición exponer por qué la prueba producida no es suficiente para sostener los hechos de la acusación y la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. A este respecto, no basta con que se alegue que los hechos pudieron haber sido de otro modo, sino que es necesario presentar alguna argumentación, sobre la base de la prueba disponible, que sugiera que los hechos pudieron haber ocurrido de un modo distinto.

A este respecto he dicho antes de ahora como juez de la Sala 1 de esta Cámara en “*Cordero, Facundo Ernesto Nahuel*” (causa n° CCC 31287/2014/TO1/CNC1, rta. 30/10/2015, Reg. n° 605/2015) y más recientemente en “*Sánchez, Luciano Pablo*” (causa n° 70858/2014/TO1/CNC1, rta. el 12/7/2018, Reg. n° 841/2018) que la duda que se alega sólo es una duda razonable cuando se sustenta en la insuficiencia de los indicios sobre los que se construye la hipótesis acusatoria, lo que presupone la identificación de elementos objetivos que los neutralizan y excluyen, y permiten construir una hipótesis de hecho distinta. Por cierto, una mente imaginativa encontrará siempre hipótesis de duda. Empero, el principio *in dubio pro reo* no consiste simplemente en la formulación puramente intelectual de otras hipótesis



teóricamente posibles, diferentes a las de la acusación, sino en la comprobación de que el acervo de elementos de prueba disponible admite la formulación de más de una hipótesis, y que el examen crítico de ella no permite descartar alguna de ellas, lo que conduce a no poder afirmar la de la acusación más allá de toda duda razonable. Porque desde el punto de vista sistemático, y del discurso, siempre es imaginable la posibilidad de proponer hipótesis alternativas, en otros términos, toda pretensión acusatoria es siempre susceptible de ser puesta en duda. De lo que se trata es que la duda alegada debe encontrar sustento objetivo en el material probatorio, y no constituye el enunciado de un mero ejercicio dialéctico. Por eso el principio de inocencia cae cuando se afirma una hipótesis más allá de toda duda razonable.

Tanto la certeza como la duda deben ser razonadas, y deben ser razonadas a la luz de los elementos de convicción o indicios que han sido puestos a disposición del juez o tribunal de forma regular. De modo que, si al impugnar las determinaciones de hecho de la sentencia, la defensa alega una duda razonable sobre cómo acaecieron los hechos, tiene la carga de destruir la construcción hecha a partir del acto complejo de valoración de esos indicios, identificando otros indicios y demostrando por qué éstos los neutralizan y excluyen, y cómo permiten construir una hipótesis de hecho distinta de la afirmada en la sentencia.

Dicho esto, adhiero a las consideraciones del juez Días que ha desechado las alegaciones que se han hecho invocando el principio *in dubio pro reo*, pues no encuentro ninguna fisura en la convicción de que las mismas personas tomaron parte en todos los hechos, empleando armas de fuego. La afirmación de que algunas personas pudieron haber descendido en algún punto del raid, o que es posible que no se hubiesen empleado las mismas armas en todos los hechos, es tan posible como la afirmación contraria. Pero mientras que en la contraria el *a quo* ha dado con arreglo a la sana crítica una razón objetiva de su convicción, la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

defensa no ha ofrecido ningún indicio objetivo para sugerir que los hechos o las personas pudieron haber sido distintos; en otros términos, las defensas no han ofrecido ningún indicio objetivo que pudiese introducir alguna duda razonable sobre las reconstrucciones de hecho de la sentencia.

Con estas argumentaciones adicionales concuro a la respuesta que el juez Días ha dado a las impugnaciones sintetizadas en el punto 4 de su voto.

5. Calificación legal del hecho n° 5 de la causa n° 7627.

A fin de abordar de la forma más clara posible las impugnaciones en punto a la calificación legal que el Tribunal Oral de Menores le ha asignado al hecho n° 5 de la acusación -causa n° 7627- corresponde comenzar por relevar cuál ha sido la materia de la acusación fiscal y cuáles los términos de la sentencia recurrida sobre este punto.

En el requerimiento fiscal de elevación a juicio, se había acusado a Sebastián Alejandro Guerra, Nicolás Sebastián Baltazar y a Cristian Damián Sotelo de haber cometido dos hechos de homicidio –uno de ellos en grado de tentativa-, que según el Ministerio Público estaban agravados *criminis causae* “por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”. En el caso del homicidio consumado se sostenía también la agravación por tratarse la víctima de un miembro de las fuerzas de seguridad policial.

Al cabo del debate, el representante del Ministerio Público había acusado por “robo con armas consumado en tres oportunidades; robo con arma de fuego reiterado en cuatro oportunidades pero una de ellas en grado de tentativa, en concurso real con homicidio *criminis causae* por no haber logrado el fin propuesto, en concurso real con homicidio *criminis causae* por no haber logrado el fin propuesto y por ser integrante la víctima de las fuerzas de seguridad en grado de tentativa; y en concurso real con la portación de arma de guerra. Respecto de los



homicidios entiendo que corresponde la agravante del [art.] 41 *bis*, [CP]. Respecto de Baltazar, Arroyo y Guerra entiendo que corresponde la agravante del art. 41 *quater*, CP. (...) Entiendo que aquí no hay duda de que el homicidio *criminis causae* es precisamente producto de no haber logrado el fin propuesto, hay una conexión ideológica causal. El motivo determinante, precisamente no haber podido conseguir el fin propuesto de la sustracción que pensaban realizar en ese momento, y como lo señala la misma figura en la jurisprudencia no necesita la reflexión de los imputados sino su decisión. En cuanto a la coautoría no tengo duda de la intervención y el co-dominio funcional de todos. Indudablemente cada uno cumple una función, uno dispara, otro maneja para permitir escaparse del lugar, pero el dolo homicida está presente en este grupo que precisamente se observa de la manera en que fue cometido el hecho y de la cantidad de disparos y de la forma en que fueron producidos” (Video “Audiencia 06-11(alegatos I).avi” cuyo soporte se encuentra agregado al acta de fs. 3386).

En la sentencia se tuvo por probado el hecho de la imputación identificado como hecho 5, señalando que “cerca de las 23:45 horas de ese mismo 20 de noviembre de 2012, los mencionados Cristian Damián Sotelo, Nicolás Sebastián Baltazar y Sebastián Alejandro Guerra y otras personas, interceptaron con fines de robo la marcha del rodado Ford Fiesta, dominio LQU 145, conducido por el cabo primero Diego Martín Ghiglione y la compañía de la cabo María Luján Campilongo, frente al 2685 de la calle César Díaz de esta Ciudad”. Después de describir cómo interceptaron el automóvil obligando a su conductor a detenerse, se afirmó “Guerra descendió armado del “Fiesta” y apuntándole al uniformado Ghiglione le hizo señas para que se baje, sin perjuicio de lo cual, seguidamente le efectuó un disparo con su arma. Por su parte Ghiglione devolvió el fuego con su pistola desde el interior de su vehículo y a través del parabrisas de éste. No bien iniciado el intercambio de disparos entre ambos, enseguida acudieron en apoyo *los*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

ocupantes del "Vento", que abrieron nutrido fuego desde atrás y hacia el interior del "Fiesta" donde aún permanecían ambos policías. A resultas de los diecinueve disparos contabilizados con posterioridad, la cabo Campilongo recibió un impacto de bala en su cabeza que terminó de provocarle la muerte horas después. A su vez, el cabo Ghiglione resultó herido en la nuca por lo que debió ser intervenido quirúrgicamente en el hospital "Churruca Visca" para extraerle el proyectil alojado en su tercera vértebra".

Se argumentó en la sentencia lo siguiente: "no bien Guerra disparó su arma al advertir la condición de uniformado de Ghiglione, *sus compañeros* lo cubrieron con nutrido fuego de armas de grueso calibre. La corta distancia y el reducido espacio al que iban dirigidas las descargas significaron el virtual fusilamiento de ambos ocupantes del "Fiesta" de color gris en el cual se detectaron diecinueve improntas de bala disparadas por dos armas distintas". El *a quo* determinó que "Guerra abrió fuego con su arma movido por el despecho y frustración que le produjo descubrir la condición de policía de Ghiglione, quien a su vez al verlo amenazante y armado delante suyo, empuñó instintivamente su pistola reglamentaria para defenderse del inminente asalto". En función de ello tuvo por acreditado que "[c]onscientes ya del prematuro fracaso del robo y desfavorable giro que tomaban las cosas, los demás asaltantes (Sotelo y Baltazar) abrieron fuego a discreción desde la retaguardia y hacia el reducido interior del "Fiesta", hiriendo de extrema gravedad a ambos agentes del orden".

El Tribunal Oral de Menores, al establecer la ley aplicable, sostuvo que correspondía aplicar el art. 80, inc. 7, CP, por tratarse de un homicidio agravado por no haber logrado Guerra, Baltazar y Sotelo el fin propuesto al intentar el delito de robo; argumentó que "[v]iendo frustrado el robo intentado, los encausados dispararon a quien sorpresivamente se los impidió y a su acompañante, materializando con ello la causal impulsiva del nexo ideológico ente ambos delitos", el



robo y el homicidio. Relevó que “pese a los disparos en su contra, Guerra se las ingenió para llegar a la seguridad del “Fiesta” blanco que lo aguardaba, cubierto por el fuego de apoyo a discreción abierto desde la retaguardia de las víctimas. Después de ello, los agresores se replegaron a los rodados sin apoderarse de efecto alguno, dando cabal prueba de la completa renuncia al despojo”. En consecuencia valoró que “[s]emejante modalidad comisiva no hace sino confirmar el total desprecio por el resultado de la tipicidad asumida con la descarga homicida”.

Por otra parte agregó que “al ver fracasado su designio criminal primigenio, los encartados mataron con la deliberada intención de procurarse la impunidad (...). Es decir que mataron para huir”. Sostuvo en definitiva que “la frustración y despecho experimentados al intentar el robo y la búsqueda de impunidad, han actuado como motivos determinantes del homicidio, sin necesidad de reclamárseles premeditación o pre ordenación en dicho accionar” y declaró que bastaba que “la letal determinación se exteriorizara al momento mismo del asalto armado”. Por último descartó la argumentación del defensor público introducida en el debate, a la que calificó como una “seudo legítima defensa” por considerar que la agresión inicial de Guerra había sido “ilegítima y no provocada por Ghiglione o la difunta Campilongo”.

Para sostener esa conclusión valoró los dichos del suboficial Ghiglione en cuanto a que “Guerra se apeó del “Fiesta” que lo había encerrado, y de inmediato se apostó armado cuatro o cinco metros por delante suyo, dándole a entender que se baje del vehículo con el evidente propósito de robarlo”. Sobre esa base estimó que “[c]asi simultáneamente, Guerra debió divisar desde su privilegiada posición el uniforme policial de Ghiglione, que instintivamente llevó la mano a su pistola y trató de huir dando marcha atrás. Viendo que la condición policial de la víctima frustraría el robo, y pudiendo haber regresado a la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

seguridad del “Fiesta” que lo aguardaba, Guerra le efectuó un primer disparo que asimismo sirvió para alertar a sus compañeros expectantes en ambos vehículos”. Entendió el *a quo* que, atrapado en esa situación, “Ghiglione alcanzó a responder la agresión con una salva de seis disparos hasta resultar herido” y que “Campilongo en cambio, no tuvo esa suerte pues cayó herida de muerte sin siquiera poder llegar a empuñar su pistola”. En atención a ello interpretó que “Guerra efectivamente abrió fuego dando por abortado el robo al advertir el estado policial de Ghiglione, e intuir que éste se defendería”.

Concuerdo con el juez Días en punto a que los defensores no han logrado controvertir la reconstrucción fáctica hecha por el tribunal *a quo* respecto del hecho calificado con el número 5 en la sentencia, salvo en lo que diré sobre el aporte concreto de los encausados Sotelo y Baltazar en la ejecución del hecho.

La defensa del imputado Guerra disputa que esté demostrada la finalidad de disparar las armas en el robo, según una argumentación que construye sobre la base de cómo ejecutaron los hechos anteriores el mismo día. Encuentro en la argumentación de la defensa un desesperado intento de despojar de sentido a las acciones de los ladrones. La primera pregunta es: ¿para qué se proveyeron de armas cargadas? La respuesta es simple: para ejecutar el robo. La segunda pregunta es: ¿estaban dispuestos a usar las armas disparando en caso de ser necesario? La respuesta afirmativa es simple: sí lo estaban; no lo consideraron necesario en la ejecución de los robos cometidos contra Claudia Marcela Venero, Sofía Laura Marzorati y Pablo Alfredo Igartúa, que eran civiles, y que nada indicaba que pudiesen estar armados. La apreciación de la necesidad cambió cuando resultó que el cuarto auto que interceptaron esa noche estaba tripulado por dos policías de uniforme, porque el uniforme era indicio de que podían estar armados, y Sebastián Alejandro Guerra ya había descendido y se había puesto, empuñando el arma, a corta distancia del auto. También



habían descendido armados del automóvil que se colocó detrás del interceptado algunos de los cómplices de Guerra. La siguiente pregunta es: ¿era necesario el disparo de armas de fuego? La respuesta la dio de modo concluyente Sebastián Alejandro Guerra, que tan pronto hacía señas al cabo Ghiglione para que descendiera le efectuó un disparo. Éste respondió y se desató la balacera entre Ghiglione y el grupo de ladrones. La cuarta pregunta es: ¿por qué disparaban los ladrones? La respuesta es compleja: el primer disparo correspondía todavía a la ejecución del robo porque Guerra le hacía señas al policía para que descendiese. Este disparo no puede considerarse como pretende la defensa “defensivo” pues es el que desató el tiroteo. Los siguientes disparos tampoco pueden calificarse de “defensivos”, como lo pretende la defensa de Baltazar y Sotelo, en rigor eran una reacción a la respuesta defensiva del policía, enmarcada sin esfuerzo en la defensa propia del art. 34, inc. 6, CP, quien al responder comenzaba a frustrar el robo. Los ladrones estaban en rigor realizando actos ejecutivos del robo, y al mismo tiempo reaccionando porque el policía lo estaba frustrando, defendiéndose a los disparos. No es posible determinar -en las fracciones de tiempo que duró la balacera- cuándo decidieron no seguir adelante con el plan. Lo cierto es que o disparaban porque creían inicialmente poder dominar la situación, o lo hacían como reacción por caer en la cuenta que no lograban el fin propuesto, o lo hacían para poder escapar, esto es, para lograr la impunidad.

Subrayo que en los recursos no se ha propuesto ninguna tesis alternativa a las que acabo de mencionar en el párrafo precedente, y esto es a mi juicio dirimente porque, si no hay una alternativa distinta a ellas, entonces no hay ninguna duda razonable de que los ladrones obraron satisfaciendo todas o alguna de ellas. Ninguna de esas alternativas se corresponde con el supuesto de hecho del art. 165, CP.

Ahora bien, dos observaciones son necesarias para agotar la respuesta al agravio de las defensas.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Postulan los defensores que los disparos realizados por Guerra a escasa distancia del automóvil en el que se encontraban Ghiglione y Campilongo y en dirección a éstos, formaron parte de una reacción de corte “defensista” frente a un determinado estímulo. Por cierto, no refutan lo determinado en la sentencia en punto a que fue el imputado Guerra quien inició la tanda de disparos, pero además, en rigor sus argumentaciones no conducen a excluir la aplicación del art. 80, inc. 7, CP, porque en ese caso la reacción frente a la respuesta defensiva es o bien un modo de ejecución del robo -se mata para cometer el robo- o bien es una reacción por ver frustrado el robo, o es una forma de asegurar el escape para lograr la impunidad.

En otro orden, se alega que ha de beneficiarse a los condenados con la aplicación del art. 3, CPPN.

La pretensión de la recurrente remite al problema de construcción de la sentencia designado como determinación alternativa del hecho o “*Wahlfeststellung*”, problema que he abordado, antes de ahora, en variadas oportunidades (por primera vez como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 5122, “*Vera, Ángel Rubén y otro*”, sent. de 26/06/2008, reg. n° 12.016). Adelanto que no es necesario para abordar el punto definir si la acción homicida juzgada en el caso fue realizada por no haber logrado el fin propuesto al intentar el robo o para procurar la impunidad de los autores, pues de cualquier manera será de aplicación el inciso 7° del art. 80, del Código Penal.

Nada impide que los agentes obren con más de una finalidad o motivación; la impugnación de la defensa sugiere que la afirmación de ambas hipótesis encubriría una duda acerca de la real finalidad o motivación con la que obraban quienes dispararon.

Ahora bien, aún la eventual existencia de alguna duda sobre cuál de las hipótesis alternativas es la ajustada a lo acontecido no impone la



exclusión de la atribución de responsabilidad por la forma agravada del homicidio del art. 80, inc. 7, CP, cuando, como en el caso, alguna de esas dos hipótesis es necesariamente la correcta, y no cabe la posibilidad de considerar una hipótesis distinta que no cayese bajo el supuesto de hecho de esa forma agravada del homicidio. Sólo si hubiese duda razonable acerca de la posibilidad de una hipótesis distinta que excluiría su aplicación, entonces el principio *in dubio pro reo* conduciría, de modo residual, a la consideración de otros supuestos de homicidio.

En doctrina se aborda el problema que señalo bajo el rótulo de determinación alternativa del hecho. Así se expone que “*existen supuestos en los que a la convicción del juez le consta que el acusado, caso de no haber cometido el delito que se le reprocha y en virtud de ello poder ser absuelto por el principio ‘in dubio pro reo’, debió haber cometido necesariamente otro hecho cuya comprobación, no obstante, únicamente puede ser realizada alternativamente [...]*” (Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5º edición, Comares, Granada, 2002, páginas 153/155). Describe este autor que “[u]n caso especial de la determinación alternativa viene constituido por la ‘pura alternatividad de los hechos’: *en verdad, aquí queda claro cuál es la norma penal aplicable pero no la acción a través de la cual el autor ha infringido aquella.*” (*ibídem*, p. 155), supuesto que se designa como elección alternativa en sentido impropio *-unechte Wahlfeststellung-* por oposición a la propia que consiste en la elección alternativa entre dos disposiciones que no pueden ser objeto de infracción al mismo tiempo (Lackner, Karl /Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22a. Edic., Beck, Munich, 1997, § 1, nro. 9), o también alternatividad fáctica *-Tatsachenalternativität-* frente a alternatividad de tipos penales *-Tatbestandsalternativität-* respectivamente (Schönke, Adolf / Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23a. Edic. actualizada





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

por Lenckner, Theodor / Eser, Albin / Cramer, Peter / Stree, Walter, Munich, 1988, § 1, nro. 58). Existe acuerdo que entre las primeras se incluyen los casos de ejecución de un mismo injusto bajo diferentes modalidades de acción, y los casos de diversas circunstancias de calificación con igual contenido de injusto (*ibídem*, § 1, nro. 61).

En la primera descripción como elección alternativa propia encuadra la determinación alternativa que ha hecho el tribunal de juicio y que ataca el recurrente.

Una vez agotados regularmente los presupuestos que habilitaban a los jueces para dictar una sentencia, considerando desde todos los puntos de vista posibles la acusación penal, la prohibición “*non liquet*” les impide excusarse de dar una respuesta a la petición de condena, pues el proceso penal no puede quedar sin solución una vez cumplidas válidamente sus etapas. Se sostiene así que la determinación alternativa no es una infracción sino “*una excepción necesaria al principio ‘in dubio pro reo’ anclada en motivos político-criminales que en verdad rige para aquellos casos en los que las distintas posibilidades están situadas en una relación de alternatividad y no en una relación gradual del más o menos [...]*” (*ibídem*, p. 155).

Desde una posición más rigurosa, se contesta que “*no podría permitirse la determinación alternativa ni siquiera tratándose de formas de expresión equivalentes del mismo tipo penal; porque también, en este caso, es imposible indicar ‘los hechos que se consideran probados’ [...] sobre los cuales debe descansar la condena.*” (Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz, *Derecho Penal Parte general*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, vol. 1, páginas 164 y sgtes.). Sin embargo, estos autores luego se hacen cargo de las potenciales críticas y admiten que “*la absolución tendría que herir el sentimiento de justicia de la sociedad, si queda en claro que con seguridad, el autor es culpable y que lo que no se sabe es sólo el tipo penal que se ha cumplido.*” Terminan entonces admitiendo la posibilidad de la



determinación alternativa, precisamente para casos como el presente, o sea en “*aquellos actos con un contenido de ilícito esencialmente equivalente, ‘circunstancias de hecho comparables desde la perspectiva ético-jurídica y psicológica’*” (ibídem; sobre esto, más referencias en Schönke-Schröder, cit., § 1, nro. 65).

Desde el punto de vista procesal, y como resguardo frente al peligro de infracción al principio *in dubio pro reo* se exige que en cada caso se trate de una “alternatividad *exclusiva* entre los supuestos fácticos que entran en consideración”, donde “*exclusiva* significa que se descartan otras posibilidades (impunes o reductoras de la punibilidad)” (Schönke-Schröder, cit., § 1, nro. 85), porque de lo contrario, si existiese una posibilidad razonable de que la prueba indique hacia un supuesto fáctico que acarrea la impunidad o una punibilidad más leve, la determinación alternativa del hecho sería contraria al principio *in dubio pro reo* (Sala 1, causa n° 6516/2012, “Gómez, Norberto Raúl”, sent. de 30/10/2018, reg. n° 1381/2018).

Ahora bien, observo que al cabo del debate, la Fiscal General había sostenido que “el motivo determinante es, precisamente no haber podido conseguir el fin propuesto de la sustracción que pensaban realizar en ese momento, y como lo señala la misma figura en la jurisprudencia no necesita la reflexión de los imputados sino su decisión. En cuanto a la coautoría no tengo duda de la intervención y el co-dominio funcional de todos. Indudablemente cada uno cumple una función, uno dispara, otro maneja para permitir escaparse del lugar, pero el dolo homicida está presente en este grupo que precisamente se observa de la manera en que fue cometido el hecho y de la cantidad de disparos y de la forma en que fueron producidos” (acta del debate, fs. 3386/3391).

A su vez el tribunal oral en la sentencia, de entre todas las alternativas posibles de ejecución del homicidio *criminis causae* se ha concluido que los ladrones “mataron para huir”, que “la frustración y





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

despecho experimentados al intentar el robo y la búsqueda de impunidad, han actuado como motivos determinantes del homicidio, sin necesidad de reclamárseles premeditación o pre ordenación en dicho accionar”.

En el recurso de casación, el Defensor Público de Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar acusa defecto de congruencia entre la imputación que constituyó materia de acusación y la que finalmente se atribuyó a sus defendidos. Alega que el *a quo* ha introducido de manera sorpresiva una circunstancia agravante del homicidio por la que no había mediado acusación, esto es, el haber matado a otro “para procurar la impunidad para sí o para otro”. Llegado a este punto, he de concordar con el juez Días en cuanto sostiene que las defensas no han logrado conmover la sentencia en punto a que los ladrones desataron su balacera al ver que el policía Ghiglione frustraba de modo inminente el plan de robo. Ello deja sin sustancia al agravio de incongruencia que alega la defensa.

A mayor abundamiento señalo que, por las razones desarrolladas en los párrafos precedentes, es también inoficioso abordar la alegación de incongruencia entre la acusación y la sentencia, pues los argumentos que presentan las defensas dirigidos a cuestionar que los ladrones hubiesen realizado los disparos mortales por no haber logrado su propósito, consisten en que “se defendieron” de la reacción defensiva del policía y en que de ese modo, frustrado el robo se retiraron, es decir, su tesis conduciría a que respondieron con fuego para lograr su impunidad frente al robo frustrado. Como se expuso más arriba, la línea argumentativa de la defensa no conduce a excluir la aplicación del art. 80, inc. 7, CP, ni a demostrar el supuesto de hecho de aplicación del art. 165 CP, sino que conduce a la aplicación de otra de las alternativas de la primera de esas disposiciones.

El hecho fue calificado como homicidio *criminis causae* a tenor del art. 80, inc. 7, CP, y atribuido a Sebastián Alejandro Guerra,



Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar a título de coautores. En la sentencia, de todas las formas alternativas de agravación comprendidas en esa disposición se les atribuyó haber obrado “para procurar la impunidad para sí o para otro y por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito, reiterado en dos oportunidades, una de ellas en grado de tentativa” (SIC).

6. El Defensor Público de Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar alega también, subsidiariamente, que no se habría acreditado ninguno de los modos alternativos del supuesto de hecho de agravación del art. 80, inc. 7, CP; aduce además que no podrían concurrir al mismo tiempo el homicidio con ánimo de lograr la impunidad y el homicidio por no haber logrado el fin propuesto, afirmando que se trata de “dos ultraintenciones específicas” y “bien diferenciables” entre sí. Postula que “la resolución no determina con certeza ese despecho o resentimiento que exige el tipo penal en análisis” y propone que “desde el momento en que Ghiglione empuña su arma y apunta, la dinámica del hecho se modifica sustancialmente, deviniendo -por las características del hecho en análisis- inaplicable la figura del *criminis causae*”. En función de ello plantea la concurrencia de un supuesto de “violencia defensiva” fundado en que la sentencia reconoce que “Guerra se sintió amenazado al ver a Ghiglione armado ya que *“empuñó instintivamente su pistola reglamentaria para defenderse”* y se comprobó “la existencia de seis (6) disparos, a través del parabrisas, con incidencia desde el interior hacia el exterior del vehículo”.

Pretende en suma que es inaplicable al caso la figura del art. 80, inc. 7, CP, y postula la aplicación de la “figura más benigna” del art. 165, CP.

Ahora bien, la Defensa Pública no discute que el hecho de matar a otro “por no haber logrado (el autor) el fin propuesto al intentar otro delito” se satisfaga con la demostración de que éste mató guiado por un





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

sentimiento de desprecio, resentimiento o frustración. En efecto, la recurrente no controvierte la interpretación que en este sentido ha hecho en la sentencia el Tribunal Oral de Menores, por lo que -en principio- ninguna consideración cabe efectuar sobre esta interpretación dogmática, sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante sobre los supuestos de hecho alternativos del art. 80, inc. 7, y sobre su confrontación con el art. 165, CP.

En rigor, lo que se plantea es que no se han acreditado los elementos del supuesto de hecho de la agravación, al tiempo que propone otra interpretación de los hechos del caso. Aduce que los disparos dirigidos a los dos policías serían calificables como “violencia defensiva” que descartaría la aplicación de la agravante del homicidio *criminis causae*.

Esta tesis posee puntos de encuentro con la que sostiene por su parte el defensor de elección de Sebastián Alejandro Guerra, quien señala que los imputados “fueron con el *dolo de robar* y el propio relato de Ghiglione otorga la señal que estaba armado y frente a esa impronta adversarial de un eventual cruce de fuego, los perpetradores se vieron amenazados y *accidentalmente* responden ante semejante evidencia desafiante” y se pregunta “[¿]quién quiere ir detenido frente a esta situación delictual?”. Reafirma su tesis de que los imputados dispararon por encontrarse frente a un “cruce posible de fuego”, con la consideración adicional de que “la ineficiencia del Sr. Ghiglione lo [llevó] a tener la lamentable desgracia de perder la vida de su compañera, ante un robo real y actual”. Sobre esa base, y con citas de doctrina sobre las diferencias dogmáticas existentes entre la figura del art. 80, inc. 7, CP y la del art. 165, CP cuya aplicación al caso no explica, concluye solicitando que “por aplicación del *in dubio pro reo* [se] revoque la calificación legal adoptada por la prescripta en el art. 165, [CP]” (SIC).



A diferencia de la Defensa Pública, el defensor particular de Sebastián Alejandro Guerra no ofrece ninguna refutación de la calificación del hecho como un homicidio agravado por no haber logrado su asistido el fin propuesto –esto es, la ejecución de un robo-. En cambio, se limita a intentar controvertir que, sobre la base de la prueba producida en el debate, se pueda tener por cierto que su asistido mató a la víctima para procurar su impunidad.

En efecto, al momento de ampliar los fundamentos del recurso de casación, el defensor de Sebastián Alejandro Guerra plantea la existencia de un cuadro de duda respecto de la acreditación de que su asistido mató a Ghiglione para procurar su impunidad por la existencia de “otros indicios (...) que no acompañan tal hipótesis”. En ese orden releva que -de haber sido esa la intención de Guerra- “lógico es pensar que se hubiera tomado tiempo para matar a ambos y no dejar testigos que lo pudieran identificar”; y que “[t]ampoco consta que el imputado haya intentado causarles daño a las otras víctimas con el objeto de lograr su impunidad eliminando a los testigos que llevaría a su individualización”.

Concluye entonces que “frente a la reacción de la víctima (empuñar su arma y apuntar hacia el agresor) intentó mantener el control de la situación perdida, y finalmente, ante la inminencia de un disparo de Ghiglione, decide disparar dejando en su camino mucho más que las huellas que resultarían necesarias para identificarlo como el autor del crimen o testigos, desinteresándose así de seguir con el robo”.

Por todos esos fundamentos concurre al pedido de la Defensa Pública de que -por aplicación del art. 3, CPPN- se califique al hecho n° 5 de la imputación como constitutivo de robo con homicidio a tenor del art. 165, CP.

6.a. Al abordar el motivo de agravio comienzo por señalar un serio defecto argumental de los dos defensores que postulan que ha de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

aplicarse el art. 165, CP, pero no ofrecen ninguna argumentación razonada sobre el sentido y alcance de esta disposición que pena con prisión de diez a veinticinco años al autor de un robo “si con motivo u ocasión del robo *resultare* un homicidio”. En su pretensión el vacío argumental es evidente, porque no niegan expresamente el alcance que el *a quo* ha dado al art. 80, inc. 7, CP, sino que disputan que esté probado el nexo psicológico que funda la agravante, sin embargo, no explican cuáles serían los elementos del supuesto de hecho del art. 165, CP, que deberían darse por probados, lo que presupone explicar ese supuesto de hecho agravado.

6.b. Es adecuado comenzar por ciertos aspectos del supuesto de hecho del art. 80, inc. 7, CP, que declara que se aplica prisión o reclusión perpetuas al que matare: “Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”.

Se trata de un supuesto de agravación de los homicidios dolosos del art. 79, CP, que se conecta subjetivamente con otro delito, que puede ejecutarse tanto en el momento de la preparación del otro delito, tanto durante su ejecución, o incluso después de su frustración, consumación o agotamiento. En el término “otro delito” se comprenden -entre otros- los homicidios conectados con un robo, pero mientras que en el supuesto del art. 165, CP, se trata de la muerte que *resulta con motivo u ocasión del robo*, lo que presupone que el robo ha tenido comienzo de ejecución y comprende todas las muertes hasta al menos la consumación del robo; en el supuesto de la primera disposición se comprenden los homicidios cometidos antes del comienzo de ejecución, y también los cometidos después de su frustración, consumación o agotamiento. Esta distinción no requiere en la especie de explicaciones más exhaustivas porque en el presente caso el homicidio se dice cometido durante la ejecución del robo.



Evoco también que antes de ahora he expuesto en punto a la tipicidad subjetiva de la figura del homicidio agravado del art. 80, inc. 7, CP, que lo relevante no es si se trata de algo premeditado o espontáneo -como parece señalar el defensor de Guerra en su recurso- sino determinar si, en el momento de realizar la acción idónea para matar, el agente toma la resolución de realizarla con la finalidad de facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad, o si lo hace por no haber logrado el fin propuesto (confr. mis intervenciones como juez subrogante de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en causa n° 5122, “*Vera, Ángel Rubén*”, sent. de 26/06/2008, reg. n° 12.016; y en causa n° 11.269, “*De Agustini Irán*”, sent. de 12/07/2011, reg. n° 18.919).

Como expuse en esas decisiones, y reitero aquí, también quedan atrapados por el art. 80, inc. 7, CP, los casos que con originalidad la defensa califica de “violencia defensiva”. Por cierto, también la violencia empleada por primera vez por el ladrón recién cuando la víctima intenta defenderse, es una violencia que constituye el supuesto de hecho del robo. Pues el art. 164, CP comprende indistintamente la violencia que “tenga lugar antes del robo para facilitar, en el acto de cometerlo o después de cometido para lograr la impunidad”. Aquí es indistinto si la violencia constituye en sí misma el comienzo de ejecución del robo, o el medio empleado por primera vez por el ladrón cuando el sujeto pasivo intenta defenderse.

Ahora, si la violencia elegida por el autor del robo consiste en matar para preparar, facilitar, consumir u ocultar un robo, o en matar para asegurar los resultados del robo, o en matar para procurar la impunidad del robo, o en matar “por no haber logrado el fin propuesto al intentar el robo”, entonces el delito no es un robo, ni un robo del que resulta un homicidio, sino un homicidio conectado con la preparación, la ejecución o el ocultamiento o impunidad de un robo.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

El argumento de la violencia homicida “defensiva” es irrelevante en el marco del art. 80, inc. 7, CP, porque éste no excluye los casos en los que se mata porque la víctima se defiende. Se afirma en la doctrina que “El hecho debe estar impelido por el fracaso [...] No se trata de venganza [...] sino de resentimiento, de despecho por el fracaso, tanto si éste se deriva de la propia torpeza como de la resistencia que la víctima opuso [...]” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 3ª edic., TEA, Buenos Aires 1970, Tomo III, p. 45).

Más aún, emplear un arma de fuego es una decisión de elección racional de medios sobre la base de la experiencia de que muchas víctimas intentan resistir el robo y defenderse. Si el agente decide emplear el arma disparando con riesgo para la vida de la víctima, porque ésta se defiende, la agravante aplica en tanto se pueda demostrar que se decidió matar sea para ejecutar el robo o asegurar su consumación, sea para lograr la impunidad, sea porque no se ha logrado el fin propuesto.

El art. 80, inc. 7, CP, enuncia agravantes de modo alternativo. No es aquí sin embargo necesario, porque no está comprendido entre las hipótesis de la acusación, examinar los supuestos de agravación del homicidio “para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados”, pues en la sentencia sólo han estado en juego las hipótesis de agravación del homicidio y la tentativa de homicidio cometidos “para [...] procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”.

La Defensa de Sotelo y Baltazar afirma que no es posible la concurrencia de dos supuestos de agravación, sin embargo no ofrece ninguna explicación razonada de esa afirmación. Desde el punto de vista psíquico, es siempre posible que el agente mate por más de una finalidad, por ejemplo, para consumir el delito y también la impunidad, o por haberse frustrado el hecho y también asegurar la impunidad.



Todos los supuestos de hecho del art. 80, inc. 7, CP, no son sino casos especiales del art. 79, CP, por lo cual, se trata siempre de un homicidio doloso. Se predica en general que junto con el dolo, el inc. 7 requiere especiales elementos subjetivos consistentes en un nexo psicológico con cierto ánimo o finalidades que no se confunden con el dolo.

En general se suele afirmar que se trata de elementos subjetivos del tipo o ultrafinalidades, que excluyen la posibilidad de un homicidio agravado por dolo eventual, porque las ultrafinalidades presupondrían un dolo directo (confr. p. ej., Núñez, Ricardo, *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Omeba, Buenos Aires 1961, tomo III, p. 55, Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999, tomo I, p. 51).

No basta sin embargo con la concurrencia del homicidio con otro delito, pues, según se predica, se exige una conexión de motivo o finalidad y “esta conexión no debe identificarse con una simple simultaneidad, pues la agravante no se refiere al hecho objetivo del concurso del homicidio con otra infracción. Ello implicaría crear una sanción especial para un simple caso de concurso de delitos. La particularidad de esta conexión es su aspecto subjetivo. Por eso la figura no es aplicable si en la conciencia del autor, en el momento del hecho, no estuvo presente el específico motivo enunciado en la norma” (D'Alessio, Andrés José / Divito, Mauro, *Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado*, 2ª. ed. La Ley, Buenos Aires 2009, Tomo II, p. 26, se remonta a Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 3ª. edic., TEA, Buenos Aires 1970, Tomo III, ps. 41/42)

Esta tesis sin embargo está puesta en cuestión por cierta doctrina que predica que “esta interpretación confunde el fin con el que se realiza el homicidio, con el dolo con que se realiza el mismo”. Se argumenta que “el fin, por ejemplo, de facilitar la comisión, es una finalidad que tiene una estructura similar al dolo directo recortado de su





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

referencia objetiva (no importa si ese fin se logra o no), el dolo de matar puede variar en su contenido siempre que se encuentre cubierto por el fin exigido por el tipo penal. *Cualquier dolo es apto para las exigencias de este tipo objetivo*, que no varía de lo exigido en relación con el tipo de homicidio simple, pero la complejidad del tipo subjetivo necesita del especial elemento relativo a la finalidad específica distinta del dolo”. (Villar, Mario, en Baigún, David / Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª. edic. Hammurabi, Buenos Aires 2007, tomo 3, p. 277). Se afirma no ha de confundirse el dolo con la finalidad señalando que la preposición “para” no refiere al dolo sino al especial elemento subjetivo o en otros términos “que la conducta del autor de matar se ejecute con esa finalidad, sin excluir que con una conducta el autor comprenda diversas alternativas, entre las cuales una o más le sirvan para lograr su impunidad [...] La conclusión preliminar relativa a este tópico puede formularse de la siguiente forma: si entre los riesgos propios de su conducta, por ejemplo, dirigida a lograr la impunidad, se encuentra un riesgo para la vida que se concreta en el resultado y éste es abarcado por el dolo, cualquiera sea la especie de dolo de que se trate, es suficiente para considerar esa conducta típica enmarcada en esta forma agravada de homicidio” (Villar, *op. y loc cit.*, p. 281). Sin embargo, esta crítica no es aceptable, porque no es aceptable el resultado al que conduce. Al extender la aplicación del art. 80, inc. 7, CP, a cualquier homicidio por dolo eventual, se trastoca el sentido a la agravante, porque no se pena con la pena más grave a quien “matarse” a otro, para lograr la impunidad, sino a quien para lograr la impunidad voluntariamente cree un riesgo para la vida, y se lo represente. Por lo demás, tampoco ofrece una explicación coherente en referencia a otros supuestos de conexión final, tales como matar para consumir otro delito, o para ocultarlo, o por no haber logrado el fin propuesto. En cualquier caso, no es necesario en la especie poner a prueba esta tesis,



porque según la sentencia, el imputado Guerra, y los demás partícipes que dispararon contra los policías que estaban en el automóvil obraron con dolo directo de homicidio.

Un problema especial se presenta cuando se trata de la ejecución conjunta de un delito entre varios partícipes, y se comete el homicidio “para” consumarlo u ocultarlo, o para asegurar sus resultados, o “para procurar la impunidad” o “por no haber logrado el fin propuesto al intentarlo”.

Por definición en la coautoría todos los autores toman parte en la realización de los elementos objetivos del tipo, y también su dolo abarca todos esos elementos objetivos. Ahora, puesto que por definición la conexión final o de motivos del art. 80, inc. 7, CP, no se identifica con el dolo, se plantea la cuestión acerca de cómo todos los autores, y en su caso los partícipes que no son autores son alcanzados por la agravante.

La cuestión no aparece problemática cuando se trata de matar para preparar, facilitar o consumir otro delito, o para asegurar sus resultados, o para lograr la impunidad cuando el acuerdo para cometer un homicidio con alguna de esas finalidades ya estaba comprendido en el plan de los autores o partícipes en la etapa previa de la preparación del otro delito. Tampoco es problemática cuando los que toman parte en la ejecución del otro delito, durante su ejecución, por actos expresos, o concluyentes realizan aportes para matar a otro con alguna de esas finalidades. Más dificultoso es decidir los casos en los cuales quienes toman parte en la ejecución del delito no realizan aportes para matar a otro, y algunos de los coautores matan a otro sea por alguna de esas finalidades, sea por no haber logrado el fin propuesto. Pues la coautoría en el otro delito -por ejemplo en un robo con armas de fuego- permite bajo ciertas condiciones atribuir coautoría en el homicidio que resultare con motivo u ocasión del robo aunque la muerte no se produzca de propia mano, sin embargo, es problemático sostener que también





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

permite atribuir coautoría en un homicidio agravado según el art. 80, inc. 7, CP.

El problema surge de la falta de claridad en la explicación de la ubicación sistemática de las finalidades o motivos de esa disposición.

El art. 48, CP, declara que “Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al *autor* o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo en el caso en que fueran *conocidas* por el partícipe”. Se explica que “La expresión *participación criminal* se emplea en la rúbrica del código en sentido amplio, es decir, de intervención de pluralidad de personas en el hecho (indica a los *participantes* y no sólo a los *partícipes* en sentido estricto). Es evidente que no se refiere a los partícipes *stricto sensu*, sino a los participantes *lato sensu*, porque *los que tomasen parte en la ejecución* son autores [...] y están considerados bajo esa rúbrica” (Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª. edic. EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 755).

El art. 48, CP, sin embargo, no se refiere a motivos o finalidades que agravan la pena, sino a “relaciones, circunstancias y calidades personales” que tienen por efecto agravar la penalidad, que influyen en la pena cuando “fueran *conocidas* por el partícipe”. Esto plantea dos problemas: a) si las finalidades o motivos son “relaciones, circunstancias o calidades personales”, en el sentido del art. 48, CP; b) en caso afirmativo, por qué razón un elemento de finalidad o de ánimo se suplen por un elemento de “conocimiento” para la aplicación de las circunstancias de agravación.

En cuanto a la primera cuestión, la del obrar con la finalidad de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o el obrar para asegurar sus resultados, o el obrar para procurar la impunidad para sí o



para otro, o el obrar por no haber alcanzado el fin propuesto al intentar otro delito; no son ni una relación personal con otros, ni una calidad personal, ni una circunstancia de la persona, sino un elemento final en el plan del agente. El coautor o partícipe pueden conocer las relaciones, circunstancias o calidades personales de un autor, y ser responsabilizados más gravemente por cooperar al hecho del autor conociendo esas circunstancias, calidades o relaciones.

Ahora, cuando se trata de finalidades o elementos de ánimo, la atribución de coautoría o participación en el hecho no se resuelve fácilmente con las reglas generales de co-dominio del hecho en el caso de la coautoría, o de accesoriedad en el caso de la participación, porque en general esas reglas refieren a la cooperación en el mismo injusto típico, o a la accesoriedad del injusto típico realizado por el autor.

De modo que sólo si se define que las finalidades especiales o motivos de los supuestos de agravación enunciados en el art. 80, inc. 7, CP, constituyen elementos subjetivos del tipo, puede entonces entrar en consideración la posibilidad de aplicación de la agravante a todos los coautores o la extensión a los partícipes que conocen que el autor realiza ese elemento del tipo.

Sin embargo, la ordenación como elemento subjetivo del tipo es altamente disputable. El problema no parece haber suscitado la atención de la doctrina local, que no asigna la agravante al injusto, sino más bien a la reprochabilidad. Así se sostiene que “La particular odiosidad del hecho deriva de que el supremo bien de la vida es rebajado por el criminal hasta el punto de servirse de ella para otra finalidad. Su psiquismo tiende directamente a otra cosa distinta para cuyo logro la muerte -a la cual la acción *también* se dirige- aparece para él como un medio necesario o simplemente conveniente o favorable” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 3ª. edic., TEA, Buenos Aires 1970, Tomo III, p. 42). También que “El fundamento de la agravante radica en la mayor criminalidad del ánimo homicida que se vislumbra





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

en la acción del agente” (D'Alessio, Andrés José / Divito, Mauro, *Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado*, 2ª. ed. La Ley, Buenos Aires 2009, Tomo II, p. 25).

A este respecto, la afirmación de que en el inc. 7, del art. 80, CP, se trata de elementos subjetivos del tipo distinto del dolo (D'Alessio, Andrés José / Divito, Mauro, *Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado*, 2ª. ed. La Ley, Buenos Aires 2009, Tomo II, p. 27), nada dice todavía sobre las consecuencias que se extraen para su comunicación a los coautores y los partícipes.

El problema lo insinúan ciertos comentaristas, pero no ofrece una respuesta para el derecho argentino en tanto señala que “Se trata de [...] formas de expresar especiales elementos subjetivos del tipo (con cita de Stratenwerth) [...] los especiales elementos subjetivos se distinguen del dolo en que éste se define por su referencia a las circunstancias objetivas del hecho, mientras que los primeros no tienen una contrapartida en el tipo objetivo”. A continuación evoca que “La discusión acerca de estos elementos se dio en torno a la relación entre los tipos penales contenidos en los §§ 211 y 212 del Cód Penal Alemán. Para algunos autores se trataba de causas tipificadas de aumento de la culpabilidad, en cambio, otros veían en ellos circunstancias fundamentadoras de la pena y que su ausencia atenúa la pena en el § 212; sin embargo ha predominado la idea de que se trata de elementos subjetivos del injusto” (Villar, op. y loc cit., p. 276).

El comentario suscita el interés por visitar la discusión en la doctrina extranjera, que ha examinado la cuestión en torno a la participación y la accesoriadad del hecho del autor.

Más allá de ciertas distinciones de detalle, se concuerda en que la participación no lleva en sí misma el contenido del injusto, sino que lo toma del favorecimiento del hecho ajeno. Por ello la accesoriadad -aún limitada- no restringe el contenido del injusto del hecho principal. Se



advierte no obstante que “una rígida regulación de la accesoriedad, que extendiera sin más a todos los intervinientes cada uno de los elementos del injusto que cualificase o privilegiase al hecho principal, resultaría injusta, porque cabe que el factor que altera la punibilidad se halle tan unido a la persona que sólo pueda perjudicar o beneficiar a aquél en quien realmente concurra. De allí se sigue el criterio, según el cual los elementos personales especiales que agravan, o en su caso, atenúan la pena en la elección del tipo aplicable sólo han de apreciarse en el autor o partícipe en el que concurren” (Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducc. de la 4ª. edic. alemana, Comares, Granada, 1993, p. 598, nro. 4). Se propone así distinguir entre los elementos personales referidos al hecho y los referidos al autor: así en el asesinato (homicidio calificado) la alevosía pertenece al primer grupo, y los motivos y la intención de ocultar otro delito al segundo. Los segundos, no estarían alcanzados por la accesoriedad, y estarían excluidos respecto de los partícipes en los que los motivos o la intención no concurren.

Desde otra perspectiva, se afirma que los elementos del “tipo de culpabilidad” y en especial los elementos de la actitud interna se distinguen de los elementos personales especiales regulados por las reglas de accesoriedad, porque la culpabilidad es independiente en las formas de intervención (Jescheck, op. cit., p. 600, nro. 4, letra c). Se observa no obstante que “En cualquier caso la distinción carece de interés para los elementos del tipo de culpabilidad que modifican la pena porque en todo caso, se excluye la accesoriedad” (*ibídem*), de donde “el principio de independencia de la culpabilidad significa que a cada uno de los diferentes intervinientes sólo se le castiga por su propia culpabilidad” (*ibídem*. p. 601).

Stratenwerth recoge la distinción de elementos personales referidos al hecho y elementos personales referidos al autor, y toma nota de la opinión según la cual “la intención de ocultar otro hecho





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

punible” sería un elemento personal sólo referido al autor que no alcanza al partícipe si no concurre también en él, aunque la aborda críticamente. Propone 1) que los elementos subjetivos del ilícito nunca deberían ser considerados como elementos personales especiales, 2) no todos los elementos subjetivos del tipo atañen al ilícito (injusto), pero en tanto afecten la culpabilidad se aplica la regla que excluye la accesoriedad (Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte General I*, traducc. de la 4^a. edic. alemana, Hammurabi, Buenos Aires 2005, § 12, nros. 195, 196).

En cuanto a la existencia de los elementos típicos personales se discute si ha de verse una infracción de la accesoriedad en el ámbito del injusto. Y se predica que el art. 28, inc. 2, StGB sería aplicable a los elementos especiales de culpabilidad modificatorios de la punibilidad y el 29 sólo a los elementos fundantes de ella. Estas opiniones desconocen que los §§ 26 y 27 no exigen accesoriedad en el ámbito de la culpabilidad, aunque la existencia de elementos especiales de la culpabilidad es discutida porque una doble correspondencia entre ilícito y culpabilidad no sería posible.

Según Maurach la referencia a cualidades, relaciones o circunstancias en el § 28 comprende “circunstancias temporales” como la actuación con ánimo de asesino, codicia o bien con móviles bajos del § 211 (Maurach, Reinhart / Gössel, Karl-Heinz / Zipf, Heinz, *Derecho Penal, Parte General*, traducc. de la 7^a. edic. alemana, Astrea, Buenos Aires, 1995, vol. 2, § 53, nro. 146). Este autor sigue la distinción entre elementos personales especiales que sirven en general a la caracterización especial del hecho y elementos personales especiales que se relacionan con el autor y postula que se aplica la accesoriedad en los elementos personales especiales que caracterizan de forma especial la respectiva lesión al bien jurídico (nros. 152 y 154). Así, están vinculadas a la personalidad y por ello son cualidades especiales, en el sentido del § 28 el dar muerte con ánimo asesino, por codicia, por



móviles bajos, por satisfacción del instinto o para la ocultación de un hecho punible distinto, en tanto los elementos de alevosía, crueldad y medios peligrosos de la forma de comisión están referidos al tipo (*ibídem*, nro. 158).

Señala a su vez Roxin que sólo cabe hablar de accesoriedad cuando el autor ha realizado el supuesto de hecho objetivo y subjetivo del tipo; mientras que cada partícipe responde según su culpabilidad. A partir de ello expone que “Un elemento subjetivo puede caracterizar el tipo delictual al referirse al bien jurídico protegido, pero también puede cooperar a determinar el tipo delictivo caracterizando el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto. En cambio, cuando un elemento no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquél (y agravantes por regla general), se trata de elementos de la culpabilidad” (Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, traducc. de la 2ª. edic. alemana, Civitas, Madrid, 1997, Tomo I, § 10, nro. 71). En el primer grupo aparecen relevantes el modo y forma de la agresión al bien jurídico, en el segundo no. Así se expresa que en el asesinato la “codicia” y cualquier otro móvil abyecto (en el § 211 StGB), es un elemento de la culpabilidad. También pertenecen a la culpabilidad los elementos del asesinato para posibilitar u ocultar otro delito, ya que el “otro delito” está fuera del *typus delictivo* del aniquilamiento de vida ajena, por lo que la intención dirigida a ese fin no aumenta el injusto sino la culpabilidad (*ibídem*, nros. 73 y 74).

El breve repaso de la discusión en el derecho y la doctrina alemanas sobre los difusos límites entre elementos subjetivos del tipo y elementos de la culpabilidad, y las dificultades de ordenación de elementos subjetivos que fundamentan el injusto y elementos subjetivos que agravan la culpabilidad ofrece elementos argumentales para abordar el problema que presenta el art. 80, inc. 7, CP, cuando se trata de definir su aplicación en la coautoría y en la participación.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

A este respecto su valor es meramente discursivo y argumental, y no estrictamente dogmático, porque las categorías de autoría y participación del derecho alemán no son idénticas a las de los arts. 45 y 46, CP, porque la regla del art. 48, CP, no es comparable a la de los arts. 26 a 29, StGB. En cambio, se aprecia pareja dificultad en definir el concepto de circunstancias, calidades y relaciones personales, y su vinculación con el injusto o la culpabilidad.

Hechas las salvedades, puede afirmarse lo siguiente: a) el autor o partícipes que conocen las calidades, relaciones o circunstancias personales que fundamentan el injusto, o que lo agravan, sufren la pena aumentada según el art. 48, CP; b) si se trata de un ánimo o motivo que no fundamentan el injusto, ni lo agravan, sino que sólo son tenidos en cuenta por la ley para aumentar el reproche de culpabilidad, la escala penal agravada sólo se aplica al autor o cooperador en el que concurren el ánimo o motivo.

En lo que interesa a este caso, el matar por no haber logrado el fin propuesto al intentar el robo, o el matar para lograr la impunidad del robo, no definen el injusto del homicidio, ni agravan el injusto, porque nada modifican en lo objetivo, y sólo fundamentan una pena aumentada en función de la mayor reprochabilidad de la finalidad o móvil. De modo que sólo quienes matan con esa finalidad o móvil, o quienes con esa finalidad o móvil dan cooperación a matar, caen bajo el supuesto de la figura del art. 80, inc. 7, CP. En los demás casos en los que se coopera a un robo sin que la finalidad o móvil de matar guíen esa cooperación, será aplicable al coautor o partícipe el art. 165, CP, si con motivo u ocasión del robo “resultare un homicidio”. Aplicando la misma ratio, sólo quienes comienzan la ejecución de un homicidio con esa finalidad o móvil y no lo consuman, o quienes con esa finalidad o móvil dan cooperación a matar, caen bajo el supuesto del art. 80, inc. 7, CP. En los casos en los que se coopera a un robo sin que la finalidad o móvil de matar guíen esa cooperación, y el autor intentase un homicidio



y no lo consumase por circunstancias ajenas a su voluntad, no será aplicable al coautor o partícipe el art. 165, CP, pues con motivo u ocasión del robo no ha “resultado un homicidio”; se presenta en este supuesto un caso de concurso ideal entre el robo y el homicidio en grado de tentativa si en la ejecución del robo alguno de los coautores intentare un homicidio con las finalidades o motivos del art. 80, inc. 7, CP, y esa finalidad o motivo no concurriese en el coautor o partícipe.

Por estas razones, no puede compartirse la opinión de la doctrina que en el caso del art. 80, inc. 7, CP, admite la participación y propone la regla de la comunicabilidad según el conocimiento y el *dolo eventual* (SIC) Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 3^a. edic., TEA, Buenos Aires 1970, Tomo III, p 44.

Establecido el criterio de aplicación del art. 80, inc. 7, CP, a los coautores y partícipes del homicidio, se presentan necesarias ciertas aclaraciones sobre al art. 165, CP.

6.b.1. El art. 165, CP, conmina el robo con una pena aumentada “si con motivo u ocasión del robo *resultare* un homicidio”.

A modo introductorio señalo sintéticamente que en el marco del art. 79, CP, obra con dolo de homicidio quien realiza una acción que crea de modo voluntario un riesgo para la vida del sujeto pasivo, en la medida en que reconoce la posibilidad de que ese riesgo mortal se concrete. El elemento subjetivo de la figura legal básica se satisface aunque el sujeto no persiga causar la muerte, no obre por un móvil homicida, o no desee o busque directamente la muerte del afectado (cfr. mi voto como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa n° 8645, “*Gerbolés, Arturo Aníbal s/recurso de casación*”, rta. el 10/12/09, Reg. n° 15.667, y más recientemente en esta Cámara, Sala 1, causa n° 67556/2013, “*Monteros, Guillermo Alfredo*”, sent. de 27/09/2018, reg n° 1197/2018).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Evoco también que antes de ahora he desarrollado las razones por las que entiendo que salvo el caso de los homicidios cometidos para preparar, facilitar o asegurar los resultados de un robo, para procurar la impunidad para sí o para otro, o por no haberse logrado el fin propuesto al intentar otro delito, comprendidos en el art. 80, inc. 7, CP; caen bajo el supuesto del art. 165, CP, todos los demás casos en los que -en la ejecución de un robo- se comete un homicidio bajo formas dolosas no guiado por esa conexión final o causal, y los casos en los que con motivo u ocasión del robo resulta la muerte de modo doloso no guiado por aquel nexo, de modo preterintencional, o de la creación imprudente de un riesgo en la ejecución de un robo (*“Pérez Paredes, Andrés Alberto”*, sent. de 27/12/2017, reg. n° 1380/2017).

El art. 80, inc. 7, CP, pena un homicidio doloso agravado por la conexión subjetiva; el art. 165, CP, describe un delito complejo que pena un atentado violento contra la propiedad, y un “resultado” de homicidio que es objetivamente imputable a la violencia empleada en la ejecución del robo.

Antes de ahora he expuesto la concepción según la cual, cuando en ocasión de la ejecución del robo el ladrón emplea medios de fuerza o violencia que crean un riesgo no permitido para la vida de una persona, y de ese riesgo *resulta* una muerte, está satisfecho el supuesto de hecho típico del art. 165, CP. Evoco aquí los desarrollos que he expuesto antes de ahora sobre el art. 165, CP, en cuyo supuesto de hecho están comprendidos homicidios dolosos, así como las muertes que resultan de una conducta imprudente del ladrón, que no obra con dolo de matar a la víctima del robo (confr. mi intervención como juez subrogante de la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 5066, *“Gómez, Claudio Marcelo”*, sent. de 03/07/2008, reg. n° 12.058).

Señalé que el legislador ha establecido una forma de agravación en el supuesto del resultado muerte con motivo o en ocasión de robo. Esto surge de los propios términos empleados por la ley, que al



construir el supuesto de hecho objetivo del art. 165, CP, ha prescindido de utilizar el verbo matar que se utiliza en el art. 79, CP, y ha empleado el verbo “*resultare* un homicidio”, lo que indica que el legislador no ha querido remitirse a las reglas generales del concurso de delitos y ha buscado crear un tipo complejo en el que la muerte producida involuntariamente, pero “resultante” del riesgo propio de la violencia del robo, también queda comprendida en la figura especial.

Esta forma de imputación más grave de la muerte presupone que el resultado “muerte”, no querido o no perseguido por el ladrón, le es atribuible porque es consecuencia del riesgo objetivo creado por el empleo de un determinado medio de ejecución o consumación que él eligió. Los riesgos que se derivan del modo de ejecución del robo elegido por el autor son riesgos no permitidos, y la ley hace cargo al agente de su concreción, de una forma más agravada que cuando el riesgo creado no proviene de la elección de los medios de ejecución de un robo.

También evoco la decisión a la que he concurrido en tiempo de integrar el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 de esta ciudad (causa n° 534, “*Sánchez, Diego Sebastián*”, sent. de 10/03/98) donde sostuve, en voto conjunto, que le es atribuible al agente el resultado muerte, no querido o no perseguido por él, pero que le es atribuible porque es consecuencia del riesgo objetivo creado por el empleo de un determinado medio de ejecución o consumación del robo, que él eligió. Así, el homicidio que “resulta” del riesgo creado ilícitamente, aun cuando en la descripción fáctica probada aparece como provocado por una acción no voluntariamente dirigida a causar la muerte ni una lesión que pudiera abarcarla por vía de dolo eventual ni de modo preterintencional, es subsumible como culposo, y le es también atribuible en los términos del art. 165, CP.

Es decir, tratándose de un homicidio en ocasión de robo, teniendo por probado que el robo ha sido doloso, y que no se presentan





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

satisfechos los supuestos de agravación del art. 80, inc. 7, CP, toda muerte producida sin la concurrencia de alguno de los elementos subjetivos de esta disposición, sea atribuible a título de dolo o de culpa o imprudencia queda abarcada por el art. 165, CP. Aquí el legislador ha dejado de lado la posibilidad de construir una escala penal compuesta por la de los arts. 166, y 79, CP, o en su caso 81 u 84, CP, al sancionar la figura compleja del art. 165, CP, que ha establecido un supuesto específico que pena distintos supuestos de la muerte de una persona que resulta con motivo o en ocasión de robo. Esto surge de los propios términos empleados por el legislador, que ha prescindido de utilizar el verbo matar al construir la figura del art. 165, CP, y ha empleado el verbo “resultare un homicidio”, al que cabe atribuir el alcance expuesto más arriba.

El art. 165, CP, comprende -por cierto- los casos de homicidios dolosos cometidos con motivo o en ocasión del robo, salvo los casos del art. 80, inc. 7, CP, en los cuales se mata a otro, sea para preparar, facilitar o consumir el robo, o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro, o cuando se mata por no haber logrado el fin propuesto al intentar el robo.

En la tarea de delimitar el alcance de una y otra disposición legal entiendo que ninguna indagación histórica de las distintas fuentes extranjeras de los arts. 165 y 80, inc. 7, CP, podría llevar a buen puerto, porque las consideraciones sobre su alcance en los respectivos códigos que fueron su inspiración -Código Penal español y Código Penal italiano, respectivamente- tienen eje sistemático y sus límites en el que cada una de ellas están insertas. En cambio, la coexistencia de ambas en el Código Penal argentino requiere independizarse de las fuentes y reconstruir el sistema de éste. En esta reconstrucción el lenguaje empleado tiene un peso relevante.

Desde esta perspectiva, las palabras de la ley son dirimentes, pues, el texto legal utiliza el verbo “resultare” un homicidio, de modo



que lo que agrava la escala penal es el “resultado” en la medida en que éste sea objetivamente imputable a la acción violenta del agente, y si se trata de la coautoría, imputable objetivamente a la ejecución del plan común. Por lo demás, el término “resultare un *homicidio*” no es un concepto normativo que comprenda sólo los casos de dolo directo y eventual, cuando no se presenta la conexión final del art. 80, inc. 7, CP, pues -en todo caso- la ley tampoco emplea el verbo “cometiere un homicidio” ni “matore a otro” como en la figura básica del art. 79, CP. Están comprendidos también, los casos en que el homicidio es objetivamente atribuible al riesgo creado por las violencias de la ejecución del robo.

Cuando con motivo u ocasión del robo *resulta* un homicidio, corresponde examinar dos supuestos. Si el agente mata para facilitar, consumir o asegurar el producto del robo o para lograr la impunidad no aplica el art. 165, CP. En cambio éste aplica si “*resulta* un homicidio con motivo u ocasión del robo”, esto es, en los casos en los que falta la conexión final con el robo, o falta el motivo de no haber logrado el fin de robo. También están comprendidos en el art. 165, CP, a los partícipes que prestan aporte al robo cuya ejecución crea un riesgo para la vida del sujeto pasivo, y resulta un homicidio sin conexión final con el robo, o sin compartir el motivo de no haber logrado el fin de robo.

6.c. Dicho esto, no encuentro fundado ningún motivo que justifique modificar la calificación legal de homicidio y homicidio en grado de tentativa, ambos agravados *criminis causae*, por el que viene condenado Sebastián Alejandro Guerra. Adhiero en este asunto a la respuesta que en este punto y respecto del nombrado viene propuesta por el juez Días.

6.d. Resta por último abordar los planteos traídos por el defensor público de Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar que alega errónea aplicación del art. 80, inc. 7, CP, en lo que concierne a la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

participación que la sentencia les ha atribuido con relación al hecho número 5.

No abordaré aquí las críticas que hace la defensa a la atribución de participación en este hecho, porque he adherido en lo sustancial a los razonamientos y conclusiones del juez Días, y me ceñiré a sus observaciones sobre la naturaleza de su participación y a la disposición legal declarada aplicable en la sentencia.

La defensa se ha referido a la declaración de Cristian Damián Sotelo, destacando que éste dijo: *“fui a robar no a matar a nadie”, “sí sabía que era policía no le hubiéramos robado”, “su participación en el hecho fue manejar”, “no bajé del auto, no tiré ni disparé”, “bajó su compañero y Matías, Papa y Lucas. Cuando el Ford Fiesta blanco cruza al Ford Fiesta gris escuchó un tiro, se agacha y ahí se inició el tiroteo. No sabe quien tiró”* (fs. 3561 del escrito del recurso, con remisión a fs. 3337).

El Defensor Público ha alegado que “nada ha podido establecer la sentencia sobre la concreta participación de [sus] asistidos” en el hecho identificado como número 5. Respecto de Nicolás Baltazar señaló que “la sentencia no logra adjudicarle ningún rol ni actividad concreta (...) ni siquiera ha podido establecer si conducía alguno de los vehículos, si se quedó dentro de alguno de los automóviles o si fue uno de los sujetos que disparó contra los damnificados”, determinación que, según el defensor “en atención a la figura legal escogida, deviene de vital importancia”. Opone también que en lo que concierne a Cristian Sotelo “la resolución padece igual déficit. En particular, considerando que Sotelo confesó que su participación en dicho suceso se limitó a conducir el vehículo, negando categóricamente haber descendido como así también haber disparado” (fs. 3568 vta./3569). Sobre esa base disputa que sea aplicable a los nombrados el art. 80, inc. 7, CP.

En primer término, observo que el *a quo* ha establecido fundadamente la atribución de coautoría a Nicolás Baltazar y Cristian



Sotelo en el robo emprendido contra los policías Gighlione y Campilongo. Ha dicho que “los encausados han de responder en carácter de coautores, por cuanto ha quedado demostrado con el devenir de los hechos que tenían un plan ordenado basado en el principio de división del trabajo”. Con cita de doctrina expuso que “la coautoría exige, simultáneamente con la voluntad de participación en el dominio colectivo del hecho, la voluntad del dominio común del hecho por la comunidad de personas. Ello requiere, en principio, un *plan y una resolución delictiva comunes* a todos los coautores que forman el ente colectivo y, además, como voluntad de participación, una *actuación conjunta querida en virtud de la cual cada coautor particular efectúe su aporte objetivo al servicio de la realización del plan común*” [cita omitida]. Conforme ello, se deduce que el elemento subjetivo de este grado de participación, consiste en la existencia de una decisión conjunta al hecho, que puede provenir de un *acuerdo expreso o tácito*, basado en la distribución de funciones o roles de cada uno de los que toman parte en su ejecución. *Este acuerdo común al ilícito permite atribuir a cada uno de los partícipes los aportes de los otros*”. Desde esta concepción se concluyó que Nicolás Sebastián Baltazar, Cristian Damián Sotelo y Sebastián Alejandro Guerra debían responder respectivamente en calidad de coautores en ese y en los anteriores robos, según el 45 CP, pues “entre ellos se repartieron los roles a desempeñar conforme lo describieran las distintas víctimas. *Unos bajaban armados del rodado, asegurándose superioridad numérica en los casos que ameritara, en tanto otros aguardaban en su interior brindando el apoyo que pudiera ser necesario a la empresa delictiva y de ser preciso también estaban prestos para conducir aquellos que se apropiaran o para abrir fuego de cobertura En el hecho 5, por ejemplo, obraron situando los vehículos por delante y por detrás del conducido por Gighlione, para luego abrir fuego mayoritariamente los ocupantes del “Vento” situado a la retaguardia...*” (fs. 3494/3495).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Hasta aquí, no hay error en la atribución de coautoría en el robo ejecutado con el empleo de armas de fuego, que quedó en grado de tentativa.

También hay suficientes elementos para atribuir la muerte, en los términos del art. 165, CP, a todos los coautores del robo, aunque alguno de ellos no hubiese efectuado disparos contra los policías que estaban en el automóvil. Pues si se tiene por probado que estaba en el plan común de la ejecución del robo emplear armas de fuego, con ello se crea el riesgo –por todos los que concurren al plan- de que las armas efectivamente sean usadas con motivo u ocasión del robo y alguien resulte muerto. Al acordar el plan se acuerda la creación del riesgo, y la concreción de este, esto es cuando con motivo u ocasión del robo resulta un homicidio, hace aplicable el art. 165, CP, a todos los coautores.

En cambio, distinta es la cuestión -como se ha desarrollado más arriba- cuando alguno de los coautores del robo, durante su ejecución, decide matar a alguno de los sujetos pasivos porque no se logra el fin propuesto, o para lograr la impunidad. En tal supuesto de hecho, para imputar el homicidio agravado a todos los coautores del robo es necesario demostrar: a) que la ejecución de uno o varios homicidios con esa finalidad o motivo estaba ya de antemano comprendida en el plan de los autores, o b) que aunque no comprendida originariamente, uno o varios de los coautores deciden matar porque no se logra el fin propuesto, o para logra la impunidad, y los restantes prestan su cooperación de un modo inequívoco a la modificación del plan con el mismo fin.

En la reconstrucción del *a quo* no se ha establecido ninguno de los dos supuestos. En cuanto al primero, no hay ninguna afirmación de que estuviese ya comprendido en el plan original el matar con alguno de los fines o motivos enunciados en el art. 80, inc. 7, CP. Y en lo que



concierno a la segunda hipótesis, la determinación del hecho en la sentencia es defectuosa y equívoca.

Parto de señalar que en la sentencia jamás se dice asertiva y razonadamente que los imputados Nicolás Baltazar y Cristian Sotelo hubiesen descendido de alguno de los automóviles que encerraron al que tripulaban los policías, que hubiesen estado armados, y que hubiesen disparado contra éstos.

Así, se describe el primer disparo realizado por Guerra y se dice que “No bien iniciado el intercambio de disparos entre ambos, enseguida acudieron en apoyo *los ocupantes* del “Vento”, que abrieron nutrido fuego desde atrás y hacia el interior del “Fiesta” donde aún permanecían ambos policías”. En este pasaje no se identifica a los “ocupantes” del automóvil Volkswagen Vento.

Al fundar esta determinación del hecho se argumentó en la sentencia lo siguiente: “no bien Guerra disparó su arma al advertir la condición de uniformado de Ghiglione, *sus compañeros* lo cubrieron con nutrido fuego de armas de grueso calibre. La corta distancia y el reducido espacio al que iban dirigidas las descargas significaron el virtual fusilamiento de ambos ocupantes del “Fiesta” de color gris en el cual se detectaron diecinueve improntas de bala disparadas por dos armas distintas” (fs. 3490). Aquí tampoco identifica a los “compañeros” ni se establece que hubiesen sido Baltazar o Sotelo quienes efectuaron disparos. Por lo pronto, además, si una de las armas la empuñaba y la usaba Guerra, se infiere que entonces se utilizó una segunda, pero no necesariamente otras, de lo que se deriva la pregunta acerca de quién empuñaba y disparaba la segunda arma.

También se expone en los fundamentos que el policía Ghiglione, “empuñó instintivamente su pistola reglamentaria para defenderse del inminente asalto”, y se afirma que “[c]onscientes ya del prematuro fracaso del robo y desfavorable giro que tomaban las cosas, *los demás*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

asaltantes (Sotelo y Baltazar) abrieron fuego a discreción desde la retaguardia y hacia el reducido interior del “Fiesta”, hiriendo de extrema gravedad a ambos agentes del orden”. En la sentencia no se explica cómo se determina que los “demás asaltantes” que abrieron fuego fueron Sotelo y Baltazar, máxime cuando en ella se tiene por probado que se usaron dos armas distintas y no tres, y cuando en la determinación del hecho se tiene por probado que el hecho lo ejecutaron Cristian Damián Sotelo, Nicolás Baltazar, Santiago Alejandro Guerra “y otras personas”.

El Tribunal Oral de Menores, al establecer la ley aplicable, sostuvo que correspondía aplicar el art. 80, inc. 7, CP, por tratarse de un homicidio agravado por no haber logrado Guerra, Baltazar y Sotelo el fin propuesto al intentar el delito de robo; argumentó que “[v]iendo frustrado el robo intentado, *los encausados* dispararon a quien sorpresivamente se los impidió y a su acompañante, materializando con ello la causal impulsiva del nexo ideológico ente ambos delitos”, el robo y el homicidio. Relevó que “pese a los disparos en su contra, Sebastián Alejandro Guerra se las ingenió para llegar a la seguridad del “Fiesta” blanco que lo aguardaba, cubierto por el fuego de apoyo a discreción abierto desde la retaguardia de las víctimas. Después de ello, *los agresores* se replegaron a los rodados sin apoderarse de efecto alguno, dando cabal prueba de la completa renuncia al despojo”. En consecuencia valoró que “[s]emejante modalidad comisiva no hace sino confirmar el total desprecio por el resultado de la tipicidad asumida con la descarga homicida”. Aquí nuevamente se observa falta de precisión, que encubre la ignorancia acerca de quiénes fueron los que dispararon además de Guerra. La referencia a “los encausados” sugiere que comprende a éste, a Sotelo y Baltazar, porque por éste hecho son los únicos llevados a juicio, acusados y condenados, pero, nuevamente, no se expresa asertivamente ningún elemento de juicio sobre el que apoyar la afirmación de que los tres estaban armados, se aparearon, y dispararon



contra los policías. La indeterminación es a tal punto patente que se refiere al repliegue hacia los rodados de “los agresores”.

Reiterando la misma indeterminación, se afirma en la sentencia que “al ver fracasado su designio criminal primigenio, *los encartados* mataron con la deliberada intención de procurarse la impunidad (...). Es decir que mataron para huir”. Sostuvo en definitiva que “la frustración y despecho experimentados al intentar el robo y la búsqueda de impunidad, han actuado como motivos determinantes del homicidio, sin necesidad de reclamárseles premeditación o pre ordenación en dicho accionar” y declaró que bastaba que “la letal determinación se exteriorizara al momento mismo del asalto armado” (fs. 3490vta./3491). Valen aquí las mismas observaciones del párrafo anterior.

Por cierto, desde la óptica del tipo subjetivo del art. 80, inc. 7, CP, -y en consonancia con lo que ya se dijo- cuando se trata de la intervención de varias personas en el hecho, tampoco se requiere un acuerdo previo “para matar”, puesto que el acuerdo puede expresarse durante la ejecución del robo. En este sentido, aunque al momento del diseño inicial del plan de robo los autores no hubiesen podido prever todas las posibles evoluciones del plan, son decisivas las conductas y aportes realizados por cada uno de los autores en la ejecución de ese plan, en la medida en que constituyan una expresión de la actuación común concordante, incluso aunque exterioricen una adhesión sucesiva a la iniciativa de uno de los autores (cfr. caso “*Vera, Ángel Rubén*” ya citado).

Hechas estas consideraciones, no se ajusta a la interpretación del art. 80, inc. 7, en función del art. 45, CP, propuesta supra, nro. **6.b**, la atribución promiscua de la agravación a los acusados Sebastián Alejandro Guerra, Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar, porque mientras que se ha atribuido fundadamente al primero haber hecho disparos con el fin de matar a los policías por no haber





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

logrado el fin propuesto al intentar el robo, o alternativamente para lograr la impunidad, el fundamento de hecho de la cooperación de Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar a la modificación del plan original, y al fin o motivo de agravación, no se expone en la sentencia de un modo razonado. Pues no se establece en ella, con arreglo a las pruebas y a su sana crítica, que estos últimos hubiesen sido quienes dispararon desde atrás, o hubiesen prestado una cooperación a la modificación del plan, para matar a los policías con alguno de los fines o motivos que enuncia el art. 80, inc. 7, CP.

Puesto que, como he propuesto anteriormente, la finalidad y motivo enunciados en esa disposición no constituyen elementos del injusto, que alcanzan por regla de accesoriedad a todos los partícipes, sino elementos que elevan la pena por aumento de la culpabilidad, que no están regidos por la accesoriedad y deben por ende concurrir en cada partícipe, entonces concluyo que el art. 80, inc. 7, CP ha sido mal aplicado en lo que concierne a la cooperación que se ha establecido en la sentencia respecto de Nicolás Sebastián Baltazar y Cristian Damián Sotelo.

Corresponde así reformar parcialmente los puntos dispositivos de la sentencia recurrida y declarar que Nicolás Sebastián Baltazar y Cristian Damián Sotelo son autores responsables de robo con homicidio (art. 165, CP).

No comprendido el homicidio en el plan original, no les es atribuible el homicidio en grado de tentativa cometido en perjuicio de Diego Martín Ghiglione (arts. 42 y 79, CP), porque la tentativa se define por el “fin de cometer un delito determinado” y su comienzo de ejecución, lo que excluye -por definición del legislador- el dolo eventual (confr. mi voto en el caso “*Monteros, Guillermo Alfredo*” ya citado y en causa n° 42/2014, “*Vera Echeverría, José Luis*”, sent. de 11/05/2018, reg. n° 663/2018, entre otras). De modo que el defecto de demostración de que los nombrados hubiesen determinado o alentado a



Sebastián Alejandro Guerra o a alguno de los otros asaltantes, a matar a los policías, o que hubiesen cooperado de algún modo a ese fin, impide aplicarles a aquéllos el art. 79, en función del art. 42, CP. No obstante, y de modo residual han satisfecho el supuesto de hecho del art. 166, inc. 1, CP, porque si se ha acordado la ejecución de un robo empleando armas de fuego, la cooperación al robo durante su ejecución es una cooperación a la concreción del riesgo para la integridad física, que se concretó con el uso del arma de fuego y la causación de las lesiones comprendidas en los arts. 90 y 91, CP. A este respecto, el art. 166, inc. 1, CP, no requiere dolo directo, y se satisface con que “por las violencias ejercidas para realizar el robo *se causare* alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91”. Se trata en definitiva de un concurso ideal entre los delitos definidos por el art. 165 y 166, inc. 1, CP, porque los resultados son separables, pero la ejecución del robo ha sido única. Rige el art. 54, CP, y así propongo se declare.

6.e En definitiva, como resultados del acuerdo parcial que presto al juez de primer voto, y de la disidencia parcial que acabo de exponer: **a)** concuro a la solución propuesta por el juez de primer voto en cuanto ha rechazado la impugnación de la defensa del imputado Sebastián Alejandro Guerra y propone la confirmación del punto dispositivo XIII de la sentencia, en cuanto lo ha declarado coautor de los delitos de robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en grado de tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627) que concurre materialmente con los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas de fuego en grado de tentativa, en concurso real con homicidio calificado por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito y para procurar la impunidad para sí o para terceros, reiterado en dos oportunidades una de ella en grado de conato (hecho 5 de la causa 7627) (arts. 42, 44, 45, 55, 80, inc. 7, 166, inc. 2do, párrafo segundo, Código Penal); **b)** se reforme parcialmente el punto dispositivo X de la sentencia y se declare que Cristian Damián





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Sotelo es autor responsable de los delitos de robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en grado de tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627) que concurren realmente con los delitos de robo con homicidio, en concurso ideal con robo ejercido con violencias que causaron lesiones del art. 90/91, CP (hecho 5 de la causa 7627) (arts. 42, 45, 54, 55, 165, 166, incs. 1 y 2, párrafo segundo, CP; *c*) se reforme parcialmente el punto dispositivo XII de la sentencia y se declare a Nicolás Sebastián Baltazar coautor penalmente responsable de los delitos de robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en grado de tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627), que concurren materialmente con robo con homicidio, en concurso ideal con robo ejercido con violencias que causaron lesiones del art. 90/91, CP, (hecho 5 de la causa 7627) (arts. 42, 45, 54, 55, 165, 166, incs. 1 y 2, párrafo segundo, CP).

7. La impugnación de inconstitucionalidad del art. 80, inc. 7, CP.

De modo subsidiario, el Defensor Público de los condenados Baltazar y Sotelo que los asiste ante esta Cámara, al momento de ampliar los fundamentos del escrito de interposición del recurso de casación ha impugnado de inconstitucionalidad el art. 80, inc. 7, CP. Sin perjuicio de señalar que la impugnación de inconstitucionalidad es extemporánea a la luz de lo que dispone el art. 474, CPPN, de todos modos su tratamiento sería inoficioso a la luz de lo que se propone en el punto precedente, que, por virtud de la modificación de la calificación jurídica, deja afuera toda posibilidad de imposición a los nombrados de una pena de prisión o reclusión perpetuas.

8. La impugnación de la pena de dieciocho años de prisión impuesta a Cristian Damián Sotelo.

La Defensa Pública de Cristian Damián Sotelo ha impugnado la imposición de pena de prisión por tres razones: defecto de



fundamentación de la necesidad de aplicación de pena, defecto de fundamentación de la medida de la pena impuesta y error en la construcción de la escala penal aplicable según el art. 55, CP.

Asimismo ha impugnado la imposición de una pena de prisión temporal por delitos comprendidos en los arts. 14, CP, y 56 *bis*, Ley 24.660, alegando que esa pena, que deberá ejecutarse en su totalidad, es contraria a “los principios y estándares internacionales en materia penal juvenil” e inconciliable con la doctrina de la Corte IDH en el caso “*Mendoza vs. Argentina*”.

Por su parte, la Defensora Pública de Menores, Claudia López Reta, en su recurso de casación, ha impugnado la imposición de una pena de dieciocho años de prisión a Cristian Damián Sotelo desde dos ejes: alega defecto de fundamentación del monto punitivo impuesto postulando se aplique el mínimo legal que determina en 10 años de prisión, y acusa errónea aplicación al caso del art. 55, CP.

Los planteos se han vuelto inoficiosos a partir de lo que se ha propuesto en el punto 6.e precedente. Pues reformada la calificación de los hechos, se presenta necesaria una nueva decisión sobre la pena a imponer.

Ahora, tratándose de la pena impuesta a una persona por delitos de los que ha sido hallado responsable de haber cometido antes de los 18 años de edad, el art. 4, de la Ley 22.278, leído a la luz del art. 37, inc. b, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que declara que “la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como *medida de último recurso y durante el período más breve que proceda*”, impone una audiencia amplia en la que puedan ser debatidas y consideradas no sólo la gravedad de las infracciones y la culpabilidad por el hecho, sino también necesidades preventivas que tomen en cuenta la evolución de aquél desde el tiempo transcurrido, y las mayores o menores necesidades preventivas para su





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

reintegración a la vida social tan pronto esto aparezca adecuado a sus circunstancias personales y a la gravedad de las infracciones cometidas.

Esta audiencia amplia no puede ser realizada en el trámite del recurso de casación, pues su objeto excede la jurisdicción apelada, por lo que entiendo corresponde el reenvío del caso para que, por otro tribunal, se dicte nueva sentencia sobre la necesidad y medida de la pena según los criterios que he desarrollado en mis intervenciones en esta misma Sala 1, en las sentencias de las causas “*Prieto, Oscar Damián*” (causa n° 62770/2013, sent. de 06/05/2016, reg. n° 351/2016) y en “*Brest, Jonathan Emiliano*” (causa n° 61109/2013, sent. de 13/07/2016, reg. n° 519/2016).

9. Impugnaciones de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua impuesta a Sebastián Alejandro Guerra.

Entre los hechos por los que ha sido hallado responsable Sebastián Alejandro Guerra, uno de ellos, identificado con el número 5 en la acusación, ha sido calificado como homicidio agravado a tenor del art. 80, inc. 7, CP, disposición que lo conmina con prisión o reclusión perpetuas. La defensa del condenado impugna de inconstitucional la pena perpetua en sí misma, y además, impugna de inconstitucional el régimen de ejecución, que por virtud de los arts. 14, CP, y 56 *bis*, Ley 24.660, tornan a la pena materialmente perpetua, por excluir cualquier forma de liberación.

Parejas impugnaciones había traído la Defensa Pública de Nicolás Sebastián Baltazar contra la pena de prisión perpetua que le había impuesto el Tribunal Oral de Menores. Sin embargo, entiendo inoficioso abordar estas impugnaciones en virtud de la reforma parcial de la sentencia que he propuesto en el punto **6.e**, reformando la calificación del hecho identificado con el número 5, mediante la aplicación de disposiciones menos graves que no conminan con prisión o reclusión perpetuas.



9.a. Impugnación de la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

El defensor de Sebastián Alejandro Guerra ha promovido se declarase la inconstitucionalidad de la pena perpetua alegando que tales penas “genéricamente consideradas” serían inconciliables con los principios constitucionales de culpabilidad por el acto, división de poderes, legalidad estricta, con la prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes, y con lo que designa como “mandato resocializador”.

Este motivo no es propio del recurso de casación, sino del de inconstitucionalidad del art. 474, CPPN. Sin embargo, la designación del recurso no afecta la admisibilidad en la medida en que la impugnación planteada ha sido abordada por el *a quo* en la sentencia, y la decisión ha sido adversa a la pretensión de los recurrentes.

En la sentencia, el Tribunal Oral de Menores declaró que la pena de prisión perpetua *per se* no vulnera disposición alguna de la Constitución Nacional ni de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que gozan de su misma jerarquía, de cuya “interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se infiere la inconstitucionalidad” alegada.

Sostuvo además que la pena de prisión perpetua impuesta a Guerra “no deviene desproporcionada en relación a la magnitud del injusto y a su grado de culpabilidad expuesto durante el transcurso de la seguidilla de hechos delictivos que culminó con la vida de Campilongo, y puso en serio riesgo la de Ghiglione”, de los que valoró en particular “la incuestionable gravedad, especialmente del hecho 5, que supuso la irreversible afectación del bien jurídico conculcado, motivado además por el fracaso del robo armado propuesto y para procurar la impunidad de sus partícipes”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Las argumentaciones del defensor de Sebastián Alejandro Guerra se articula, sin citarla, sobre la base discursiva de una decisión de la jurisprudencia de un tribunal inferior de la Provincia de Buenos Aires (caso “*Etcheverry, Daniel Ricardo*”, del Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de la localidad de Necochea, TC N° 4850-0039, sent. de 13/05/2013, voto del juez Mario Juliano), que ya han sido abordadas en detalle y contestadas en mi voto del caso “*Arancibia, Carlos Ignacio*” (causa n° 500000964/2008, sent. de 28/03/2018, reg. n° 313/2018) a cuyos fundamentos me remito en razón de brevedad.

En resumen en esa oportunidad expuse que la pena de prisión perpetua no está prohibida -en general- por el derecho internacional de los derechos humanos, sino que -en todo caso- se encuentra sujeta a limitaciones de derecho internacional en la práctica, como sucede con las limitaciones que se infieren de los arts. 10.3, PIDCP, y 5.6, CADH, por las que, toda pena de prisión que -por razones jurídicas o de hecho- se ejecute realmente de por vida sería inconciliable con la finalidad esencial de reforma y readaptación social que esas disposiciones asignan ora al sistema penitenciario, ora a las penas privativas de la libertad. Así como una pena fácticamente de por vida, es decir, una pena de prisión que no permita en algún momento recurrir a una autoridad para discutir la posibilidad de obtener la liberación podría ser también contraria a la prohibición de imposición de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes que se desprende de los arts. 7, PIDCP, 5.2, CADH y 16.1, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Explicué entonces que las penas de reclusión o prisión perpetuas, reguladas por los arts. 5, 6, 9 y concordantes del Código Penal, han sido concebidas, en general, de un modo que, desde un punto de vista jurídico, no son en rigor “a perpetuidad”, pues permiten solicitar la libertad condicional satisfechos los 35 años de cumplimiento (art. 13, CP), y si no fuesen revocadas dentro de los cinco años de obtenida la



libertad condicional se tienen por extinguidas (art. 16, CP). De modo que, al menos desde su configuración jurídica, no puede racionalmente predicarse que esas penas persiguen la exclusión social de modo definitivo, y por ende serían contrarias a los arts. 10.3, PIDCP, y 5.6, CADH.

A su vez, en un caso anterior a ese, expuse que la finalidad *esencial* de reforma o readaptación social que esas disposiciones le asignan al régimen penitenciario o a la pena, no implica que esa sea la única finalidad admisible sino que -junto con ésta- pueden perseguirse otros fines a través del encarcelamiento (cfr. Sala 1, causa n° 50310/2007, “*Losio, Leandro David*”, sent. de 14/03/2018, reg. n° 200/2018).

De modo que, habida cuenta de que la defensa de Sebastián Alejandro Guerra no trae ningún planteo diferente a aquéllos que ya han sido suficientemente contestados en los fallos citados, y en función de los argumentos allí expuestos, concluyo que corresponde rechazar la impugnación de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua impuesta a Sebastián Alejandro Guerra en la sentencia recurrida.

9.b. Planteo de inconstitucionalidad de los arts. 14 CP, y 56 bis Ley 24.660.

Además de la impugnación de la pena de prisión perpetua como tal, el defensor particular de Sebastián Alejandro Guerra alega que ésta “también es inconstitucional para el caso concreto”, en tanto sostiene que una condena “a morir en prisión” (cfr. argumentó en la audiencia celebrada ante esta Sala) es incompatible con los arts. 5 y 7, CADH. Aunque no identifica expresamente las disposiciones legales que serían incompatibles con la Constitución, se deduce sin esfuerzo de su argumentación que ellas son las que excluyen toda posibilidad de libertad condicional u otra forma de libertad anticipada, esto es, los arts. 14 CP, y 56 *bis* Ley 24.660 en tanto argumenta que su aplicación





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

conduce a que la pena se ejecute a perpetuidad, esto es, sin “certeza de finitud”, y alega que el condenado debe contar con la posibilidad de saber que “un día conocido el encierro acabará”.

Este agravio de la defensa se reconduce bajo la vía del recurso de inconstitucionalidad del art. 474, CPPN, que, como se dijo, exige que la cuestión haya sido planteada ante el tribunal de la causa y que éste hubiera emitido una decisión adversa a la pretensión del recurrente. El planteo de inconstitucionalidad de los arts. 14, CP y 56 *bis* Ley 24.660, había sido introducido por el defensor público de Cristian Damián Sotelo y Brian Daniel Emanuel Noguera al cabo del debate ante los jueces de la instancia en ese acto y la sentencia se ha expedido en sentido contrario a esa petición. A los fines de la admisibilidad es irrelevante examinar si aquellos imputados tienen interés actual en la declaración de inconstitucionalidad (vide supra punto 6.e), pues lo único que se exige a tenor del art. 474 CPPN es que la cuestión hubiese sido planteada, y la decisión hubiese sido contraria a la inteligencia que pretende la defensa del otro condenado a prisión perpetua.

9.b.1. En el punto dispositivo XIII de la sentencia se ha condenado a Sebastián Alejandro Guerra a la pena de prisión perpetua, por haber sido hallado coautor de robo con armas de fuego reiterado en tres oportunidades, una de ellas en grado de tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627) en concurso real con los delitos de robo agravado por su comisión con armas de fuego en grado de tentativa, en concurso real con homicidio calificado por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito y procurar la impunidad para sí o para terceros, reiterado en dos oportunidades una de ella en grado de conato (hecho 5 de la causa 7627) y se ha rechazado la impugnación de inconstitucionalidad de la prisión perpetua, que había planteado la defensa en su alegato final. En la sentencia se declararon aplicables los arts. 5, 12, 19, 29, inc. 3, 42, 44, 45, 55, 80, inc. 7, y 166, inc. 2, párrafo segundo, del Código Penal.



El tribunal *a quo* ha declarado “inoportuno y prematuro” evaluar la constitucionalidad de las disposiciones de los arts. 14, CP, y 56 *bis*, Ley 24.660, en conexión con el delito por el que fue condenado Sebastián Alejandro Guerra por considerar que, a ese momento, no había cumplido el “tiempo mínimo de pena” que lo habilitara a solicitar alguna de las “ventajas” allí previstas. Con cita de cierta jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal entendió que la defensa no había invocado la existencia de un “efectivo y concreto perjuicio” que pudiera “habilitar la competencia del tratamiento de una cuestión como la planteada, ello así toda vez que tanto Guerra como Baltazar no tienen aún sentencia firme condenatoria y no se hallan sometidos al régimen progresivo penitenciario”.

La recurrente sostiene que el rechazo del planteo de inconstitucionalidad impetrado por esa razón es inconciliable con el principio de legalidad consagrado en el art. 9, CADH, del que entiende se deriva que “la ley debe contemplar, en forma expresa, no sólo el *quantum* punitivo (cantidad de pena) sino también sus características cualitativas y el modo en que va [a] desarrollarse su ejecución” por lo que sostiene su vigencia en la etapa de ejecución penal. En el recurso se alega además, aunque sin mayor sustento argumental, que debe existir al momento de la condena “certeza de que la pena tiene una duración precisamente determinada, que un día conocido el encierro acabará”.

Entiendo que en este punto asiste razón a la defensa, por lo que he de apartarme de la solución propuesta por el juez Días. Considero que el imputado tiene un interés actual en la impugnación de dos disposiciones que de modo general impiden todo tipo de liberación anticipada a condenados por el delito por el que él ha sido condenado en esta causa.

En efecto, el art. 5, de la Ley 24.660, dispone: “El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

trabajo”. Ese tratamiento debe diseñarse caso por caso, teniendo en cuenta si la ley permite al condenado aspirar a una liberación anticipada o si alguna disposición clausura toda posibilidad. A su vez, el condenado tiene derecho a saber si sus esfuerzos en la observancia de los reglamentos carcelarios o en ajustarse a las exigencias del tratamiento para el avance en la progresividad será recompensado con una liberación anticipada. Si una ley clausura mediante una regla general -como sucede en este caso con los arts. 14, CP, y 56 *bis*, Ley 24.660- cualquier posibilidad de aspirar a una liberación anticipada por la naturaleza del delito por el que se ha dictado la condena, el condenado tiene derecho a someter a escrutinio su constitucionalidad aunque no hubiese alcanzado el tiempo de cumplimiento de pena que lo habilitaría a petitionar su salida anticipada bajo alguna de las formas previstas legalmente, porque las disposiciones que excluyen la posibilidad de obtener la libertad anticipada tiene incidencia directa y actual en el diseño y ajuste del tratamiento personalizado al que se refiere el art. 5, de la Ley 24.660, (confr. *mutatis mutandis* mi voto en causa n° 136256/2013, “*Coronel, Cristian*”, sent. de 11/10/2018, reg. n° 1304/2018). Así, el hecho de que se trate de una pena de prisión perpetua sin posibilidad de liberación afecta de modo actual el programa de ejecución.

Evoco también que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha abordado la cuestión de las penas perpetuas e indeterminadas, desde la óptica del art. 3, de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos, y se ha declarado que los criterios y condiciones establecidos en el derecho doméstico concernientes a la revisión deben tener un grado suficiente de claridad y certitud, lo que no sólo es un requerimiento general del imperio del derecho, sino que se atraviesa con el proceso de rehabilitación, que corre el riesgo de ser impedido si el procedimiento de revisión de la condena y las perspectivas de liberación no son claras o certeras. Así



declaró que “los condenados a una pena perpetua tienen derecho a saber desde el principio qué es lo que deben hacer para ser considerados para la liberación y bajo qué condiciones” lo que incluye el tiempo en que la revisión tendrá lugar o puede ser pedida (TEDH, Gran Cámara, “*Hutchinson c. Reino Unido*”, petición No. 57592/08, sent. de 17 de enero de 2017, párr. 44, con remisión a “*Vinter v Reino Unido*”, TEDH, Gran Cámara, peticiones nros. 66069/09, 130/10 y 3896/10, sent. de 09/07/2013, párr. 122).

Desde esta perspectiva, si llevase razón el recurrente en punto a que la indeterminación de la duración de la pena de prisión perpetua afecta en su ejecución mismos derechos fundamentales del condenado, y la torna una pena cruel, inusual y desproporcionada, diferir a un tiempo futuro el pronunciamiento sobre la tacha de inconstitucionalidad del art. 14, segunda frase, del Código Penal, sujetándolo a que ese pronunciamiento se dicte cuando se hubiesen satisfecho todas las condiciones del art. 13, CP, para obtener la libertad condicional, no constituiría ningún remedio para reparar alguno de los agravios que se invocan, y en particular, que en su ejecución la pena perpetua sería cruel, inusual y desproporcionada, y frustraría las finalidades que la legitiman, según los arts. 7, del PIDCP, 5.2, CADH, y 16.2, de la Convención contra la Tortura.

Distinta es la conclusión a la que arriba en lo que respecta a la impugnación del art. 56 *bis*, de la Ley 24.660, porque no surge del recurso del defensor la fundamentación suficiente para superar las condiciones de admisibilidad. Esta disposición -en lo que al caso de Sebastián Alejandro Guerra interesa- declara que “No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba” a los condenados por los delitos que allí enumera, y en particular a los condenados por “Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal”, y por “delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal”. Su último párrafo declara que “Los





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley”. A diferencia de lo observado respecto de la impugnación del art. 14, CP, la recurrente no demuestra cuál sería el agravio actual, ni demuestra acabadamente cuál sería el fundamento de la impugnación constitucional de una disposición respecto de la cual no demuestra que hubiese sido aplicada en algún sentido respecto de Sebastián Guerra, ni tampoco, habida cuenta de que éste ha sido condenado a una pena de prisión perpetua, cuál sería la relación directa de esta disposición con la privación de la posibilidad de postular en el futuro la libertad asistida habida cuenta de que esa liberación anticipada sólo se concede a condenados a penas temporales, según el art. 54, de la Ley 24.660, cuya conformidad con la Constitución no se pone en cuestión.

9.b.2. Superada la admisibilidad, observo que en rigor, aunque lo que se impugna es el segundo párrafo del art. 14, CP, que excluye la posibilidad de que el condenado por ciertos delitos allí enunciados obtenga la libertad condicional y así su liberación anticipada, deben distinguirse la situación de los condenados a penas temporales, que por efecto de ese obstáculo legal sólo podrían obtener la libertad al tiempo del agotamiento total de su pena, de la situación de los condenados a penas de prisión o reclusión perpetuas, que jamás podrían obtener la libertad y por ende, la ejecución de sus penas sería de por vida, salvo que en algún momento obtuviesen una conmutación o indulto. Esta distinción la he adelantado ya en mi intervención en la sentencia del caso “*Losio, Leandro David*”, porque los problemas que plantean una y otra situación no son idénticos; Sebastián Alejandro Guerra se encuentra en el segundo grupo.

En aquel caso concluí que, la restricción de acceso al régimen de la libertad condicional por aplicación del segundo párrafo del art. 14,



CP, en el marco de la ejecución de una pena de prisión o reclusión temporal no suscita ningún conflicto constitucional ni desde la óptica del art. 16, CN, ni desde la de la finalidad esencial de reforma y readaptación que los arts. 10.3, PIDCP, y 5.6, CADH, asignan al sistema penitenciario o a la pena, respectivamente.

Sin embargo dejé a salvo que la misma solución no aplicaría en el caso de aplicarse el obstáculo del art. 14, CP, a las penas de prisión o reclusión perpetuas. Adelanto que entiendo que el art. 14, CP, es inconciliable con los arts. 7, y 10.3, PIDCP, y 5.2, y 5.6, CADH.

9.b.3. El art. 14, CP, aplicado a la ejecución de penas privativas de libertad perpetuas es inconciliable con los arts. 10.3, PIDCP, y 5.6, CADH.

Antes de ahora, y en variadas ocasiones, he advertido sobre el abuso retórico de la idea de resocialización, y del poco rigor con el que se abordan las disposiciones de los arts. 10.3, PIDCP, y 5.6, CADH, que declaran que la reforma y readaptación es la finalidad esencial del sistema penitenciario, o de la pena, respectivamente (*vide*, p. ej., “*Giménez, José Santiago*”, Sala 1, causa n° 25.999/2014, sent. de 10/07/2015, reg. n° 238/2015; “*Tolaba, Brian Nahuel*”, Sala 1, causa n° 500.000.185/2011, sent. de 15/02/2018, reg. n° 80/2018; “*Losio, Leandro David*”, Sala 1, causa n° 50.310/2007, sent. de 14/03/2018, reg. n° 200/2018).

La determinación del sentido y alcance de esas disposiciones ofrece un punto de partida relevante para examinar la compatibilidad del art. 14, CP, con esas disposiciones convencionales que complementan la primera parte de la Constitución según su art. 75, inc. 22.

Mientras que el art. 10.3, PIDCP, declara que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”, el art. 5.6, CADH,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

declara que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Una comparación del lenguaje de ambos textos pone en evidencia que sus proposiciones no son idénticas. Mientras que el art. 10.3, PIDCP, se refiere al *régimen penitenciario*, que consiste en un “tratamiento” con finalidad esencial de reforma y readaptación social, el art. 5.6, CADH, se refiere a la finalidad esencial de las *penas*. En la primera disposición es clara la relación con la etapa de ejecución de las penas, en el segundo queda abierta la pregunta acerca de si se refiere a la finalidad de la imposición de las penas privativas de libertad, o a la de su ejecución.

He observado también que el texto del Pacto en inglés alude a “reforma y rehabilitación social” (*reformation and social rehabilitation*), y en francés a “enmienda y reinserción social” (*amendement et reclassement social*) donde no es claro si enmienda y reforma por un lado, y rehabilitación, readaptación y reinserción, por otro, son sinónimos exactos. Parejos interrogantes suscita el texto del art. 5.6, CADH, cuyos textos en portugués e inglés coinciden a la letra con el español, pero cuyo texto en francés se refiere a la “enmienda y reinserción social” (*amendement et reclassement social*).

Frente a un texto convencional de un tratado en varios idiomas, que no tiene una regla de conflicto o preferencia por uno de los idiomas, todos los idiomas constituyen un único texto, cuyo sentido exacto debe ser establecido, en defecto de regla de colisión expresa, considerando los términos de todos los idiomas de celebración, buscando el resultado que más se adecue al objeto y fin del tratado (confr. mi ensayo: *Escenas de un centro comercial. Sobre el insulto racista o de odio, el insulto periodístico y las relaciones entre la retractación de la injuria y el derecho de rectificación o respuesta*, en JA 2004 I 270). No se trata de tratados celebrados para el intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados, sino de



unos cuyo objeto y fin son la protección de los derechos humanos, por los cuales se crea un orden legal objetivo dentro del cual los Estados, por el bien común asumen obligaciones, no en relaciones con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción; se trata de tratados orientados a reconocer y garantizar derechos de la persona humana (confr. Corte IDH, Opinión Consultiva n° 2/1982, sent. de 24/09/1982, Serie A, n° 2, párr. 29). Esta naturaleza ofrece la guía para la interpretación de términos *prima facie* diferentes de los respectivos idiomas en que se celebró el tratado, indicando buscar una interpretación según su objeto y fin más favorable al reconocimiento y protección de los derechos y libertades de la persona humana.

Desde esta perspectiva, el término “reinserción” social en francés, otorga más precisión a los términos “readaptación” o “rehabilitación”, porque el primero es claramente antónimo del término “exclusión social”. De modo que ninguna pena privativa de libertad será compatible con las disposiciones convencionales que se examinan si persiguiese la exclusión definitiva e irrevocable de la vida social libre. En cambio, una exclusión temporaria de la vida libre en sociedad es inherente a la ejecución de cualquier pena privativa de libertad, y esta consecuencia es inevitable.

Las penas de reclusión o prisión perpetuas, reguladas por los arts. 5, 6, 9 y concordantes del Código Penal, han sido concebidas, *en general*, de un modo que, desde un punto de vista jurídico, no son en rigor “a perpetuidad”, pues permiten solicitar la libertad condicional satisfechos los 35 años de cumplimiento (art. 13, CP), y si no fuesen revocadas dentro de los cinco años de obtenida la libertad condicional se tienen por extinguidas (art. 16, CP). De modo que, al menos desde su configuración jurídica, no puede racionalmente predicarse que esas penas persiguen la exclusión social de modo definitivo, y por ende serían contrarias a los arts. 10.3, PIDCP, y 5.6, CADH.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Sin embargo, el art. 14, CP, plantea un problema especial, porque define casos en los que no procede la libertad condicional. Cuando se trata de su aplicación a condenados a penas de prisión perpetua, este artículo conduce a que la pena se ejecutará por tiempo indeterminado, y por el tiempo de vida del condenado, salvo que éste obtuviese un indulto o una conmutación. Es inequívoco que el art. 14, CP, al menos en cuanto aplica a penas privativas de libertad perpetua, persiguen la exclusión social del condenado de modo definitivo y por ende son inconciliables con los arts. 10.3, PIDCP, y 5.6, CADH.

9.b.4. El art. 14, CP, aplicado a la ejecución de penas privativas de libertad perpetuas es inconciliable con los arts. 7, PIDCP, 5.2, CADH y 16.2, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, porque si no existe una posibilidad de liberación en algún momento de ejecución, el encierro en un establecimiento cerrado de por vida es cruel e inhumano si no ofrece al condenado la esperanza de que, esforzándose podrá obtener en algún momento la libertad.

Es pertinente visitar aquí ciertas cuestiones que abordé en ocasión de mi intervención en el caso “*Arancibia, Carlos Ignacio*”, antes citado, donde examiné cierta jurisprudencia internacional.

En primer término tomé nota de las observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre el art. 7, del Pacto, en el caso “*Bronson Blessington and Matthew Elliot v. Australia*” (Com. nro. 1968/2010, de fecha 22/10/2014, doc. UN CCPR/C/112/D/1968/2010; en adelante se cita traducción no oficial del texto de la observación que fue emitida en inglés). Se trataba allí de penas de prisión perpetuas (*life sentences*) impuestas a dos condenados por hechos cometidos como menores de edad, a los catorce y quince años de edad, por haber sido hallados culpables de haber raptado a una mujer a punta de cuchillo, en cooperación con otros tres niños en situación de calle, en ocasión de sorprenderla cuando estaba en el estacionamiento de ferrocarril, de



haberla llevado a otro lugar, de haberla violado y después de ello de haberla llevado a un lago próximo y de haberla matado ahogándola por inmersión. El Comité declaró que “la imposición de penas perpetuas a los autores (*life sentences*), como menores, sólo podría ser compatible con el art. 7, leído conjuntamente con los arts. 10.3 y 24, PIDCP, si hay una posibilidad de examen y perspectivas de liberación, no importa cual fuese la gravedad del crimen cometido y sus circunstancias”. Declaró que “esto no significa que la liberación deba ser necesariamente concedida. Más bien significa que la liberación no debería ser una mera posibilidad teórica y que el procedimiento de examen debería ser exhaustivo, permitiendo a las autoridades domésticas evaluar el progreso concreto hecho por los autores hacia la rehabilitación y la justificación para continuar la detención, en un contexto que tome en consideración el hecho de que tenían al momento de cometer el crimen catorce y quince años de edad, respectivamente” (confr. párr. 7.7).

En ese caso el Comité observó que la legislación doméstica no satisfacía ese estándar, porque el procedimiento de examen de la detención “esta[ba] sujeto según varias reformas a la legislación aplicable, a condiciones tan restrictivas que las perspectivas de liberación aparec[ían] extremadamente remotas”, teniendo en cuenta también una recomendación de un juez de que jamás fuesen liberados (*never to be released*). Consideró, además, el Comité que según la ley y la jurisprudencia domésticas “si eventualmente la liberación tuviese alguna vez lugar, ella estaría basada en la inminente muerte o en la incapacidad sobreviniente de los autores, y no en los principios de reforma y rehabilitación social contenidos en el artículo 10, párrafo 3, del Convenio [...]” (*ibídem*, párr. 7.8). El Comité concluyó que en esas condiciones, las penas perpetuas, del modo que eran aplicadas a los autores, no eran compatibles con las obligaciones asumidas por el Estado parte según el art. 7, leído en conjunto con los arts. 10.3 y 24,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

del Pacto (párr. 7.12). En esa observación se dio especial importancia a que se trataba de penas impuestas a menores de edad, que la ley doméstica requería que transcurriese un prolongado período antes de que pudieran promover el examen de su petición de liberación, que las causas por las que podían ser liberados se referían a inminencia de muerte o incapacidad sobreviniente, y había señalado que según el art. 10.3, PIDCP, el sistema penitenciario no debería ser “estrictamente retributivo” y que debería perseguir esencialmente la reforma y rehabilitación social del condenado.

Aunque la observación se refiere a la condena de niños, que requiere una justificación más estricta de la aplicación de penas y de la supervisión de su ejecución y duración, ella permite, sin embargo, extraer algún criterio general, que puede resumirse en que una pena perpetua, sea ésta impuesta a adultos o a niños, no es inconciliable con el art. 7, PIDCP, si: a) ofrece una perspectiva de liberación; b) la legislación doméstica ofrece un procedimiento de examen exhaustivo que permita evaluar el progreso concreto hecho por el condenado hacia la rehabilitación y, en su caso, la justificación para continuar la detención; c) no se restringe a casos *in extremis* o incapacidad sobreviniente.

Estimé también útil hacer una somera revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 3, de la Convención Europea para la salvaguarda de los Derechos del Hombre, que prohíbe la tortura y los tratos y penas crueles o inhumanas (en adelante TEDH y CEDH, respectivamente), no obstante que esa jurisprudencia se refiere a un tratado regional del que la República Argentina no es parte. El recurso a la jurisprudencia de un órgano de aplicación de un instrumento internacional elaborada en la interpretación de un tratado de derechos humanos de su competencia, para interpretar otro tratado distinto, es pleno de sentido como instrumento auxiliar, pero sólo resulta lícito en la medida en que exista



“equivalencia en lo esencial” entre las normas cuya interpretación se busca (Corte IDH, OC 5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Serie A, n° 5, sent. 13/11/1985, párrafos 44/45). De modo que, hecha esa salvedad, la jurisprudencia puede proveer instrumentos argumentales también aplicables a los arts. 7, PIDCP, 5.2 CADH y 16.2, CT, en la medida en que lo esencial tienen la misma ratio que el art. 3, CEDH.

Para decidir si la pena perpetua es compatible con el art. 3, CEDH, el abordaje del TEDH ha centrado el examen del marco legal doméstico que rige cada caso.

En “*Kafkaris v Chipre*” un condenado a pena de prisión perpetua por homicidio alegaba que su pena equivalía a una prisión indefinida. El TEDH declaró que la pena de prisión perpetua impuesta a un adulto no era en sí incompatible con el art. 3, CEDH, no obstante, que si ésta fuese *irreductible* podría ser incompatible con éste. Al respecto declaró que para decidir si era compatible con aquél, en el nivel doméstico debería haber algún procedimiento que permitiese la consideración de su liberación. Afirmó allí que era necesario examinar si la pena perpetua era pasible de ser reducida *de jure* y *de facto*, y se satisfizo con la posibilidad de obtener gracia o perdón (“*Kafkaris v, Chipre*”, Petición No. 21906/04, Gran Cámara, sent. de 12/02/2008, párr. 98).

En “*Vinter v Reino Unido*” (TEDH, Gran Cámara, peticiones nros. 66069/09, 130/10 y 3896/10, sent. de 09/07/2013) se trataba específicamente del examen de las penas perpetuas y de la posibilidad de una liberación anticipada en el sistema legal del Reino Unido. Los peticionarios habían sido objeto de “órdenes de por vida” (*whole life orders*), lo que significaba que la única vía para obtener su liberación estaba sujeta a la discreción del Secretario de Estado de Justicia del Reino, y sólo por razones humanitarias, por ejemplo en caso de enfermedad terminal (párr. 12). La Gran Cámara del TEDH adoptó un criterio más estricto que el anterior, mediante un escrutinio del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

procedimiento de examen de las penas de por vida, y declaró la existencia de violación al art. 3, CEDH, debido a la *irreductibilidad* de hecho de tales penas. En particular declaró necesaria la existencia de una perspectiva de liberación para que la pena perpetua fuese compatible con el art. 3, CEDH, y estimó que el poder de revisión del Secretario de Justicia era poco claro. Al respecto la Gran Cámara del TEDH fijó un estándar según el cual debe haber “un examen que permita a las autoridades domésticas considerar si los cambios en la vida del condenado son tan significativos, y si durante la ejecución de la pena ha hecho tal progreso en dirección a la rehabilitación que signifique que la continuación de la detención no puede ser ya justificada por razones penológicas” (párr. 119); varias de esas razones, que comprenden el castigo, la disuasión, la protección pública y la rehabilitación estarán presentes al momento de la imposición de la pena, pero no son estáticas y pueden variar en el curso de ejecución de la pena (párr. 111). El TEDH destacó que no tenía autoridad para prescribir la forma de examen, y que correspondía a los tribunales nacionales determinar la forma y los tiempos; sin embargo comparó legislaciones del ámbito europeo y del Estatuto de Roma que permitían la revisión a partir de los veinticinco años de ejecución de la pena, y después de ello periódicamente (párr. 118) y consideró injustificado que la ley no hubiese establecido un plazo para promover la revisión (párr. 129). En un voto concurrente, la jueza del TEDH Ann Power-Forde afirmó que los condenados deberían tener un “derecho a la esperanza” y debería dárseles la oportunidad de rehabilitarse mientras cumplían sus condenas, pues negarles “la experiencia de la esperanza” sería negarles un aspecto fundamental de su humanidad, y hacer eso sería degradante. Según esta idea la rehabilitación no es posible sin una perspectiva de liberación lo que concuerda con la observación de la Gran Cámara según la cual sería irrazonable esperar que el condenado



trabaje en pro de su rehabilitación sin saber qué debería hacer para ser elegible para la liberación, ni bajo qué condiciones (párr. 122).

Más tarde, en “*Ocalan v Turquía (Nro. 2)*”, la Segunda Sección del TEDH sostuvo que el hecho de que el Presidente sólo tenía autoridad para ordenar la liberación de un condenado a pena perpetua si fuese anciano o estuviese enfermo no correspondía a su estándar de “perspectiva de liberación” por motivos legítimos de orden penológico y por lo tanto violaba el art. 3, CEDH, (TEDH, “*Ocalan v Turquía (Nro. 2)*”, peticiones nros. 24069/03, 197/04, 6201/06 y 10464/07, sent. de 18/03/2014, párrs. 203 y 207).

Finalmente, en la sentencia emitida en el caso “*Hutchinson v. Reino Unido*” (petición No. 57592/08, sent. de 17 de enero de 2017), la Gran Cámara del TEDH destacó que, en el contexto del art. 8, CEDH, “el énfasis en la rehabilitación y reintegración se ha vuelto un factor imperativo que los Estados miembros necesitan tener en cuenta al diseñar sus políticas criminales” (“*Hutchinson*”, párr. 43, con remisión a “*Khoroshenko v. Rusia*”, [GC], párr. 121, entre otros). Afirmó que análogas consideraciones aplican según el art. 3, CEDH, dado que el respeto por la dignidad humana requiere de las autoridades de la prisión que se orienten a la rehabilitación de los condenados a penas perpetuas, de donde se sigue que la revisión de la pena perpetua “debe tomar cuenta del progreso que el penado ha hecho hacia la rehabilitación, evaluando si tal progreso ha sido tan significativo que la detención continua ya no puede ser justificada por razones penológicas legítimas, por lo que un examen limitado a razones humanitarias es insuficiente” (“*Hutchinson*”, párr. 43, con remisión a “*Vinter y otros*”, cit., párrs. 113-116 y 127).

En “*Hutchinson*” el TEDH afirmó que los criterios y condiciones establecidos en el derecho doméstico concernientes a la revisión deben tener un grado suficiente de claridad y certitud, lo que no sólo es un requerimiento general del imperio del derecho, sino que se atraviesa





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

con el proceso de rehabilitación, que corre el riesgo de ser impedido si el procedimiento de revisión de la condena y las perspectivas de liberación no son claras o certeras. Así declaró que “los condenados a una pena perpetua tienen derecho a saber desde el principio qué es lo que deben hacer para ser considerados para la liberación y bajo qué condiciones” lo que incluye el tiempo en que la revisión tendrá lugar o puede ser pedida (“*Hutchinson*”, párr. 44, con remisión a “*Vinter y otros*”, párr. 122). Es relevante señalar aquí que el TEDH ha dejado a salvo que no le correspondía establecer el tiempo en que debería proceder la revisión, y sin perjuicio de una indagación sobre los tiempos en materiales del derecho comparado e internacionales relevantes, ha indicado, sin embargo, que esta es una cuestión que cae dentro del margen de apreciación que ha de acordarse a los Estados Contratantes en materia de justicia criminal y de condena (“*Hutchinson*”, párr. 44, cit., con remisión a “*Vinter y otros*”, párrs. 104, 105 y 120).

En el caso “*Hutchinson*” se trataba de la legislación del Reino Unido, que no fijaba un plazo cierto para promover la revisión de la duración de la condena a pena perpetua, aunque según las disposiciones domésticas el condenado podía recurrir al Secretario de Estado en cualquier momento. El TEDH recordó su decisión en “*Vinter y otros*”, según la cual el condenado no debería ser obligado a esperar y cumplir un *número indeterminado de años* antes de que se le permita confrontar la pena con el art. 3, CEDH, y expresó que “en general, la provisión de una revisión automática de la condena después de un tiempo mínimo especificado representa una importante salvaguarda para el condenado contra el riesgo de violación del art. 3” (párrs. 66 y 67). Ahora bien, distinguió los casos en los que había sido llamado a examinar legislaciones domésticas que expresamente prohibían al condenado promover su liberación durante todo el curso de la condena, en los que declaró que correspondía al Estado establecer un procedimiento de



revisión fijando el tiempo mínimo de años que debía cumplir de la pena (*Öcalan no. 2*), de los casos del Reino Unido y Chipre en el que el proceso de revisión podía ser promovido por el condenado en cualquier momento, sin necesidad de haber cumplido un tiempo mínimo, y finalmente lo distinguió de un tercer grupo de casos en los que el sistema doméstico fijaba un tiempo a partir del cual el condenado tendría derecho a una revisión de la duración de la pena (*“Hutchinson”*, párr. 68, con cita de *“Čačko v. Slovakia”*, petición no. 49905/08, sent. de 22/07/2014, y de *“Bodein v. Francia”*, petición no. 40014/10, sent. de 13/11/2014). El TEDH declaró que, en vistas de los hechos de ese caso, no encontraba reservas en punto a la indeterminación y a las repercusiones en toda la vida del condenado, porque éste podía ser liberado “en cualquier tiempo” y quedaba a disposición de éste instar el mecanismo de revisión en cualquier tiempo, y se excusó de examinar cuán eficiente sería ese mecanismo, en la medida en que el peticionario no había alegado que se le impidiera o disuadiera de usarlo. No obstante -sin fijar un estándar temporal- recordó que en el derecho comparado y el derecho internacional relevantes, se observa un “claro apoyo por la institución de un mecanismo especial que garantice que la revisión tenga lugar no más allá de los veinticinco años después de la imposición de la prisión perpetua, con ulteriores revisiones periódicas” (párr. 69, con remisión a *“Vinter y otros”*, párr. 120).

Es útil destacar que en *“Bodein v. Francia”* (citado en la triple distinción de *“Hutchinson”*, párr. 68) se trataba de la aplicación de la ley francesa según la cual procedía el reexamen de la situación del condenado a pena de prisión de seguridad perpetua después de cumplidos treinta años de la pena, a instancias de aquél o del ministerio público, para acordar medidas de ajuste de la pena, en particular la liberación condicional. Ese reexamen tenía por objeto un pronunciamiento sobre la peligrosidad del condenado, que tomase cuenta de su evolución en el curso de la ejecución de su pena. La





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Quinta Sección del TEDH declaró que a diferencia del sistema británico, el sistema no ofrecía incertidumbre sobre la existencia de una “perspectiva de liberación”, y tomó nota de que incluso el juez de ejecución podría poner fin a la pena “en consideración al comportamiento del condenado y de la evolución de su personalidad” (“*Bodein v. Francia*”, párr. 60). El TEDH recordó que ella no tenía por función decir a partir de qué momento correspondería tal examen, en vistas del margen de apreciación que corresponde acordar a los Estados en esta materia (*ibídem*, con cita de “*Vinter y otros*”, párr. 120). Observó que “el plazo de treinta años previsto [en la ley francesa] se ubica más allá de la “tendencia en favor de la instauración de un mecanismo especial que garantice un primer reexamen dentro de un plazo máximo de veinticinco años *después de la imposición de la pena perpetua*” (*ibídem*). Observó, no obstante, que la ley doméstica permitía computar el tiempo total de encarcelamiento, incluido el sufrido con anterioridad a la imposición de la pena, y así deducir la detención provisional de la pena a ejecutar por lo que, computando la prisión cautelar, en el caso el condenado podría petitionar el reexamen y eventualmente obtener la liberación condicional veintiséis años después del pronunciamiento de la sentencia firme de condena. Declaró así que “en vistas del margen de apreciación de los Estados en materia de justicia criminal y de determinación de penas, el Tribunal concluye que esta posibilidad de reexamen de la reclusión a perpetuidad es suficiente para considerar que la pena pronunciada contra el requirente es susceptible de reducción a los fines del art. 3 de la Convención” y que “por lo tanto no ha habido violación de esta disposición” (“*Bodein*”, párrs. 61 y 62).

Dicho esto, se observa que en principio el régimen legal del art. 13 –texto vigente–, CP, no establece una duración máxima de la ejecución de las penas de prisión y reclusión perpetuas, sino un tiempo mínimo de ejecución de treinta y cinco años. Esta indeterminación no



permite sostener que la pena perpetua sea inhumana o degradante, porque el sistema legal ofrece una perspectiva de obtener la libertad condicional, de renovar el pedido periódicamente si fuese denegada, y de obtener la extinción al cabo de cinco años de obtenida.

El repaso de decisiones internacionales ofrece puntos para un examen crítico y permite sostener que ni la indeterminación en sí, ni una exigencia de un mínimo de ejecución de treinta y cinco años de pena -computando en ella el tiempo de prisión cautelar- conducen por sí solo a calificar a la pena perpetua regulada en el Código Penal argentino como inhumana o degradante.

En cuanto a la indeterminación inicial es pertinente reproducir aquí lo declarado por el TEDH en el caso “*Bodein v. Francia*”, ya citado. Allí el TEDH expresó que lo que prohíbe el art. 3, CEDH, “es que la pena sea *de jure* y *de facto* irreductible. En el caso contrario, no se plantea ninguna cuestión bajo el ángulo del art. 3 si, por ejemplo, un condenado a perpetuidad, en virtud de la legislación nacional, puede teóricamente obtener una liberación, y demanda ser liberado, pero es rechazado por razón de que constituye todavía un peligro para la sociedad”. Ha declarado el TEDH que “la Convención impone a los Estados contratantes tomar medidas orientadas a proteger al público de crímenes violentos y no prohíbe infligir una pena de duración indeterminada a una persona hallada culpable de una infracción grave, que permita mantenerla detenida mientras lo requiera la protección del público”. Ha declarado también que “por lo demás, para determinar si una pena perpetua puede ser tenida por irreductible, hay que indagar si puede decirse que el detenido condenado a perpetuidad tiene chances de ser liberado. Allí donde el derecho nacional ofrece la posibilidad de revisar la pena perpetua con el fin de conmutarla, suspenderla, de ponerle fin o incluso de liberar al detenido bajo condiciones, están satisfechas las exigencias del art. 3” (párr. 54).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Establecido que la posible duración indeterminada de la pena no constituye en sí misma a la pena en inhumana o degradante, en la medida en que el condenado tenga una perspectiva de liberación, ha de destacarse también que, aunque el mínimo de treinta y cinco años de cumplimiento de la pena configura un tiempo de duración considerable, sería necesario demostrar que ese tiempo *-de jure-* es desproporcionado a la infracción, o, en las circunstancias del caso y del condenado, *de facto* equivaldría con toda probabilidad a una pena de por vida.

El tiempo a partir del cual podría el condenado promover su libertad condicional, los requisitos que debe satisfacer, y las razones preventivas por las que le podría ser denegada, no son puramente discrecionales y están suficientemente indicados en el art. 13, CP, así como el procedimiento y la autoridad judicial competente para conceder o denegar la liberación están también regulados en los arts. 491 y 505 a 510, CPPN, y en particular en los arts. 7, IV.3, 28, 30, 31, 104, de la Ley 24.660, y en los arts. 40 a 48, del decreto n° 396/1999.

Finalmente, tampoco se demuestra que el tiempo mínimo de treinta y cinco años de privación de libertad computable para la pena, exigido por el art. 13, CP, sea evidentemente desproporcionado a la gravedad de la infracción de homicidio *criminis causae* por el que ha sido condenado Sebastián Alejandro Guerra. A este respecto, es de señalar que este tiempo es apenas superior al tiempo de los treinta y tres años y cuatro meses requerido para obtener la libertad condicional cuando se trata del máximo de la pena temporal de cincuenta años de prisión o reclusión que puede imponerse en los casos de concurso real de delitos, según el art. 55, CP. Aunque en otro contexto legal, la Corte Suprema ha desechado por falta de fundamentación la alegación de que una pena de treinta y cuatro años y seis meses de prisión fuese en sí una pena cruel, inhumana y degradante, y ha declarado que una pena de esa magnitud “resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico, sin que aquí se la haya descalificado constitucionalmente per se”, y señalando



la “extrema gravedad de los diversos hechos por los que se condenara [al recurrente]” incumbía a la defensa exponer razonadamente por qué habría de admitirse la impugnación de inconstitucionalidad (Fallos: 333:866; “*Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel*”, sent. de 08/09/2010). De modo que se requiere que quien impugna la pena por desproporcionada al injusto demuestre de modo puntual y razonado con referencia a las circunstancias concretas del caso la desproporción que alega.

Ahora bien, lo que vuelve a la pena de prisión perpetua impuesta a Sebastián Alejandro Guerra inconciliable con los arts. 7, PIDCP, 5.2, CADH y 16.2, CT, es la inexistencia de un régimen jurídico que permita al condenado alguna esperanza razonable de liberación si hace sus esfuerzos en el curso de la ejecución para aprovechar todas las herramientas que lo ayudarían a la reinserción en la vida libre. Pues el art. 14, CP, lo priva de esa esperanza al obstar a cualquier posibilidad de liberación en algún momento después de haber cumplido alguna parte relevante de su condena. La excepción de esta disposición tiene por única razón la retribución a quien ha cometido infracciones de las más graves del Código Penal. Ahora, la gravedad está ya suficientemente expresada con la conminación de la pena más grave del catálogo penal, pero la exclusión de alguna posibilidad objetiva de liberación prescinde de tomar en cuenta “el progreso que el penado ha hecho hacia la rehabilitación, evaluando si tal progreso ha sido tan significativo que la detención continua ya no puede ser justificada por razones penológicas legítimas” y busca exclusivamente causar dolor y excluir al condenado de la vida social libre, transformando a los establecimientos penitenciarios en jaulas de seres humanos sin otra finalidad. La posibilidad teórica de obtener un indulto o conmutación no priva a las penas perpetuas que se ejecutan según el art. 14, CP, porque se trata de decisiones del poder ejecutivo puramente discrecionales.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Así, por todas estas consideraciones, concluyo en este punto que el art. 14, CP, en cuanto obsta a que los condenados a penas de reclusión o prisión perpetua puedan en algún momento de la ejecución de la pena obtener una decisión que examine la posibilidad de obtener la libertad, es inconciliable con la prohibición de aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes del art. 7, del PIDCP, 5.2, CADH, y 16.2, CT, y que por ende, no puede aplicarse cuando se trata de penas de prisión o reclusión perpetuas, de modo que todo condenado a tal clase de penas sepa, desde el primer día de cumplimiento de su pena, que podrá aspirar a la libertad condicional cuando satisfaga todos los presupuestos del art. 13, CP.

A este respecto, es innecesario establecer un tiempo de agotamiento de la pena de prisión o reclusión perpetuas, porque este viene fijado en la ley, por referencia al art. 13, en función del art. 16, CP, que declara que “transcurrido [...] el plazo de cinco años señalado en el artículo 13, sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12”.

Un problema especial podría plantearse en la eventualidad de que la libertad condicional concedida durante la ejecución de una pena de prisión o reclusión perpetuas fuese revocada por alguna de las causales del art. 15, CP, en cuyo caso no podría el condenado volver a pretender una nueva liberación condicional, según lo prohíbe el art. 17, CP. En este caso, sin embargo, no sería la pena perpetua la que entraría en colisión con las disposiciones convencionales citadas, sino, eventualmente, el art. 17, CP. Sin embargo, es inoficioso examinar aquí el problema, porque referiría a un evento conjetural y no actual, en tanto presupondría que el condenado a pena de prisión o reclusión perpetua hubiese satisfecho los requisitos para la obtención de la libertad condicional, que la hubiese promovido y le hubiese sido concedida, y que hubiese cometido un nuevo delito o incurrido en



alguno de los incumplimientos que autorizan a su revocación. Sobre tal base conjetural que requiere de presupuestos de hecho que no han ocurrido, y que son eventuales, no puede juzgarse que la prisión perpetua, tal como está concebida en el Código Penal, es siempre y en todo caso inconciliable con las disposiciones que enuncian la finalidad esencial de reinserción social y proscriben la posibilidad de que persigan la exclusión social de modo definitivo e irrevocable.

Concluyo así, que debe declararse que el art. 14, CP, es inaplicable en los casos de penas de reclusión o prisión perpetuas.

9.b.5. La defensa de Cristian Damián Sotelo y de Nicolás Sebastián Baltazar, había impugnado también el art. 14, CP, en relación a la pena de prisión perpetua que se les había impuesto en la sentencia recurrida, recurriendo a lo que define como “principio de progresividad”, que dice se infiere del art. 29, inc. b, CADH, que pretende impediría reformas regresivas que priven de la posibilidad de libertad condicional en casos en los que antes la ley lo permitía.

La conclusión a la que he llegado más arriba, en cuanto he propuesto la modificación de la calificación jurídica del hecho n° 5 (punto **6.e**), y el reenvío para la fijación de una pena temporal por un nuevo tribunal que deberá determinarse dentro de una escala determinada, hace inoficioso examinar la corrección de estas alegaciones, porque el gravamen ya no es actual sino conjetural.

La Defensa Pública de Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar había también impugnado de inconstitucionalidad el art. 56 bis, de la Ley 24.660.

Sin abrir juicio sobre el fondo de la cuestión planteada, en vistas de lo que he concluido en el punto **6.e** precedente, hasta tanto no se dicte respecto de los nombrados una nueva sentencia sobre la pena, es inoficioso el tratamiento de esa impugnación.

10. Recurso de casación de la representante de la fiscalía.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

10.a. La representante de la fiscalía se ha agraviado de la calificación legal por la que el Tribunal Oral de Menores condenó a Sebastián Alejandro Guerra, Nicolás Sebastián Baltazar y Cristian Damián Sotelo en el marco de la causa n° 7627, en tanto no aplicó la circunstancia agravante del art. 41 *bis*, CP, en relación al hecho 5.

Este motivo de agravio del Ministerio Público es inadmisibles en lo que concierne a la condena impuesta a Sebastián Alejandro Guerra, porque no supera el límite objetivo del art. 458, inc. 2, CPPN, que sólo lo autoriza a recurrir contra “la sentencia condenatoria, cuando se haya impuesto una pena privativa de libertad inferior a la mitad de la requerida”.

Ello, habida cuenta de que en el alegato final al cabo del debate la fiscalía había solicitado se impusiese a los acusados una pena de prisión perpetua por la que en definitiva se los condenó. De este modo, no satisfecho el requisito objetivo aludido y atendiendo a que la modificación de la calificación legal que pretende la recurrente no tendría además ningún efecto sobre el monto de pena que finalmente ha sido impuesto a Sebastián Alejandro Guerra, se concluye que el recurso de casación ha sido mal concedido en este punto.

10.b. Por otra parte la fiscalía se había quejado de la omisión de aplicación de la agravante del art. 41 *quater*, CP, respecto de Horacio Eduardo Arroyo en los hechos de la causa n° 7627 por los que había sido absuelto en la sentencia. Asimismo, en el acápite siguiente de su recurso dirige la misma crítica contra la absolucióndictada en favor de Arroyo (y de todos los demás imputados, incluso de los que fueron encontrados responsables de la comisión de esos hechos) en relación a la imputación de portación de arma de guerra contenida en la acusación de la causa n° 7627.

Atento a la conclusión que se ha arribado más arriba (*vide supra* punto **10.a**), en el sentido de que el recurso de casación interpuesto por



la fiscalía contra el dispositivo VI de la sentencia es inadmisibile, resulta abstracta la pretensión que aquí se enuncia.

10.c. Por último, la representante del Ministerio Público recurre la absolució de Brian Daniel Emanuel Noguera por la imputación de portación de arma de guerra que incluyó dentro de la acusación por la causa n° 7627.

Según se desprende del acta que documenta la exposició de alegatos de las partes una vez concluido el debate oral y público, la fiscal Susana Pernas había acusado a Noguera como coautor de los hechos de la causa n° 7627 por los que solicitó la imposición de una pena de prisión perpetua; y como autor del delito de encubrimiento reiterado en cinco oportunidades en el marco de la causa n° 7801, por los que pidió se lo condenase a cuatro años de prisión.

Caben aquí las mismas consideraciones efectuadas en el punto **10.b** respecto de Horacio Eduardo Arroyo.

En función de ello se concluye que los acápite 1 y 2 del recurso de la fiscalía han sido mal concedidos por el *a quo*.

11. Pena de tres años de prisión impuesta a Brian Daniel Emanuel Noguera en el marco de la causa n° 7801.

Alterando el orden de presentación, he dejado para considerar en último término la impugnación de la defensa de Brian Daniel Emanuel Noguera y de la Defensora de Menores, dirigida contra la decisión de imponer pena al nombrado, alegando inobservancia del art. 4, de la ley 22.278. La alteración del orden se explica por razones lógicas, pues al mismo tiempo el Ministerio Público había impugnado el dispositivo VI de la sentencia por el que se había absuelto al nombrado de las acusaciones por los hechos objeto de la causa n° 7627; de modo que, de haber tenido éxito la fiscalía en su impugnación, habría sido de inoficioso tratamiento el agravio de la defensa que ahora se aborda.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Al momento de decidir sobre la necesidad de imposición de pena a Brian Daniel Emanuel Noguera el juez de primer voto, al que adhirieron los demás, relevó las condiciones en las que éste había transitado su período de tratamiento desde la fecha de su disposición el 19 de diciembre de 2012 hasta el momento de la sentencia que se dictó el 19 de diciembre de 2014.

En función de ello concluyó que “no puede negarse que Noguera ha mantenido un comportamiento aceptable intramuros. Sin embargo, no me parece que existan indicadores confiables en los cuales basarse para afirmar [que] podrá sostener dicha conducta una vez externado”.

Fundó su postura en el hecho de no haber observado “durante los más de tres meses de debate, que el joven recapacitara sobre la gravedad de los hechos en los cuales se involucró y las graves consecuencias que generaron”. Explicó que “[e]llo quedó puesto de manifiesto cuando pretendió justificar su conducta durante sus sendos descargos en la audiencia de debate”.

11.a. Según el art. 4, de la Ley 22.278, establecida la responsabilidad del imputado por delito cometido entre los dieciséis y los dieciocho años de edad, el pronunciamiento judicial sobre la necesidad de aplicarle una pena está condicionado a que haya cumplido al menos dieciocho años, y a que haya sido sometido a un cierto tiempo de observación y tratamiento tutelar.

La conexión entre tratamiento y edad alcanzada es evidente tan pronto se toma en cuenta que la necesidad de pena se enjuicia por cuatro criterios: las modalidades del hecho, los antecedentes del imputado, el resultado del tratamiento tutelar, y la impresión directa recogida por el juez o tribunal. En el voto de la causa “*Prieto Oscar Damián*” citado en el número anterior, y en sus antecedentes, he destacado que el art. 4, de la ley 22.278, permite una amplia disociación



entre la cuestión de la medida del injusto y la culpabilidad y la cuestión de la necesidad de pena, y en su caso, de la necesidad de ejecutarla.

De modo que no se trata solamente de decidir la aplicación de una pena una vez satisfechos los criterios de atribución objetiva y subjetiva del hecho al niño, o en otros términos de la comprobación de que ha realizado un hecho prohibido o mandado en una ley penal, y que ha sido hallado responsable por estar satisfechos los criterios que autorizan a un reproche de culpabilidad. Aun establecido que el agente es responsable de un injusto culpable, otros criterios adicionales son necesarios, según la ley, para imponerle una pena.

La ley parte de la consideración de “las modalidades del hecho”. Aquí pesan, en primer lugar, los componentes objetivos del injusto y la culpabilidad del agente por éste. Tratándose de un niño, el reproche de culpabilidad no puede dejar de tomar en cuenta no sólo la gravedad del injusto, sino la edad del niño al momento de cometerlo, y sus demás circunstancias personales, en cuanto son relevantes para estimar cuál es el grado de comprensión de la criminalidad del hecho ejecutado, y cuál el rango de autodeterminación de que gozaba al ejecutarlo.

En el caso de Fallos: 328:4343 (“*Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado*”), que evoca la recurrente, la Corte Suprema ha declarado que “la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia” (voto de la mayoría de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, consid. 36). Allí se advirtió que “existen casos [...] en los que niños y adolescentes incurrir en





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico [n]o obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas” y se expresó que “[e]sta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional” (*ibídem*, consid. 37), señalando que, por referirse a niños, se trata de personalidades cuya esfera afectiva no ha alcanzado su completo desarrollo.

En el caso citado sentenció la Corte que “[...] en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental” y concluyó que “[e]n tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto” (*ibídem*, consid. 40). Aunque no se infiere forzosamente de la CDN esta conclusión como regla general imperativa, el resultado encuentra apoyo en el inc. 1, del art. 40, CDN, que indica tener en cuenta la edad del niño, al tiempo que el inciso 4, prescribe que, al momento de decidir la medida a aplicar al niño



declarado culpable de una infracción penal, ésta guarde proporción con sus circunstancias.

En definitiva, en el primer criterio del art. 4, de la Ley 22.278, se trata pues de componentes del injusto y de la culpabilidad sopesados con especial consideración a las características personales y situación del niño al cometerlo.

De suerte tal, es admisible, por ejemplo, establecer distinciones respecto de un mismo injusto objetivo, según si el niño apenas había entrado en la edad de imputabilidad, o si estaba más próximo a cumplir los dieciocho años y adquirir plena imputabilidad, en la medida en que en casos regulares la edad es indisociable del mayor o menor grado de desarrollo de su personalidad y de su esfera afectiva, y de su rango de autodeterminación en relación a esos componentes. Las circunstancias personales, en especial las que constituyen indicio de su mayor o menor grado de socialización al momento de cometer el delito, son relevantes también para la graduación de la pena según la culpabilidad. Sobre estas bases se establece el reproche máximo que admite la culpabilidad de ese niño en concreto.

Ahora bien, si en general se admite que en vista de menores necesidades preventivo especiales la pena determinada respecto de un adulto sea inferior a la que correspondería al reproche de culpabilidad merecido (Roxin, Claus, Sentido y límites de la pena estatal, en “Problemas básicos del derecho penal”, ed. Reus, Madrid, 1976, ps. 26 y 30; Stratenwerth, Günter, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil II, Strafen und Maßnahmen*, 2a. ed. Stämpfli & Cie. AG, Berna, 2006, p. 204, nros. 70/72.), esto es tanto más indicado cuando se trata de un niño que no ha completado su proceso de evolución personal, y en particular de socialización, proceso del que, según éste se desarrolle, podrían esperarse menores necesidades preventivo especiales o, alternativamente, por las circunstancias del niño, podría estimarse que las necesidades preventivas podrían procurarse por otra vía. Las





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

diversas medidas que puede intentar el Estado respecto de ese niño, el ofrecimiento de ayuda a sus padres, si fuese posible, el intento de integrarlo en un proceso educativo o eventualmente terapéutico, con miras a ayudarlo a completar su socialización, o a incorporar pautas de respeto de los derechos de los demás, o rutinas para el desenvolvimiento en la vida cívica, son alternativas preferidas por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40.1 y 4, CDN).

Sin embargo, puesto que la ley “supedita” la aplicación de una sanción a la consideración de “las modalidades del hecho”, la disposición no se agota en la constatación del injusto y de la culpabilidad, sino que sugiere una apreciación político criminal que indique la necesidad de aplicación de una pena. Porque si no se constatare la presencia de los requisitos para establecer que el imputado ha cometido un injusto culpable, entonces, directamente, no procedería la aplicación de una pena, por aplicación de las reglas generales que abarcan la atribución de responsabilidad penal tanto a niños como a adultos.

En este campo pesan pues, no sólo el injusto y la culpabilidad, sino la gravedad del injusto y la gravedad de la culpabilidad, de modo que hechos de escasa gravedad o casos de una culpabilidad menor, hacen “innecesaria” la aplicación de una pena.

Aunque lo que aquí digo vale de modo general en la ley, que no distingue entre las distintas sanciones posibles, vale en particular en lo que se refiere a la pena privativa de libertad. A este respecto el art. 4 de la Ley 22.278 debe ser interpretado de conformidad con el art. 40, inc. 4, CDN.

El art. 4, de la Ley 22.278, inicia la enunciación de los criterios decisivos mencionando “las modalidades del hecho”. Si este artículo ha de interpretarse en concordancia con los arts. 37 y 40.4, CDN, entonces la decisión sobre la aplicación de una medida de institucionalización,



incluidas en esta categoría las penas privativas de libertad o una medida alternativa a éstas, ha de tener en cuenta la “proporción” con la infracción. A este respecto no es ocioso recordar que se entiende que la pena privativa de libertad debe quedar reservada a las infracciones más graves, porque según el primero de los artículos citados sólo se puede recurrir al encarcelamiento como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda (*vide* su Observación General n° 10 sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”, doc. UN CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, § 71).

11.b. Ahora bien, examinado el caso bajo la luz del estándar propuesto *supra* encuentro constatado el defecto de fundamentación que acusa la defensa, respecto de la necesidad de aplicación de pena a Brian Daniel Emanuel Noguera establecida por el *a quo*.

En primer lugar observo que el Tribunal Oral de Menores, de forma genérica y sin ninguna conexión concreta con los hechos de la imputación, ha determinado que éstos fueron graves y que han tenido graves consecuencias, y afirmado que no ha constatado signos de arrepentimiento en el joven Brian Daniel Emanuel Noguera. Sin embargo, no ha hecho mérito de las circunstancias fácticas que tuvo por probadas en la sentencia, entre las que se desprende que todos los efectos previamente sustraídos a las víctimas de los desapoderamientos reseñados a fs. 3426/3427 fueron hallados en el domicilio del nombrado en un único acto de registro llevado a cabo el 18 de diciembre de 2012, cuando éste tenía dieciséis años, esto es, en el umbral mínimo de imputabilidad legal.

Si en la decisión sobre la necesidad de aplicación de una pena a una persona que ha cometido un hecho delictivo entre los dieciséis y dieciocho años, viene en primer lugar la consideración acerca del hecho, su mayor o menor gravedad, y la menor o mayor culpabilidad del imputado, entonces esa necesidad de pena sólo puede evaluarse frente a un injusto concreto, realizado por un autor concreto, en el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

marco de sus posibilidades de comprenderlo y obrar. En segundo lugar el art. 4, de la Ley 22.278, inicia la enunciación de los criterios decisivos mencionando “las modalidades del hecho”, y si éste ha de interpretarse en concordancia con los arts. 37 y 40.4, CDN, entonces la decisión sobre la aplicación de una medida de institucionalización -incluidas en esta categoría las penas privativas de libertad o de una medida alternativa a ésta-, ha de tener en cuenta la “proporción” con la infracción, dejando reservada la pena privativa de libertad a las infracciones más graves.

Ahora bien, no encuentro que el delito de encubrimiento agravado por el que ha sido condenado Brian Daniel Emanuel Noguera revista una gravedad tal que reclame la imposición ineludible de una pena de prisión en función de su gravedad, en tanto éste no está comprendido dentro del catálogo de las infracciones de mayor reproche del Código Penal.

Además en la sentencia no se expone, con arreglo a criterios sustanciales, cuál es la razón que permitiría inferir que Brian Daniel Emanuel Noguera no sería capaz de sostener el “comportamiento aceptable” en el medio libre, sin tomar en cuenta el desempeño demostrado durante su internación, a cuyo efecto no basta la alusión a la inexistencia de “indicadores confiables”. No encuentro en la sentencia ninguna base objetiva para fundar tal pronóstico, por lo que éste aparece como una afirmación meramente intuitiva que, como tal, es insuficiente para justificar la necesidad de aplicación de una pena de prisión al imputado por un delito de gravedad relativamente menor.

Ese defecto de fundamentación de la sentencia recurrida se evidencia además en el hecho de que no se señalan elementos negativos que, sopesados en el contexto de toda la información que se relevó en el caso, permitiesen concluir en un pronóstico preventivo especial negativo respecto de Brian Daniel Emanuel Noguera. Tampoco se observan consideraciones específicas sobre la factibilidad de



reintegración en contexto de contención, tan pronto se observa que la sentencia reconoce que su familia lo visitaba asiduamente y constituía “un gran sostén normativo y afectivo” para aquél, que se encontraba realizando tratamiento psicológico y cursando el primer ciclo de educación secundaria.

La omisión de tratamiento de todos esos extremos, sumado a la inferencia meramente dogmática y sin base objetiva respecto de las posibilidades de Brian Daniel Emanuel Noguera de reintegrarse al medio libre, tornan arbitraria la sentencia por encontrarse deficientemente fundada, por lo que debe ser anulada en este punto. Esta decisión impone que el caso sea reenviado a otro tribunal de juicio a fin de que emita un nuevo pronunciamiento respecto de la necesidad de aplicación de una pena a Brian Daniel Emanuel Noguera atendiendo a las pautas aquí expuestas. En estos términos, resulta inoficioso examinar los agravios introducidos por el Defensor Público de Noguera respecto de la medida de la pena impuesta por el *a quo*.

12. Por las razones expuestas, concluyo que corresponde: **I)** Declarar inadmisibles los recursos de casación interpuestos por la fiscalía (arts. 432, 468 y 458, inc. 2, CPPN, *a contrario sensu*); **II)** Declarar inadmisibles los recursos de casación interpuestos por el defensor de Sebastián Alejandro Guerra en lo que hace a la impugnación del rechazo del planteo de nulidad de la “actuación policial” y del reconocimiento en rueda de personas a que aquél fue sometido (arts. 463, 170, inc. 1, CPPN); **III)** Rechazar los recursos de casación interpuestos por el defensor particular de Sebastián Alejandro Guerra y por el defensor público de Cristian Damián Sotelo, Nicolás Sebastián Baltazar y Brian Daniel Emanuel Noguera, en cuanto han impugnado el rechazo de sus pedidos de anulación de los autos de fs. 373/374 y 468/469 y de las órdenes de allanamiento; y en consecuencia confirmar la sentencia recurrida en este punto (art. 463, CPPN); **IV)** Rechazar el recurso de casación interpuesto por el defensor particular de Sebastián





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Alejandro Guerra en todo lo demás, y en consecuencia, confirmar el punto dispositivo XIII de la sentencia que lo condenó a la pena de prisión perpetua como autor de los delitos de robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en grado de tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627) que concurre materialmente con los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas de fuego en grado de tentativa, en concurso real con homicidio calificado por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito y para procurar la impunidad para sí o para terceros, reiterado en dos oportunidades una de ella en grado de conato (hecho 5 de la causa 7627) (arts. 42, 44, 45, 55, 80, inc. 7, 166, inc. 2do, párrafo segundo, CP); **V)** Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el defensor público de Cristian Damián Sotelo, reformar parcialmente el punto dispositivo X de la sentencia y declararlo autor responsable de los delitos de robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en grado de tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627) que concurren realmente con los delitos de robo con homicidio, en concurso ideal con robo ejercido con violencias que causaron lesiones del art. 90/91, CP, (hecho 5 de la causa 7627) (arts. 42, 45, 54, 55, 165, 166, incs. 1 y 2, párrafo segundo, CP); **VI)** Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el defensor público de Nicolás Sebastián Baltazar, reformar parcialmente el punto dispositivo XII de la sentencia y declararlo autor responsable de los delitos de robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en grado de tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627), que concurren materialmente con robo con homicidio, en concurso ideal con robo ejercido con violencias que causaron lesiones del art. 90/91, CP, (hecho 5 de la causa 7627) (arts. 42, 45, 54, 55, 165, 166, incs. 1 y 2, párrafo segundo, CP); **VII)** Disponer que por otro tribunal, se dicte nueva sentencia sobre la necesidad y medida de la pena respecto de Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar según los criterios aquí



expuestos; **VIII)** Rechazar la tacha de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua introducida por la defensa particular de Sebastián Alejandro Guerra; **IX)** Hacer lugar parcialmente al planteo de inconstitucionalidad de la defensa de Sebastián Alejandro Guerra del art. 14, CP, y en consecuencia, declarar inaplicable esa disposición en los casos de penas perpetuas; y declarar inadmisibles la restante impugnación de inconstitucionalidad del art. 56 *bis*, Ley 24.660 (art. 463, CPPN); **X)** Declarar inadmisibles y por lo demás inoficioso el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del art. 80, inc. 7°, CP, introducido por la defensa de Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar; **XI)** Declarar inoficioso el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad de los arts. 14, CP, y 56 *bis*, Ley 24.660, introducido por la defensa de Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar; **XII)** Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el defensor público de Brian Daniel Emanuel Noguera, anular el punto dispositivo XV de la sentencia, y en consecuencia, reenviar el caso a otro tribunal de juicio a fin de que emita un nuevo pronunciamiento respecto de la necesidad de aplicación de una pena al nombrado atendiendo a las pautas aquí expuestas.

Atento al éxito parcial obtenido por las defensas de los condenados, el pronunciamiento debe hacerse sin costas (arts. 530 y 531, CPPN). El recurso de la fiscalía que entiendo inadmisibles se rige por la regla especial del art. 532, CPPN.

Así voto.

El juez **Eugenio C. Sarrabayrouse** dijo:

1. Según se expuso en el voto que lidera el acuerdo (punto II), contra la sentencia dictada en las presentes actuaciones se introdujeron los recursos que seguidamente se enumeran.

La defensa particular de Sebastián Alejandro Guerra planteó: **a)** la nulidad de la labor pericial, de las intervenciones telefónicas y de los





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

allanamientos practicados; **b)** una deficiente y defectuosa valoración de los hechos del proceso; y **c)** la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

A su turno, la defensa oficial de Nicolás Sebastián Baltazar y de los menores Brian Daniel Emanuel Noguera y Cristian Damián Sotelo alegó: **a)** la nulidad de las intervenciones telefónicas; **b)** la carencia de motivación de la sentencia; **c)** la afectación al principio de congruencia; **d)** la errónea calificación legal de los hechos; **e)** la errónea interpretación y aplicación del art. 4, ley 22.278; y **f)** la inconstitucionalidad del art. 14, CP y de la pena de prisión perpetua.

A su vez, durante el término de oficina introdujo un nuevo agravio: **g)** la inconstitucionalidad del art. 80 inc. 7°, CP.

Por su parte, la defensora pública de menores e incapaces requirió con relación a Sotelo que: **a)** se redujera su pena a 10 años de prisión; y **b)** se declarara la inconstitucionalidad del art. 14, CP.

Por otro lado, las representantes del Ministerio Público Fiscal adujeron que: **a)** existió arbitrariedad en la valoración de la prueba que llevó a la absolución de Horacio Eduardo Arroyo y Brian Daniel Emanuel Noguera en la causa 7627; **b)** debían aplicarse las agravantes del art. 41 *bis* y 41 *quater* (la última con respecto a Arroyo); **c)** correspondía condenar a todos los involucrados por el delito de portación de arma de guerra; y **d)** no se había valorado la aplicación de la agravante prevista por el art. 80 inc. 8°, CP.

2. Así planteado el caso, adhiero al voto del juez Horacio Días en lo que respecta al rechazo de las nulidades planteadas en torno a la labor pericial, las intervenciones telefónicas y los allanamientos practicados, aspectos estos últimos en los cuales también comparto las consideraciones del juez García (punto 3); a la valoración de los hechos y las pruebas, que luce correcta (punto 4); y al rechazo de la afectación



al principio de congruencia (punto 6) de acuerdo con los criterios sentados en los precedentes “Acosta”¹, “Gómez”² y “Álvarez”³, entre otros. Por ende, y a la luz de las razones expuestas por el colega, corresponde rechazar los recursos interpuestos en lo atinente a todos estos aspectos.

3. Con relación a la calificación legal del hecho indicado como n° 5 de la causa 7627, se adhiere a la solución propuesta por el juez García, por compartir sus argumentos y conclusiones (puntos 5 y 6 de su voto) en los términos desarrollados en los precedentes “Paulides”⁴, “Mejía Uriona”⁵, “Insúa”⁶, “Cicopieri”⁷, “Cañete y Aranda”⁸ y “Di Bella”⁹, con las aclaraciones que se efectuarán a continuación.

Sin perjuicio de la discusión dogmática resumida por el colega en aquellos puntos, la cuestión central radica en establecer el modo en que se consideró acreditada la participación de cada interviniente en el delito previsto por el art. 80 inc. 7°, CP. Aquí es donde se observa que la única conducta que el *a quo* describió claramente como constitutiva de esa figura legal fue la de Guerra (“...*De lo expuesto interpreto que Guerra efectivamente abrió fuego dando por abortado el robo al advertir el estado policial de Ghiglione, e intuir que éste se defendería...*” –fs. 3492–).

En efecto, para sostener la participación de Sotelo en ese hecho, se valoró su confesión (dijo que “...*comenzó a escuchar tiros, no pudiendo precisar de dónde provenían porque instintivamente se agachó buscando resguardo... se ocupó de quemar ambos autos...*” y que quienes lo acompañaban no eran las personas imputadas en el juicio –fs. 3476 vta.–); la declaración del testigo Lencina (“...*aseguró*

¹ Sentencia del 20.5.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 88/15.

² Sentencia del 21.12.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 793/15.

³ Sentencia del 17.5.16, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 369/16.

⁴ Sentencia del 19.10.15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro n° 567/15.

⁵ Sentencia del 3.5.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 330/16.

⁶ Sentencia del 22.11.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 935/16.

⁷ Sentencia del 30.11.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 1250/17.

⁸ Sentencia del 12.4.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 250/17.

⁹ Sentencia del 15.12.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 1364/17.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

que Sotelo guardaba similares características con cualquiera de los dos sujetos que se bajaron del auto...” –fs. 3477–); y los dichos del celador Javier Santillán (quien oyó que Sotelo dijo que “...*cayó por homicidio...*” y que “...*fui a robar, me tirotié y pum pum la mujer policía...*” –fs. 3478–).

Asimismo se ponderó, al igual que respecto de su compañero Baltazar, el alejamiento de ambos de sus domicilios (Sotelo, luego del 20 de noviembre; Baltazar, durante ocho meses en los que permaneció en la clandestinidad –fs. 3477 vta. y 3481 vta.–); que el Ford Fiesta utilizado apareció abandonado e intencionalmente incendiado a pocos metros de la vivienda que habitaban (fs. 3479 vta. y 3481 vta.); las diversas escuchas telefónicas y tráfico de mensajes de texto que aludían a este suceso (fs. 3476 vta./3479 y 3481 vta./3482); y las averiguaciones del personal de la Comisaría 38 y de la División Homicidios de la PFA, que sindicaron a cada cual “...*como uno de los autores del hecho 5 e involucrado también en la posterior quema de los rodados...*” (fs. 3479 vta. y 3482). En este punto, cabe aclarar que se trata de referencias genéricas, sin precisiones que permitan controlar las inferencias realizadas por los jueces.

Ahora bien, aunque esos elementos probatorios resultan indicativos de la participación de ambos en el suceso global, en realidad de ninguno se desprende que los nombrados hayan realizado el comportamiento típico previsto por el art. 80 inc. 7º, CP y que, consecuentemente, hayan intervenido en el hecho como coautores en los términos específicos de esa norma. Esto demuestra, en primer lugar, que la ponderación de la prueba fue insuficiente, a la luz de la conclusión a la que arribaron los jueces de mérito a partir de ella.

Amén de eso, tampoco explicaron adecuadamente por qué reprochaban a Sotelo y Baltazar la comisión de tal delito al momento de evaluar la calificación legal, como bien resaltó el juez García. Las afirmaciones plasmadas con posterioridad a la valoración probatoria y



las inferencias que de ellas se extrajeron revelan un grado de generalización e imprecisión que no se condice con la exigencia de motivación requerida en toda resolución, y mucho menos con el grado de certeza propio de un pronunciamiento condenatorio donde se impone una prisión perpetua.

El aseverar que “...por lo menos **dos** de los encartados, portaban armas de fuego amunicionadas y prontas para el disparo...” (fs. 3489 vta., el destacado es propio), tras estimar comprobado que sin lugar a dudas Guerra era uno de ellos, no se condice lógicamente con la atribución del segundo papel a otros *dos encausados más* (Sotelo y Baltazar).

Al mismo tiempo, se indicó que “...no bien Guerra disparó su arma al advertir la condición de uniformado de Ghiglione, **sus compañeros** lo cubrieron con nutrido fuego de armas de grueso calibre. La corta distancia y el reducido espacio al que iban dirigidas las descargas significaron el virtual fusilamiento de ambos ocupantes del ‘Fiesta’ de color gris en el cual se detectaron diecinueve improntas de bala disparadas por **dos armas distintas...**” (fs. 3490/vta., el resaltado es propio nuevamente). Es decir que en este punto se reconoce que, según indican las pruebas, fueron *dos* las armas de fuego disparadas contra el auto en que viajaban las víctimas de homicidio; pero se atribuye esa detonación a, por lo menos, *tres personas* (Guerra y “...sus compañeros...”). De este modo, el razonamiento que parece concluir que Sotelo y Baltazar habrían sido quienes “cubrieron con nutrido fuego” a Guerra también presenta imprecisiones.

Estas vaguedades, sumadas a la verificada presencia de otras personas no identificadas en el interior de los dos automóviles que conducían los autores del hecho y a la absolución de otros dos imputados, impiden asegurar que Baltazar y Sotelo hayan sido quienes efectivamente *dispararon* contra los damnificados, dando muerte a Campilongo e intentando igual resultado con Ghiglione *para procurar*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito (art. 80 inc. 7º, CP).

A su vez, permiten conjeturar que el autor de los disparos producidos por la *segunda arma* empleada pudo ser otro de los participantes, o incluso el absuelto Arroyo (desvinculado en los términos del art. 3, CPPN), quien habría referido, según relató el subinspector Nieto, “...*que la otra noche salimos a ganar con los pibes y cuando cruzamos el coche, nos dimos cuenta que había un rati con una mina. Como empezó a tirar y pensamos que le había dado a ‘Papa’ me puse como loco y empecé a tirar desde atrás, pegándole a la mina y nos rajamo...*” (fs. 3484). A este respecto, no se alcanza a comprender, ni los jueces explican, por qué dieron preeminencia a los dichos indirectos y autoincriminantes de Sotelo (que, como se vio, valoraron para tener por probada su participación en el homicidio agravado) por sobre los de Arroyo, cuando ambos reconocían una presunta contribución en la balacera. Por lo demás, el *a quo* también soslaya que el hallazgo de los automóviles (otra de las pruebas resaltadas en contra de Sotelo y de Baltazar) se produjo en realidad en cercanías de las viviendas *de todos los imputados*, incluidos los absueltos Noguera y Arroyo (fs. 3483 y 3484 vta.).

Sentado lo dicho, cabe concluir que en la sentencia impugnada no se ha explicado ni comprobado fehacientemente que Sotelo y Baltazar hayan cooperado de forma activa en la ejecución de aquella acción homicida agravada, porque no se logró acreditar que hayan sido los autores de los disparos dirigidos hacia las víctimas o que hayan determinado a otros a su producción. Pero, además, tampoco se tuvo por probado que la muerte de los policías (una, lograda y la otra, intentada) con aquellas finalidades haya integrado el plan previo acordado por todos los partícipes del delito.

Más allá de que los elementos destacados en la resolución recurrida demostraban la participación de Sotelo y Baltazar en el hecho



general, las circunstancias antes apuntadas exigían un esfuerzo argumental adicional para atribuirles la comisión del delito de homicidio agravado en los términos del art. 80 inc. 7º, CP, indicando de qué extremos se deducía en su caso la presencia de aquella *finalidad* desarrollada por el juez García. En definitiva, el problema es que la prueba reunida es, por distintas razones, insuficiente para sustentar su condena por ese delito. No se trata de afirmar que ninguno de los dos cooperó con Guerra en el homicidio (y su tentativa) de los policías Campilongo y Ghiglione, o que esa finalidad no integró de ningún modo el plan común: se trata de que esa clase de intervención *no pudo probarse más allá de toda duda razonable* (de acuerdo con lo expuesto en los precedentes “**Taborda**”¹⁰, “**Marchetti**”¹¹, “**Castañeda Chávez**”¹², “**Taranto**”¹³, “**Cañete**”¹⁴ y “**Flores**”¹⁵, entre muchos otros).

En cuanto a la solución del caso, concuerdo con el colega García en que existen elementos suficientes para atribuir la muerte en los términos del art. 165, CP a todos los coautores del robo, independientemente de que hayan o no efectuado disparos. Es que el empleo de armas de fuego cargadas en el suceso, que sí integraba el plan que todos habían acordado previamente, implicaba la creación del riesgo de que esas armas fuesen efectivamente utilizadas en la sustracción y que ese peligro se concretara en el resultado mortal, como efectivamente ocurrió (ver el precedente “**Di Bella**” citado).

En esa inteligencia, también comparto la propuesta del juez nombrado en cuanto a la aplicación residual al caso, concretamente a Sotelo y Baltazar, del art. 166 inc. 1º, CP en lo atinente a las lesiones ocasionadas a Ghiglione, el cual concurre idealmente con el delito previsto por el art. 165, CP. Ello, independientemente de las

¹⁰ Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

¹¹ Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.

¹² Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

¹³ Sentencia del 30.12.16, Sala I, jueces García, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse, registro n° 1048/16.

¹⁴ Sentencia del 4.9.17, Sala II, jueces Días, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 788/17.

¹⁵ Sentencia del 5.12.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1276/17.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

consideraciones volcadas por el colega sobre el art. 79 en función del art. 42, CP, en tanto no comparto su análisis acerca del dolo eventual en la tentativa.

Por todas estas razones, adhiero a la solución propiciada por el juez García y, en consonancia con su voto, considero que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por las defensas de Sotelo y Baltazar, casar parcialmente la sentencia impugnada y modificar la calificación legal de los hechos atribuidos a los nombrados, que queda establecida como robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627), que concurren realmente con los delitos de robo con homicidio, en concurso ideal con robo ejercido con violencias que causaron las lesiones de los arts. 90 y 91, CP (hecho 5 de la causa 7627).

4. En cuanto al agravio introducido por la defensa de Baltazar y Sotelo en término de oficina, que apunta a la inconstitucionalidad del art. 80 inc. 7º, CP, su tratamiento deviene inadmisibles además de inoficioso a raíz del cambio de calificación propuesto, como apunta el colega García (punto 7), por aplicación de la doctrina sentada en **“Prado”**¹⁶.

5. A la misma conclusión se arriba con respecto a los cuestionamientos relativos a la pena impuesta al menor Sotelo, cuyo abordaje también resulta inoficioso (punto 8 del voto del juez García). Es que, como explica el magistrado, corresponde el reenvío del caso a la instancia anterior para que otro tribunal, previa audiencia amplia, se expida acerca de la necesidad y medida de la eventual pena a imponer al nombrado sobre la base de la nueva calificación jurídica asignada.

Al mismo tiempo, coincido con el juez García en que corresponde que ese mismo tribunal fije una nueva pena a Baltazar, de acuerdo con las figuras legales establecidas en esta instancia.

¹⁶ Sentencia del 1.12.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Niño y Morin, registro n° 965/16.



6. Por otro lado, concuerdo con los motivos esbozados por el juez García que conducen a afirmar que la sentencia presenta un defecto de fundamentación en lo que respecta a la necesidad de aplicar una pena a Noguera (punto 11). Así, corresponde anular la resolución impugnada en ese punto y disponer el reenvío del caso para que un nuevo tribunal se expida al respecto, conforme a los lineamientos sentados en esta instancia.

La solución propuesta torna inoficioso el tratamiento del planteo sobre la medida de la pena aplicada al nombrado.

7. En relación con el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, comparto el examen y la conclusión a la que arriba el juez Días (punto 10), con lo cual corresponde el rechazo de esta impugnación en todo cuanto fue materia de agravio.

8. Las defensas también han planteado nominalmente la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, aunque un análisis más profundo de los planteos indica que, en realidad, cuestionan la imposibilidad de sus asistidos de gozar de salidas anticipadas durante la ejecución de la pena impuesta.

Así, el defensor particular de Sebastián Alejandro Guerra, en su escrito de fs. 3510/3521 vta., bajo el título “inconstitucionalidad de la prisión perpetua”, justificó esa tacha pues la consideró una pena indefinida “...de no darse los requisitos del art. 13 del C.P., lo que no podemos saber desde ahora...”, por lo cual colisionaba con el principio de culpabilidad, la división de poderes, vulneraba el mandato resocializador de la pena, la proporcionalidad, de estricta legalidad y la prohibición de penas crueles o inhumanas (fs. 3519).

Luego, citó un párrafo donde se transcribiría lo dicho por el tribunal *a quo* para rechazar el planteo, pero que, en realidad, no se corresponde con lo efectivamente resuelto por el Tribunal Oral de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Menores N° 2 en esta causa (ver dentro del título quinto, punto 4, del voto del juez Días).

Tras ello, desarrolló cada uno de los principios que consideró vulnerados y criticó el razonamiento de quienes sostienen la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua por la posibilidad del otorgamiento de la libertad condicional. Con cita de la disidencia del juez Zaffaroni en el caso “**Estévez**” de la Corte Suprema, destacó la irracionalidad punitiva del CP.

Por su parte, la defensa pública de Nicolás Sebastián Baltazar también planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua impuesta a su asistido (punto VI de su recurso, fs. 3577 vta./3580). Allí sostuvo que su imposición colisionaba con los principios y mandatos indicados por el defensor particular. Citó jurisprudencia favorable a su postura y destacó que la situación se veía agravada pues a partir de la “...sanción de la ley 25.892 se extendió la imposibilidad de acceder a la libertad condicional a los condenados por diversos delitos, como en el presente caso del previsto en el art. 80 inc. 7 del CP, por modificación del art. 14 del código de fondo, y por la la ley 25.948 tampoco pueden obtener los beneficios de las salidas transitorias, prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida...”. Señaló que la falta de un día en que se cumpla la totalidad de la condena contradice el fin resocializador, “...convirtiéndola en una mera expectativa, sujeta y condicionada a factores exógenos, que en definitiva terminan por desdibujarla y relativizarla...”. (fs. 3578 vta.). También citó la disidencia del juez Zaffaroni en el caso “**Estévez**” y sostuvo que con la sanción de la ley 26.200 las escalas penales no pueden superar las allí previstas para los delitos de genocidio.

Por otro lado, y con la invocación del principio de progresividad, dijo que las reformas introducidas por las leyes 25.948 y 25.892 (en tanto modificaron los arts. 14, CP y 56 bis de la ley 24.660) asimilaron la pena de prisión perpetua a una de muerte encubierta, pues “...han



obturado...” toda posibilidad de que el condenado por delitos previstos en el art. 89, inc. 7º, CP, pueda volver “...a la sociedad con vida. En otras palabras, con esta condena BALTAZAR está destinado a morir en prisión...”. Por estas consideraciones, solicitó se declare la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua “...como así también de todas las consecuencias gravosas previstas en la ley penal vinculadas a las personas condenadas por el delito previsto en el art. 80, inc. 7, CP, es decir, los arts. 14, CP; y 56 bis, ley n° 24.660...” (fs. 3580).

A su turno, la defensora pública López Reta planteó la inconstitucionalidad del art. 14, CP, sostenida en dos argumentos: la afectación del fin socializador de la pena (art. 40.1, Convención de los Derechos del Niño, en adelante CDN) y la imposibilidad de una revisión periódica necesaria “...en toda medida privativa de la libertad de un menor de edad...” (art. 25, CDN; fs. 3551).

9. Ahora bien, en primer término, el tratamiento del recurso interpuesto por las defensas de Baltazar y Sotelo resulta inoficioso en virtud de las modificaciones propuestas en orden a la calificación legal asignada, conforme lo explica el juez García (punto 9).

Por su parte, el recurso interpuesto por el defensor particular cuestionó de manera genérica la constitucionalidad de la prisión perpetua vinculando su planteo con el art. 13, CP. De esta manera, la forma en que fue planteado el agravio resulta contradictoria: por un lado, aparenta señalar que esa especie de pena sería contraria a la Constitución en la medida que no admita un egreso anticipado (cfr. fs. 3519); aunque luego afirma que en cualquier caso lo sería (ver fs. 3519 vta. y sigs.).

Sin perjuicio de ello, el planteo puede reconducirse a la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, CP, en tanto veda la libertad condicional para ciertos delitos.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

La primera cuestión es, entonces, establecer si los agravios de la defensa no son actuales (como ha sostenido el *a quo* y el juez Días en su voto) o deben ser tratados en esta instancia.

En este sentido, la Corte Suprema en el caso “**Giménez Ibáñez**” (sentencia del 4 de julio de 2006) señaló que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18, CN. Sin perjuicio de los límites y la forma en que deben leerse las sentencias del máximo tribunal del país, lo cierto es que el fallo recordado muestra que las características de la pena impuesta, de acuerdo con su configuración establecida por los arts. 14, CP y 56 *bis*, ley 24.660 (según el texto vigente al momento de los hechos) genera un agravio de imposible reparación ulterior, en tanto impide al condenado conocer cuál es el horizonte de la ejecución de la pena impuesta. Por lo demás, es posible plantear la cuestión ahora, como se hizo, o bien cuando el imputado reúna los restantes requisitos para acceder a un instituto de liberación anticipada.

En definitiva, el planteo vincula la legitimidad de las penas de prisión perpetuas y de larga duración con la posibilidad de contar con un régimen de salidas anticipadas. El análisis de esta cuestión remite a su vez a la legitimidad genérica de esta clase de penas, que, pese a su imprecisión, está en la base del planteo efectuado por la defensa particular.

Por lo tanto, corresponde tratar aquí las cuestiones introducidas por la defensa en el punto.

10. El tribunal *a quo* rechazó el planteo de inconstitucionalidad con los siguientes argumentos.

a. Estaba habilitado para imponer “...*semejante sanción...*” porque estaba prevista en el art. 80 inc. 7º, CP.



b. La propuesta de la defensa gira en torno a la imposibilidad de obtener los beneficios de la ley 24.660, según la reforma introducida por la ley 25.984.

c. La jurisprudencia de la Corte Suprema advirtió sobre la gravedad institucional que significa la declaración de inconstitucionalidad de una regla.

d. La cita de las reglas elaboradas por el juez Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

e. La prisión perpetua no vulnera *per se* la Constitución ni los instrumentos internacionales. Variados precedentes confirman “...su expresa admisión...”.

f. No “deviene” desproporcionada en relación con la magnitud del injusto y a su grado de culpabilidad, “...expuesto durante el transcurso de la seguidilla de hechos delictivos que culminó con la vida de Campilongo, y puso en riesgo la de Ghiglione...”.

g. “...Si bien soy consciente de estar promoviendo una pena de magnitud absoluta, también es incuestionable la gravedad, principalmente del hecho 5, que supuso la irreversible afectación del bien jurídico conculcado, motivado además por el fracaso del robo armado propuesto y para procurar la impunidad de sus partícipes...”.

h. En cuanto a la vinculación con el art. 14, CP, era inoportuno y prematuro evaluar su constitucionalidad, pues ni Baltazar ni Guerra estaban habilitados para reclamar los beneficios previstos en el art. 14, CP y 56 bis, ley 24.660, al no haber cumplido el tiempo mínimo de pena exigido para la “...concesión de tales ventajas...”. La condena no se encontraba firme por lo cual invocaban un perjuicio inexistente. Citó jurisprudencia en su apoyo.

11. El problema de la constitucionalidad de la segunda parte del art. 14, CP y del art. 56 bis, ley 24.660 (según los textos vigentes al





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

momento de los hechos aquí juzgados) fue abordado en el precedente “**Salinas**”¹⁷. La aclaración es importante, porque la última reforma introducida por la ley 27.375 exige un análisis diferente, que no corresponde realizar en el presente caso.

El criterio expuesto en “**Salinas**” fue reiterado en “**Casaballe Colacho**”¹⁸ y “**Rojas Rivero**”¹⁹, en relación con cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

a. Formulada esta salvedad, en la primera sentencia se señaló que el tema debía analizarse desde una perspectiva igualitaria, comparando la situación de los condenados a penas privativas de la libertad: *“...se trata de determinar si el legislador estableció entre ellos diferencias razonables, proporcionadas y sistemáticas en el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad, es decir, cuál era el límite de esas distinciones y en qué ámbito podían llevarse a cabo. En este sentido, el art. 8, ley 24.660 fija una pauta hermenéutica clara acerca del programa elegido por el legislador para la ejecución de la pena privativa de la libertad: ‘Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado.’ Además, como se anticipó, el examen debe realizarse vinculado con los principios de resocialización (adoptado en el art. 1, ley 24.660 y en los arts. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos [en adelante, CADH], 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCyP]), sumados a los de razonabilidad y proporcionalidad...”*

Por este motivo, se examinaron las razones que llevaron al legislador a sancionar las reglas cuestionadas, para lo cual se recurrió a los desarrollos de la *teoría de la legislación*, disciplina que, según se

¹⁷ Sentencia del 30.12.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Días y Niño, registro n° 1049/16.

¹⁸ Sentencia del 10.8.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 939/18.

¹⁹ Sentencia del 5.11.18, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 1404/18.



señaló en otros trabajos,²⁰ “...en los últimos años...recobró el impulso al compás del resurgimiento de los estudios sobre la legislación. Su objetivo principal es estudiar y mejorar la tarea de crear leyes. A diferencia de lo que ocurrió más de dos siglos atrás con el movimiento de la Ilustración, el renovado interés en la legislación no se concentra exclusivamente en el producto final, la ley efectivamente vigente, sino que fija su atención en el procedimiento legislativo, concebido como un proceso de decisión cuya racionalidad puede incrementarse con ciertos modelos de ‘legislador racional’. Entre las distintas ramas de esta disciplina se destaca la metódica de la legislación que remite a un examen de las consideraciones jurídico – políticas y teóricas sobre la decisión de legislar (“procedimiento legislativo interno” y de cómo producir leyes “buenas”, “correctas”, “completas” y “efectivas”). En este análisis, el primer paso es mostrar que efectivamente resultaba necesario aprobar la ley; el segundo, mostrar que el proyecto era una buena opción regulatoria. Dentro de esta misma línea, y para verificar la presencia de estos requisitos, se ha propuesto la utilización de cuestionarios con preguntas referidas a la necesidad, alternativas, amplitud y vigencia del proyecto discutido, como forma de determinar la exigencia de dictar una ley. Si bien esta metódica de la legislación pretende aplicarse durante el proceso de formación de las leyes para mejorar y racionalizar el producto final alcanzado, nada impide utilizarlo en otro contexto, pues resulta una buena herramienta para efectuar un examen ex post, esto es, de las razones y el procedimiento que culminó en la sanción de las reglas cuya constitucionalidad aquí se cuestiona...”.

b. Para escrutar los criterios por los cuales el legislador decidió prohibir la libertad condicional para los condenados por ciertos delitos

²⁰ Cfr. La teoría de la legislación ¿un medio para limitar la expansión del Derecho penal?, en Daniel PASTOR (Director) / Nicolás GUZMÁN (coordinador), *Problemas actuales de la Parte Especial del Derecho penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2011, ps. 17 – 38, en particular, p. 29 y sigs.; Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *El Derecho penal en la actividad económica*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 312 y sigs.; también Virgilio ZAPATERO GÓMEZ, *De la jurisprudencia a la legislación*, Doxa, 15 -16 (1994), p. 770; del mismo autor, *El arte de legislar*, Thomson – Aranzadi, Pamplona, 2009.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

(art. 14, segundo supuesto, CP) y luego extender la exclusión a las salidas transitorias y a la libertad asistida, en el citado precedente “Salinas” se analizó la discusión parlamentaria y al contexto histórico y político en que surgieron las leyes 25.892 y 25.948, respectivamente, análisis que a su vez ya había sido realizado por el juez Morin en su voto en la causa “Arancibia”²¹. Para evitar largas repeticiones, corresponde transcribir aquí las conclusiones de aquel examen: “... puede decirse que los argumentos centrales de ambas modificaciones legislativas estuvieron, por un lado, en la necesidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos; y, por el otro, la peligrosidad que revelaban los autores de ciertos delitos, lo que obligaba a que cumplieran la totalidad de las penas impuestas sin posibilidad de gozar ninguna clase de egreso anticipado: para ellos, se prohibieron la libertad condicional, las salidas transitorias y la libertad asistida. También se advierte en el debate parlamentario una crítica y puesta en duda del objetivo resocializador en la ejecución de la pena privativa de la libertad y un énfasis en su fracaso práctico. De allí que, entre otras razones adicionales, se sostuvo que la prohibición de egresos anticipados para los autores de ciertos delitos se establecía para garantizarles que no sean lanzados ‘...nuevamente a las calles sin elementos que les permitan hacer frente a su situación...’ (así se lee en los fundamentos del proyecto del senador Pichetto, punto e, 3 y 4). En algún caso, se sostuvo además la posibilidad de suplantar la libertad condicional por el indulto o la conmutación de penas. También, algunos legisladores expresaron que las prohibiciones se circunscribían a los delitos en los que efectivamente se produjera la muerte de las víctimas, lo que parecería indicar que se pensó dejar fuera del alcance de estas reglas nuevas los casos de tentativa.

“La prohibición de salidas anticipadas para ciertos delitos no fue acompañada por ninguna reforma del régimen penitenciario que hiciera hincapié en este grupo de autores como sí se hizo, por ejemplo,

²¹ Sentencia del 10.6.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 438/16.



con la ley 26.813, que reformó los arts. 17, 19, 27, 28, 45, 54 y 56 ter, ley 24.660. De manera general, del debate parlamentario se aprecia que si bien el legislador de 2004 advirtió la crisis del sistema penitenciario y se criticó el fin resocializador de la ejecución de la pena privativa de la libertad, no se lo reemplazó por ningún otro, porque quedaron en pie las reglas de la ley 24.660 que así lo establecen, según se analizará en los puntos siguientes.

“Asimismo, y pese a que muchos legisladores hicieron hincapié en las fallas estructurales del sistema penal en general, las reformas de las leyes de fondo y de ejecución de la pena no fueron acompañadas por otras que tendieran a resolver aquel problema.

“En cuanto a la exigencia y necesidad de sancionar estas reformas, el debate, salvo la inclusión de una estadística general sobre los delitos, no estuvo acompañado de datos empíricos concretos que explicaran la situación político – criminal existente y fundaran los alcances de la reforma ni tampoco se contó con los estudios prácticos que avalaran las afirmaciones sobre cierta clase de delincuentes, quizás como consecuencia de una falencia general en nuestro país en esta materia, que aquí se aprecia con claridad. En este aspecto, señala Edgardo A. Donna que en la Argentina ‘...(n)o hay un programa de política criminal que tenga un contenido con una mirada a 20 años adelante, como mínimo. No hay una Criminología basada en hechos que ayuden en su elaboración. Ni menos aún un estudio serio de campo que informe sobre lo que hay, para poder decir lo que debe ser. Todas son palabras, en un país donde la palabra no cuenta...’”.²²

c. La doctrina y parte de la jurisprudencia se pronunció en contra de este conjunto de reformas. Así, Julio Maier afirmó que estas nuevas reglas amenazaban con “...interrumpir y finalizar, en nuestro país, más de dos siglos de trabajo humanitario universal sobre esta materia jurídica desde su creación, esto es, no sólo desde la aparición de la

²² Cfr. autor citado, *Prólogo*, en *Reformas Penales*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 10.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

*pena estatal, sino, antes bien, desde la aparición de la regulación jurídica de la pena estatal, un fenómeno propio del Estado de Derecho, propuesto, a su vez, por la Ilustración y el liberalismo político... ”.*²³

Las críticas se orientaron en la misma dirección de la nota enviada por el Departamento de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires ya citada,²⁴ lo que marca una clara dicotomía entre la valoración social de la pena y la del mundo académico. Por un lado, los legisladores destacaron el papel esencial de la pena para resolver diferentes problemas, lo que condujo a distintos autores a considerar que el Derecho penal se había convertido en un “sanalotodo social”,²⁵ un remedio para todos los sufrimientos sociales insuficientemente administrado. Por otro lado y desde otra perspectiva, se afirmó que todo el proceso de modificación penal reseñado era “...*junto con la reforma de los decretos – leyes de 1976, en adelante...la peor de las reformas realizadas en nuestro país, y no sólo por el problema de la falta de coherencia de las penas, sino por la falta de precisión en el idioma, la falta de lógica, la acientificidad, la ingenuidad y el espíritu de venganza que ha reinado en todo el contexto de este nuevo ‘sistema’... ”.*²⁶

En lo que se refiere a las dos reglas aquí cuestionadas, distintos tribunales se pronunciaron sobre el contenido del segundo supuesto del art. 14, CP y el art. 56 bis, Ley 24.660. Varios de ellos se inclinaron por la inconstitucionalidad de estas reglas.

De esta forma, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en la causa 675/2013, “**Soto Trinidad**” del 20.12.2013, por mayoría (jueces Hornos y Gemignani; disidencia del juez Borinsky)

²³ Cfr. autor citado, *Blumbergstrafrecht*, “Nueva Doctrina Penal”, t. 2004/B, ps. I a VI.

²⁴ En el mismo sentido crítico, cfr. José Daniel Cesano, *Introducción: el expansionismo penal como nota distintiva de la política criminal reciente*, en Gustavo Aboso (coordinador) *Reformas al Código penal*, B. de F., Buenos Aires – Montevideo, 2005, ps. 1 – 36; Carlos Alberto ELBERT, *Inseguridad, víctimas y victimarios. Argentina 2001 / 2007*, B. de F., Buenos Aires – Montevideo, 2007, en particular, Capítulo IX, “Síntesis y conclusiones”, ps. 235 y sigs.; Daniel PASTOR, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2005.

²⁵ Cfr. Julio B. J. MAIER, *La esquizofrenia del derecho penal*, en *Contornos y pliegues del Derecho – Homenaje a Roberto Bergalli*, ps. 295 y ss.

²⁶ Cfr. Edgardo Alberto DONNA, *Prólogo*, en *Reformas penales - II*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 9.



consideró inconstitucional el art. 56 bis, ley 24.660, por considerar que dicha regla vulnera los principios constitucionales de los actos republicanos de gobierno, el fin específico convencionalmente declarado de la pena privativa de la libertad (la resocialización) y el consecuente sistema progresivo para la consecución del fin preventivo especial para aquel fin (arts. 1, 16, 28 y 75, inc. 22, CN; 24, CADH; y 14, PIDCyP; cfr. el punto III, voto del juez Hornos).²⁷

Del mismo modo, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, en pleno, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 14, segundo supuesto, CP y del art. 56 bis, Ley 24.660 (sentencia n° 434 del 29.09.2015). En el mismo sentido, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro declaró la inconstitucionalidad del inc. 4° del art. 56 bis, ley 24.660 en la causa “P.,G.I. s/ incidente de ejecución de pena s/ casación”, expediente n° 27027, sentencia del 7.10.2014. Entre otras cosas, allí se dijo que si *“...el legislador quería salvaguardar la constitucionalidad de las disposiciones del art. 56 bis de la ley 24.660 – tarea previa e ineludible en todo obrar legisferante -, debió también haber modificado, adaptado o incluso permutado por otro, el principio rector general conceptual de aquella ley, cual es la resocialización del condenado detenido, lo cual no hizo, y por dicha omisión legislativa es que el Poder Judicial se ve ahora compelido a actuar al respecto. Si la resocialización ‘...comprende el proceso que se inicia con la estancia del condenado en prisión, mediante el cual el equipo interdisciplinario profesional, con la colaboración del personal penitenciario y previo consentimiento del interno, procura que este pueda tomar conciencia de la génesis de su comportamiento delictivo pretérito y de sus implicancias personales, familiares y sociales presentes y futuras, con el propósito de fomentar y consolidar su capacidad de convivir en sociedad respetando la ley penal en lo sucesivo...’, no mucho esfuerzo es necesario realizar para advertir que no es posible – como en el caso*

²⁷ En el mismo sentido fue resuelta la causa “Lemes”, del 6.03.2015, registro n° 288 / 2015.4, jueces Hornos, Borinsky y Gemignani.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

– *prohibir las medidas instrumentales tendientes a llevar adelante aquel proceso de reinserción social...*”.²⁸

Por su parte, la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal de Rosario, el 27.12.2012, en la causa “B., M.L. s/ robo calificado por homicidio resultante – salidas transitorias”, consideró constitucional, por mayoría, el art. 56 bis, ley 24.660.²⁹

En lo que hace a la doctrina, también se pronunció críticamente sobre estas reformas por su dudosa constitucionalidad.³⁰

d. Luego, en la misma sentencia del caso “**Salinas**” se realizó una valoración crítica de estas reformas y se dijo: “...*El principal problema que se intentó resolver con la sanción de estas modificaciones, el de la inseguridad, es desde el punto de vista empírico improbable. Como se anticipó, el legislador de 2004 no evaluó datos que permitieran afirmar que el endurecimiento de las condiciones de ejecución de la pena privativa de la libertad condujera a una reducción de la tasa de delitos graves, dato del que tampoco se disponía. No se mencionaron estadísticas en el debate parlamentario y hoy, pese a muchos trabajos en ese sentido,*³¹ *no se encuentran datos fiables que permitan analizar la evolución de las tasas de delitos en*

²⁸ Del voto del juez Barotto, que integró la mayoría. La sentencia ha sido tomada de la revista electrónica www.eldial.com, documento elDial.com – AX28F9, donde se citó a Luis Raúl GILLAMONDEGUI, *Resocialización y Libertad*, Editorial B. de F., Montevideo – Buenos Aires, 2010, p. 13).

²⁹ La sentencia con el comentario de Patricio Nicolás SABADINI, se encuentra publicada en La Ley Litoral, abril 2013, p. 339 y sigs., cita online: AR/JUR/78398/2012.

³⁰ Cfr. José Daniel CESANO, *El nuevo régimen de la libertad condicional (ley 25.982)*, en Gustavo ABOSO (coordinador) *Reformas al Código penal*, op. cit., ps. 295 – 334, en particular, ps. 323 - 325; Javier Esteban DE LA FUENTE / Mariana SALDUNA, *Ejecución penal. Reforma de los arts. 13, 14 y 15 del Código penal*, en *Reformas penales*, op. cit., ps. 27 – 42; Inés CANTISANI, *Ejecución de la pena privativa de la libertad: incorporación del artículo 56 bis a la ley 24.660 (modificaciones introducidas por la ley 25.948)*, en *Reformas Penales – II*, op. cit., ps. 229 – 235; Pablo CORBO, *Leyes ad – hoc que contradicen el programa constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y comprometen la responsabilidad internacional del Estado argentino*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo – Perrot, año 2005, n° 8, p. 208 y sigs., cita online AP/DOC/3703/2012; Guillermo Luis R. GUILLAMONDEGUI, *La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho*, JA 2006 – III, p. 1246 y sigs.; Santiago MARTÍNEZ, *Discurso de la emergencia y limitación de derechos fundamentales de los reclusos. El caso de la ley 25.892*, Revista de Derecho Penal 2006, vol. 1, p. 58 y sigs. documento Abeledo – Perrot AP/DOC/3443/2012.

³¹ Cfr. Gregorio KAMINSKY / Darío KOSOVSKY / Gabriel KESSLER, *El delito en la argentina post – crisis. Aportes para la comprensión de las estadísticas pública y el desarrollo institucional*, Friedrich Ebert Stiftung, Buenos Aires, 2007; Procuración General de la Nación, *El secuestro extorsivo en la República Argentina*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006; Gabriel KESSLER, *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2009.



nuestro país; incluso, algunas de esas estadísticas muestran que en 2004, por ejemplo, ya se registraba una baja de la tasa de homicidios registrados en comparación con los datos de los años 2001 – 2002, donde se registró el pico máximo.³²

“De todos modos, la cuestión empírica no puede ser decisiva tanto sea para fundar la legitimidad de una regla como para negarla, porque cualquier cambio de la realidad inclinaría la balanza hacia uno u otro lado, variando la legitimidad del sistema.³³ Aquí se observa un problema general de cualquier regla que base su validez exclusivamente en datos empíricos: las conclusiones derivadas de éstos dependen de una situación del mundo y por lo tanto son contingentes, porque no solo nuestro conocimiento de aquél, sino ya el propio mundo, como tal, se encuentra en cambio permanente. Otra debilidad congénita de esta clase de argumentos, que también la comparte con cualquier juicio empírico de eficiencia, es aquél que Luis Greco denomina del punto ciego:³⁴ si lo que interesa es, apenas, la maximización de estados de hecho valiosos (aquí, la afirmación de que prohibiendo egresos anticipados en la ejecución de la pena se obtendrá mayor seguridad), no se tienen en cuenta derechos de imposible ponderación. Tales derechos se reducen a meros “contra – intereses”³⁵ que tienen que ser respetados en cuanto no hay un número suficientemente grande de personas con un interés fuerte en sentido contrario. Lo que termina ocurriendo es que el individuo no tiene ni la primera ni la última palabra, aspecto inherente a otras teorías parcialmente empíricas, como la del bien jurídico.³⁶ Esto significa, en definitiva, que al individuo no se lo respeta por sí mismo, sino

³² Cfr. Mariano H. GUTIÉRREZ, *Trazos para delinear el ‘populismo punitivo’ en el caso argentino*, en Mariano H. GUTIÉRREZ (compilador), *Populismo punitivo*, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2011, estadísticas de ps. 99 y sigs.

³³ Cfr. Luis GRECO, *Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 102 y sigs.

³⁴ Cfr. autor y op. cit., p. 103.

³⁵ Cfr. Luis GRECO, op. cit., p. 104, nota 4 donde se cita a Schaffstein, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht* (“Sobre la problemática de la construcción teleológica de conceptos”, en: *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt*, 1936, p. 49 y sigs. (p. 56 y sigs., p. 64).

³⁶ Cfr. Luis GRECO, op. cit., p. 104.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

únicamente porque estamos dispuestos a soportar los costos de ese respeto.

“De allí que para la solución del caso planteado, deba recurrirse al análisis normativo de las reglas cuestionadas, en particular, su conformidad con el principio de igualdad (razonabilidad y proporcionalidad de la distinción), su coherencia con respecto al programa de ejecución y al ideal resocializador plasmado en la ley 24.660....”

e. Así, y como fundamento en los precedentes **“Altamirano”**³⁷ y **“Medina”**³⁸, se dijo que *“...la sanción de la ley 24.660 consagró, entre otros principios básicos, el fin de la resocialización en la ejecución de la pena³⁹ (art. 1) y el control judicial de esta etapa (arts. 3 y 4), en consonancia con los arts. 5.6 (CADH) y 10.3 del (PIDCyP). De esta manera, se estableció un régimen progresivo, en el cual el interno, de acuerdo con la calificación de su conducta durante el encierro, avanza en diferentes etapas hasta recuperar su libertad. Como aspecto positivo, la ley optó por un sistema flexible del contenido de la pena privativa de la libertad, de acuerdo con las características y necesidades de cada condenado. Como se dijo, y en lo que se refiere al trato de los internos, el art. 8 establece una regla hermenéutica clara: “...las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. **Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado**” (el destacado nos pertenece).*

“Ahora bien, según se ha resumido, el legislador de 2004 decidió establecer una nueva categoría de condenados, basada en la

³⁷ Sentencia del 26.5.15, Sala II, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 100/15.

³⁸ Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.

³⁹ En sintonía con lo establecido por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Resoluciones 663 del 31.07.1957; 2076 del 13.05.1977 y 1984/47 del 25 de mayo de 1984; cfr. Marcos Salt, en Iñaki Rivera Beiras / Marcos Gabriel Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 170, nota 35).



peligrosidad que sus actos revelaban, sin derecho a egresos anticipados, pese a lo cual se sostuvo que, de todos modos, ellos podían alcanzar los fines de la resocialización con solo mantenerse en el régimen intramuros (criterio también sostenido por el juez a quo de acuerdo con lo dicho en el punto 1, c, de este voto).

“Sin embargo, este criterio es incompatible con el art. 8, ley 24.660 mencionado y con el principio de resocialización, pues introduce una contradicción insalvable. Si se establece un régimen progresivo de la ejecución de la pena, las salidas anticipadas cumplen un papel fundamental, pues no sólo persiguen impedir que el interno se encuentre en libertad de manera abrupta, sin un periodo previo de adaptación, sino que constituyen un buen motivo para esforzarse dentro del tratamiento que se les asigna (más allá de las críticas que pueden recibir las ideologías resocializadoras). En este aspecto, la fijación de periodos mínimos muy elevados de cumplimiento de la pena resultan inconciliables con la idea de resocialización: las sanciones de larga duración, privativas de la libertad, tienen efectos muy graves sobre la personalidad del interno⁴⁰ y conducen a apartarlo de la sociedad. Además, la falta de egresos anticipados se traduce en la existencia de un obstáculo objetivo, independiente de la voluntad del penado, con lo cual desaparece el llamado derecho a la esperanza elaborado por la jurisprudencia constitucional alemana, luego recogido por el legislador de ese país⁴¹ y finalmente también aceptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consistente en la

⁴⁰ Cfr. Juan L. FUENTES OSORIO, *¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma*, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, N° 21, enero – junio 2014, p. 311.

⁴¹ La expresión “derecho a la esperanza” surge de la decisión del Tribunal Constitucional alemán (del 21 de junio de 1977) en la cual, si bien reconoció que la pena perpetua era compatible con la Ley Fundamental (GG) derivó del principio de la dignidad humana (art. 1, primer párrafo, GG) que el condenado debía conservar la posibilidad de alcanzar la libertad en algún momento (cfr. tribunal citado, BVfGE 45, 187, 229, 239). Esta sentencia ejerció una fuerte influencia, al punto que determinó la reforma legislativa de 1981 que introdujo el § 57 a del Código penal alemán (StGB); cfr. Urs KINDHAÜDSE, *Strafgesetzbuch*, 4ª ed., Nomos, 2010, p. 380 y sigs.; luego fue incorporado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; cfr. Thomas VORMBAUN, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* (“Introducción en la historia moderna del Derecho penal”), Springer, Berlin, 2009, ps. 246 – 247; Jon – Mirena LANDA GOROSTIZA, *Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 2015, núm. 17 – 20, ps. 4 – 5, en particular nota 8.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

posibilidad de que a través de su esfuerzo pueda alcanzar algún tipo de beneficio dentro y fuera del establecimiento carcelario. Tiene dos aspectos: uno de iure, asentado en la posibilidad legal de contar con la posibilidad de liberación anticipada; y de facto, consistente en los mecanismos procesales de revisión de la situación del condenado.⁴²

“Este derecho a la esperanza, elaborado para los casos de prisión perpetua y de muy larga duración, resulta aplicable para los delitos contemplados en los arts. 14, segundo supuesto, CP y 56 bis, ley 24.660, por las escalas penales que prevén. Es que más allá de que los Estados pueden tomar medidas para proteger a sus ciudadanos (como buscó hacerlo el legislador argentino de 2004), e incluso establecer penas de duración indeterminada aceptadas en el sistema europeo, hay acuerdo en que una forma tal de privación de la libertad “...es absolutamente incompatible con el principio de resocialización y que representa una pena inhumana (contraria al art. 3 CEDH) si no se da al recluso un horizonte de liberación...”.⁴³ En función de esta premisa, la jurisprudencia europea sobre derechos humanos ha buscado conciliar los elementos retributivos de la pena con los fines preventivos especiales positivos y negativos que se le asignan. De esta manera “...cuando se haya cumplido el elemento de castigo de la condena el recluso sólo podrá seguir siendo privado de libertad en función de su peligrosidad (art. 3 CEDH). Como la circunstancia de la peligrosidad es cambiante es necesario que exista la posibilidad de que se revise para comprobar si se ha reducido, y que ya no fuera necesario mantener al sujeto en prisión. Estos instrumentos de revisión deben estar sometidos a requisitos y plazos concretos, con un proceso predeterminado. Se consideran, por tanto, inadecuados mecanismos

⁴² Cfr. Jon – Mirena LANDA GOROSTIZA, *Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?*, op. cit., ps. 9 – 10.

⁴³ Cfr. Juan L. FUENTES OSORIO, *¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma*, op. cit., p. 311. En la nota 7 se citan las siguientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Léger c. Francia del 11.04.2006; Iorgov c. Bulgaria del 02.09.2010; Vinter y otros c. RU del 9.07.2013; Murray c. Países Bajos del 10.12.2013.



sometidos a dosis de arbitrariedad e indeterminación, como la gracia o el indulto, que no cumplen estas exigencias...”.⁴⁴

“Por otro lado, la sanción de las leyes que modificaron el art. 14, CP e introdujeron el art. 56 bis, ley 24.660, partió de la idea de la peligrosidad que revelaba la comisión de ciertos delitos, lo que condujo necesariamente a afirmar la necesidad de que la pena se cumpliera íntegramente en un establecimiento carcelario y que ello sólo bastaba para cumplir con el ideal de la resocialización. Nuevamente nos encontramos ante una afirmación empírica de la que no puede afirmarse su validez en todos los casos. No caben dudas que ciertos hechos revelan un altísimo grado de disvalor, tanto por la acción realizada como por la extensión de los daños causados, que deben reflejarse en la medición de la pena, limitada por la culpabilidad del autor; para ellos, incluso el legislador puede establecer una sanción más grave. La pena, según las teorías de la unión, tiene diversos fines en distintos momentos. De esta manera, la medición de la pena recepta fines retributivos al disponer el art. 41, CP, que algunos de los parámetros para agravarla o atenuarla son la “...la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y el peligro causados...”. Pero debe quedar claro que por los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino y las reglas de derecho interno vigentes, el fin resocializador es el que rige en la ejecución de la pena privativa de la libertad. Sin ingresar aquí en la polémica con las tesis peligrosistas, lo cierto es que siempre la resocialización implica un pronóstico, al cual estarán atadas ineludiblemente las teorías preventivas especiales, que invariablemente necesitan una evaluación en cada caso concreto de cómo se comportó el interno para establecer cómo se conducirá en el

⁴⁴ Cfr. Juan L. FUENTES OSORIO, *¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma*, op. cit., p. 312. Sobre la necesidad de revisión se citaron las siguientes sentencias del TEDH: Hussain c. Reino Unido del 21.02.1996; Stafford c. Reino Unido del 25.05.2002; Waite c. Reino Unido del 10.12.2002, entre otras.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

futuro.⁴⁵ De allí que sea imposible hacer evaluaciones generales y agravar por anticipado la forma en que se ejecuta la pena.

“De esta manera, la definición de la resocialización como fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad determina, necesariamente, analizar el avance producido durante la aplicación del tratamiento penitenciario y establecer qué perspectivas se plantean con respecto al comportamiento futuro del interno, lo que a su vez implica realizar un pronóstico sobre el porvenir, imprescindible e inevitable si se pretende alcanzar aquel objetivo. Así se señaló en diversos precedentes, en los que se confirmaron las decisiones tomadas por el juez de ejecución: “Gómez”⁴⁶, “Pisarro”⁴⁷, “Baglioni”⁴⁸, “Sánchez”⁴⁹, “Tapia”⁵⁰, “Salvador”⁵¹. En éste último se dijo que el sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad se ha diseñado “...en pos de procurar una adecuada reinserción social del interno (ver art. 1, ley 24.660), motivo por el cual la ponderación de los elementos efectuada para considerar la existencia de un grave riesgo para sí o para terceros no constituye una errónea aplicación de la ley sustantiva ni resulta arbitraria...”. También se afirmó que “...la valoración de la evolución de un interno dentro de un programa específico para condenados por delitos contra la integridad sexual, el mismo queda incluido dentro de las previsiones del art. 1, ley 24.660, en tanto se interprete que se trata de un instrumento para procurar la reinserción social del interno, quien puede aceptarlo o rechazarlo (art. 5, ley citada). En efecto, y como se señala en la decisión recurrida, la circunstancia de que el interno se someta voluntariamente a este dispositivo no impide que se tome en cuenta la predisposición o el rechazo del imputado al tratamiento que se diseña en el plan de

⁴⁵ Cfr. Patricia S. ZIFFER, *La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial. El caso “Fermín Ramírez”*, en Daniel PASTOR (director) / Nicolás GUZMÁN, *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2009, ps. 481 – 496.

⁴⁶ Sentencia del 11.8.15, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 325/15.

⁴⁷ Sentencia del 24.9.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 484/15.

⁴⁸ Sentencia del 15.1.16, Sala de Feria, jueces García, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 16/16.

⁴⁹ Sentencia del 15.1.16, Sala de Feria, jueces García, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 25/16.

⁵⁰ Sentencia del 22.2.16, Sala de Feria, jueces García, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 110/16.

⁵¹ Sentencia del 23.2.16, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 117/15.



ejecución de la pena privativa de libertad...” “...Por lo demás...la denegación de la libertad asistida fundada en el avance y resultados del tratamiento individual del interno teniendo en consideración la naturaleza propia del delito por el cual fue condenado tiene base legal no sólo en el art. 1, ley 24.660 sino también en el art. 56 ter...en tanto establece que en todos los casos de personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 CP ‘...se establecerá una intervención especializada y adecuada a las necesidades del interno con el fin de facilitar su reinserción al medio social que será llevada a cabo por el equipo especializado...’, lo que descartaba una afectación a los principios de igualdad y legalidad.

“En definitiva, en estos precedentes se sostuvo la legitimidad de que los parlamentarios establezcan un tratamiento diferenciado para ciertos delitos, basados en las características del hecho juzgado. Sin embargo, lo que excede el marco de competencias del legislador es instaurar un sistema donde presume la peligrosidad del autor, impide cualquier egreso anticipado, no establece un tratamiento específico para esos casos y contradice reglas expresas del mismo régimen que prohíben establecer distinciones de esa clase entre los penados. Introducir una nueva categoría de condenados de esta especie implicaba aceptar el fracaso del sistema que contaba con un régimen de salidas anticipadas para todos los internos, y consecuentemente, diseñar otro, tal como se hizo posteriormente con los acusados por delitos contra la integridad sexual (ley 26.813), de acuerdo con lo analizado en los párrafos anteriores. Sin embargo, nada de esto se hizo y lo único que se buscó, en definitiva, es que los condenados por ciertos delitos cumplan la totalidad de la condena sin ninguna posibilidad de obtener una salida anticipada para neutralizar el peligro que se supuso representaban...”

f. Así, como conclusión se dijo que *“...incluso en los sistemas que reconocen la posibilidad de establecer penas de larga duración, en*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

algún momento, el interno debe tener la posibilidad de recuperar su libertad anticipadamente sobre la base de la revisión objetiva de su situación. No se trata de que deba tener un ingreso anticipado antes de agotar la pena, sino que pueda acceder a esa posibilidad sobre la base de su esfuerzo...”.

g. La Corte Suprema analizó el principio de igualdad en algunos casos que, si bien no son jurídicamente análogos a las aquí debatidos, presentan puntos de contacto que permiten aplicar aquí los argumentos allí utilizados. En el caso **“Nápoli”** (Fallos: 321: 3630) se dijo que *“...la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o repulsa social de ciertas conductas – por más aberrantes que puedan ser – como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en verdadera pena anticipada...”*. Asimismo, en el caso **“Veliz”** (sentencia del 15.06.2010, expediente V.210.XLI) se señaló que: *“...no resulta factible aceptar una disposición que no sólo contraría la naturaleza de la ley que integra sino que también supone para ciertas hipótesis delictivas la neutralización de la garantía constitucional cuya reglamentación justamente pretende...”* (considerando 13). Se agregó que *“...la decisión del legislador ordinario de privar a determinada categoría de personas de los beneficios previstos en la ley 24.390 no sólo implica la afectación del derecho que ellas tienen a que se presuma su inocencia, sino que además importa la afectación de la garantía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos también les confiere en su art. 7.5...”*. El art. 10 de la ley 24.390 *“...termina por cristalizar un criterio de distinción arbitrario en la medida en que no obedece a los fines propios de la competencia del Congreso, pues en lugar de*



utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de ciertos bienes jurídicos mediante el aumento de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, niega el plazo razonable de encierro contra lo dispuesto por nuestra Ley Fundamental...”; “...en consecuencia, la aludida norma viola asimismo el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional)...puesto que la priva de una garantía constitucional prevista para toda persona detenida o retenida...”.

Asimismo, la Corte Suprema citó a la Corte IDH en el caso “**Suárez Rosero**” (sentencia del 12.11.1997), en el que sostuvo “...*que resulta violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados...*” (párrafo 98).

En el derecho comparado, algunos autores afirman que a partir del caso “Clift contra Reino Unido” existe una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos renuente a aceptar un trato diferenciado de grupos de presos basado en la gravedad de los delitos cometidos, sin consideración de los casos individuales. En aquellos supuestos, se realiza un control de la razonabilidad del diferente estatus jurídico asignado a los condenados, que no se satisface con la mera referencia a que su origen se basa en delitos distintos. Debe existir un control individual de cada caso, basado en las circunstancias de un delito individual y no de una clase general, “...*proscribiéndose de esa manera políticas de bloque o colectivas...*”.⁵²

h. En la sentencia del caso “**Salinas**” también se dijo que los legisladores de 2004 consideraron que la resocialización se podía alcanzar sólo con cumplir la pena completa y sin ningún egreso anticipado, lo que implica que los institutos carcelarios debían contar

⁵² Cfr. Jon – Mirena LANDA GOROSTIZA, *Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?*, op. cit., ps. 30 – 31.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

con los medios necesarios para lograr un fin que así se vislumbra más dificultoso. La realidad de nuestro país muestra que poco y nada se avanzó en los problemas estructurales que se denunciaron en los debates parlamentarios de 2004 con respecto al estado de las cárceles y las condiciones en que se ejecuta la pena de prisión. Aquí para comprobar la situación actual de las prisiones argentinas basta con remitirse a la jurisprudencia de la Corte Suprema, las sentencias de otros tribunales extranjeros, los informes de la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN) del Ministerio Público Fiscal (reproducidos en los medios gráficos), de la Procuración Penitenciaria de la Nación,⁵³ de la Comisión Provincial sobre la Memoria, del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles.

En este sentido, la Corte Suprema en el caso “**Verbitsky**” (Fallos: 318 : 1146, del 03.02.2005) se refirió a la superpoblación carcelaria en la provincia de Buenos Aires.

Asimismo, tal como se señaló en el precedente “**Salto**”⁵⁴, conviene recordar lo que la CSJN y la CIDH han dicho acerca de la posición de garante que el Estado ostenta con respecto a las personas privadas de su libertad, que debe extenderse también al logro del fin de resocialización. Así, se ha señalado: “...*La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18 (de la CN), los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario...*” (cfr. CSJN, causa B.142.XXIII, “Badín, Rubén y o. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 19.10.1995, voto de la mayoría, considerando 3; este criterio fue reiterado en la causa G.178.XXXIV,

⁵³ Cfr. Procuración Penitenciaria de la Nación, La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de Argentina. Informe Anual 2014. Disponible en http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf.

⁵⁴ Sentencia del 27.8.15, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarabayrouse, registro n° 374/15.



“Gothelf, Clara Marta c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 10.04.2003).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” del 02.09.2004, en el considerando 152 estableció: *“Frente a las personas privadas de la libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna...”*.

A su vez, el 8 de julio de 2014 el Tribunal Superior Estadual (OLG) de Dresde, República Federal de Alemania, declaró inadmisibile un pedido de extradición de un acusado con el fin de cumplir una pena de prisión en la Argentina porque las condiciones de encierro en nuestro país eran violatorias del art. 3, CEDH. Se trataba de un imputado detenido por una orden de Interpol (del 27.02.2014). Para decidir el pedido de extradición, el órgano jurisdiccional alemán comprobó si las condiciones de detención en las cárceles argentinas concordaban con las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los principios fundamentales del sistema europeo sobre la ejecución de la pena y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas del 12.02.1987. En este sentido, se dijo que conforme una jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal, los tribunales alemanes en el examen de la extradición debían, por mandato de la Ley Fundamental, establecer si los pedidos concordaban con los estándares mínimos del Derecho internacional y el orden público interno alemán.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

Por su parte, el detenido, y con respecto al cual se pedía su extradición, en un escrito presentado ante el Tribunal Superior graficó la situación que había vivido al estar detenido provisoriamente en la Argentina: durante cinco días compartió una celda de 4,5 m x 9 m con 15 a 20 personas; el calabozo contaba con un lavatorio, un cubo, una ranura para orinar y, como inodoro, un agujero en el piso. Los detenidos dormían en el suelo, el cual estaba impregnado de olor a orina. Durante la detención, no fue posible cambiarse de ropa o bañarse. Según el tribunal alemán, esta descripción de la situación carcelaria argentina coincidía con la brindada por instituciones estatales y no estatales: Amnistía Internacional (informe periódico sobre la República Argentina del 30.04.2012) que destacó que el mejoramiento de las condiciones de detención se realizaban muy lentamente: las cárceles argentinas estaban superpobladas y no existían estructuras adecuadas; el informe de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 31.03.2010 y lo dicho por el Ministerio Público de la Defensa. Frente a esta realidad, la sentencia destacó que la República Argentina sólo se había limitado a decir que en el caso de los detenidos se aplicaban en nuestro país diversos instrumentos jurídicos que tutelaban sus derechos fundamentales: la CADH, el PIDCyP y la Convención Internacional contra la Tortura, lo cual fue juzgado insuficiente a la luz de la situación fáctica descripta.⁵⁵

De esta manera, y de forma más general, se advierte en el sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad algo similar a lo que se ha denominado una falla de la “sala de máquinas”, según la expresión de Roberto Gargarella,⁵⁶ esto es, existe un diseño normativo con poco o muy poco reflejo en la práctica: contamos con normas y principios sobre la manera de cumplir los castigos, con casi ninguna expresión en la práctica. Desde 1996 se estableció una ley de ejecución de la pena

⁵⁵ La sentencia se encuentra publicada en la revista jurídica “Strafverteidiger” (Defensor penal) 2015, n° 6, ps. 363-365.

⁵⁶ Cfr. autor citado, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz, 2015.



que consagró de manera más clara todavía que su antecesora, en concordancia con la reforma constitucional de 1994, el principio de resocialización. En la práctica, las posibilidades de plasmar ese objetivo son escasas: sobrepoblación carcelaria, falta de infraestructura, deficiencias en la higiene, son sólo algunos de los aspectos incumplidos que aquí rápidamente se pueden citar.

i. En el caso “**Salinas**” se concluyó, en lo que resulta aplicable a este caso: “...**b.** *El análisis del principio de igualdad en el caso no puede limitarse a un examen de mera racionalidad sino que se requiere otro que lo vincule con los de resocialización y de razonabilidad y proporcionalidad.*

“**c.** *El escrutinio de las razones principales que llevaron al legislador de 2004 a modificar los arts. 14, CP, y el 56 bis, ley 24.660 muestra que buscó aumentar la seguridad pública y para ello prohibió que los autores de ciertos delitos graves, a los que catalogó de peligrosos, no pudieran acceder a egresos anticipados en la ejecución de sus penas.*

“**d.** *Las reformas recibieron críticas generalizadas de la doctrina y fueron declaradas inconstitucionales en varias sentencias judiciales.*

“**e.** *Las modificaciones se basaron en argumentos empíricos que no le otorgan un fundamento sólido para sostener tanto la existencia de un aumento de la inseguridad como el logro de una mayor seguridad mediante el cumplimiento completo de las penas privativas de la libertad.*

“**f.** *Las leyes 25.892 y 25.948 fundamentalmente lesionaron el principio de igualdad al determinar una distinción irrazonable entre los condenados, al establecer una nueva categoría basada exclusivamente en su peligrosidad sin fijar para ellos un régimen y tratamiento adecuado al delito por el que fueron condenados; violaron*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

el principio de resocialización, que exige contar con un derecho a la esperanza, que alcanza comprende a las penas privativas de la libertad; e introdujeron contradicciones insalvables en el sistema que expresamente prevé el tratamiento igualitario para todos los condenados.

“g. No se realizaron reformas estructurales, frente a las falencias denunciadas en el debate parlamentario de 2004, que permitieran que el tratamiento, sin salidas anticipadas, pudiera cumplir con el principio de la resocialización que se mantuvo como fin de la ejecución de la pena, pese a las fuertes críticas que se le dirigieron...”.

12. Del análisis efectuado surge que los jueces del tribunal *a quo* realizaron una errónea interpretación de las reglas aplicables al caso, en tanto analizaron incorrectamente las reglas legales y los principios constitucionales que rigen la cuestión planteada, con respecto al condenado Guerra (art. 456 inc. 1º y 470, CPPN).

Es que, como surge del análisis efectuado en los puntos anteriores, sin perjuicio del delito de que se trate, la aplicación de una pena privativa de la libertad no puede concebirse en un régimen de ejecución que no prevea ninguna salida anticipada, sin violar el derecho a la igualdad y la resocialización. Por ende, la constitucionalidad de la norma que prevé la prisión perpetua deberá mantenerse siempre que la persona privada de la libertad pueda gozar de un tratamiento adecuado y de la posibilidad de un egreso anticipado antes de agotar la pena impuesta.

En virtud de todo lo expuesto, en el caso particular de Guerra el art. 14, segundo supuesto, CP viola el derecho a la igualdad y la resocialización ya que lo priva de un tratamiento adecuado y de la posibilidad de un egreso anticipado antes de agotar la pena impuesta;



por lo tanto, resulta inconstitucional y, consecuentemente, no se aplica al presente caso.

13. De esta forma, corresponde: **1)** rechazar el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en todo cuanto fue materia de agravio; **2)** hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por las defensas de Nicolás Sebastián Baltazar y Cristian Damián Sotelo, casar parcialmente los puntos X y XII de la sentencia impugnada y modificar la calificación legal de los hechos atribuidos a los nombrados, que queda establecida como robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627), que concurren realmente con los delitos de robo con homicidio, en concurso ideal con robo ejercido con violencias que causaron lesiones del art. 90/91, CP (hecho 5 de la causa 7627); **3)** disponer el reenvío del caso para que otro tribunal fije una nueva pena a Baltazar y a Sotelo, previa consideración en audiencia amplia de la necesidad de imponer una pena a este último; **4)** hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa de Brian Daniel Emanuel Noguera, anular el punto XV de la sentencia recurrida y reenviar el caso a otro tribunal de juicio para que se pronuncie sobre la necesidad de imposición de una pena, y eventualmente su medida, de acuerdo con los lineamientos expuestos en la presente; **5)** hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto en favor de Sebastián Alejandro Guerra y declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, CP con respecto al nombrado; y **6)** rechazar los demás agravios sobre las nulidades rechazadas por el *a quo*, la valoración de la prueba de la sentencia y la vulneración al principio de congruencia, que fueron introducidos por las defensas. Todo, sin costas (arts. 16, 18 y 75 inc. 22°, CN; 5.6, CADH; 10.3, PIDCyP; 1, 8, 12 sigs. y conchs., ley 24.660; 40, 41, 42, 44, 45, 54, 55, 80 inc. 7°, 165 y 166 incs. 1° y 2°, párrafo segundo, CP; 456, 457, 463, 465, 468, 469, 470, 471, 474, 475, 530 y 531, CPPN).

Así voto.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala I** de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, **RESUELVE:**

I. RECHAZAR, por mayoría, el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público Fiscal** (arts. 456, 457, 469, 470, 471, los dos últimos *a contrario sensu*, y 532, CPPN).

II. RECHAZAR, por mayoría, el recurso de casación interpuesto por el defensor de **Sebastián Alejandro Guerra** en lo que hace a la impugnación del rechazo del planteo de nulidad de la “actuación policial” (arts. 463, 170, inc. 1, CPPN).

III. RECHAZAR, por unanimidad, los recursos de casación interpuestos por el defensor particular de **Sebastián Alejandro Guerra** y por el defensor público de **Cristian Damián Sotelo, Nicolás Sebastián Baltazar y Brian Daniel Emanuel Noguera**, en cuanto han impugnado el rechazo de sus pedidos de anulación de los autos de fs. 373/374 y 468/469; de las órdenes de allanamiento; y del reconocimiento en rueda de personas a que fue sometido Sebastián Alejandro Guerra, y en consecuencia confirmar la sentencia recurrida en este punto (art. 463, CPPN);

IV. RECHAZAR, por unanimidad, el recurso de casación interpuesto por el defensor particular de **Sebastián Alejandro Guerra** en todo lo demás, y en consecuencia, confirmar el **punto dispositivo XIII** de la sentencia que lo condenó a la pena de prisión perpetua como autor de los delitos de robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en grado de tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627) que concurre materialmente con los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas de fuego en grado de tentativa, en concurso real con homicidio calificado por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito y para procurar la



impunidad para sí o para terceros, reiterado en dos oportunidades una de ella en grado de conato (hecho 5 de la causa 7627) (arts. 42, 44, 45, 55, 80, inc. 7, 166, inc. 2do, párrafo segundo, CP).

V. RECHAZAR, por unanimidad, la tacha de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua introducida por la defensa particular de **Sebastián Alejandro Guerra**.

VI. HACER LUGAR PARCIALMENTE, por mayoría, al planteo de inconstitucionalidad de la defensa de Sebastián Alejandro Guerra del art. 14, CP, y en consecuencia, declarar inaplicable esa disposición en los casos de penas perpetuas.

VII. HACER LUGAR PARCIALMENTE, por mayoría, al recurso de casación interpuesto por el defensor público de **Cristian Damián Sotelo**, reformar parcialmente el **punto dispositivo X** de la sentencia y declararlo autor responsable de los delitos de robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en grado de tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627) que concurren realmente con los delitos de robo con homicidio, en concurso ideal con robo ejercido con violencias que causaron lesiones del art. 90/91, CP, (hecho 5 de la causa 7627) (arts. 42, 45, 54, 55, 165, 166, incs. 1 y 2, párrafo segundo, CP); y **RECHAZAR, por mayoría,** los restantes motivos de agravio del recurso de casación.

VIII. HACER LUGAR PARCIALMENTE, por mayoría, al recurso de casación interpuesto por el defensor público de **Nicolás Sebastián Baltazar**, reformar parcialmente el **punto dispositivo XII** de la sentencia y declararlo autor responsable de los delitos de robo con armas de fuego, reiterado en tres oportunidades, una de ellas en grado de tentativa (hechos 2, 3 y 4 de la causa 7627), que concurren materialmente con robo con homicidio, en concurso ideal con robo ejercido con violencias que causaron lesiones del art. 90/91, CP, (hecho 5 de la causa 7627) (arts. 42, 45, 54, 55, 165, 166, incs. 1 y 2, párrafo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 45877/2012/TO1/CNC1

segundo, CP) ; y **RECHAZAR, por unanimidad**, los restantes motivos de agravio del recurso de casación.

IX. DECLARAR INADMISIBLE, por unanimidad, el planteo de inconstitucionalidad del art. 80, inc. 7º, CP, introducido por la defensa de **Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar**.

X. DECLARAR INOFICIOSO, por mayoría, el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad de los arts. 14, CP, y 56 bis, Ley 24.660, introducido por la defensa de **Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar**.

XI. DISPONER, por mayoría, que por otro tribunal se dicte nueva sentencia sobre la necesidad y medida de la pena respecto de **Cristian Damián Sotelo y Nicolás Sebastián Baltazar** según los criterios aquí expuestos.

XII. HACER LUGAR, por mayoría, al recurso de casación interpuesto por el defensor público de **Brian Daniel Emanuel Noguera**, anular el **punto dispositivo XV** de la sentencia, y en consecuencia, reenviar el caso a otro tribunal de juicio a fin de que emita un nuevo pronunciamiento respecto de la necesidad de aplicación de una pena al nombrado atendiendo a las pautas aquí expuestas.

La sentencia se emite sin costas, atento al resultado obtenido (arts. 530 y 531 CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 CSJN y lex 100), remítase a la Oficina de Sorteos de la Cámara Federal de Casación a fin de que desinsacule el tribunal oral de menores que deberá intervenir en el caso, y líbrese oficio al tribunal de procedencia con copia de la parte dispositiva de la presente.



HORACIO L. DÍAS

LUIS M. GARCÍA

EUGENCIO C. SARRABAYROUSE

Ante mí:

Paula Gorsd
SECRETARIA DE CÁMARA

