PROVINCIA: RÍO NEGRO
LOCALIDAD: VIEDMA
FUERO: PENAL
EXPTE.Nº: 26574/13 STJ
SENTENCIA Nº: 50
PROCESADOS: CANALES GUSTAVO ARIEL NOGAR NELSON NICOLINO
DELITO: ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN POBLADO Y EN BANDA EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO IDEAL CON PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL SIN LA DEBIDA AUTORIZACIÓN LEGAL RESISTENCIA A LA AUTORIDAD EN CONCURSO REAL CON VIOLACIÓN DE DOMICILIO
OBJETO: RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN
VOCES:
FECHA: 09/04/14
FIRMANTES: PICCININI ZARATIEGUI EN DISIDENCIA (NO FIRMA POR COMISIÓN DE SERVICIOS) APCARIAN MANSILLA - BAROTTO
///MA, de abril de 2014.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Liliana L. Piccinini, Adriana C. Zaratiegui, Ricardo A. Apcarian, Enrique J. Mansilla y Sergio M. Barotto, con la presidencia del último de los nombrados y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “CANALES, Gustavo Ariel; CARCAMO, Yonathan Mario y NOGAR, Nelson Nicolo s/Robo agravado s/ Inconstitucionalidad s/Casación” (Expte.Nº 26574/13 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:- - - - - - - - - - - - - - - - -
C U E S T I Ó N

----- ¿Es procedente el recurso deducido?- - - - - - - - -
V O T A C I Ó N
La señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:- - - - -
-----1.- Antecedentes del caso:- - - - - - - - - - - - - - -
-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 101, de fecha 13 de mayo de 2013, la Cámara Primera

en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial resolvió:- - - - - - - - - - - - -

-----"1.- Condenando al procesado Gustavo Ariel Canales a la pena de seis (6) años de prisión efectiva, accesorias del art. 12 CP y costas, por ser coautor de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego, en poblado y en banda, en grado de tentativa, en concurso ideal con portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal y resistencia a la autoridad, en concurso

///2.- real con violación de domicilio (arts. 12, 29 inc. 3º, 42, 45, 54, 55, 166 inc. 2º, 189 bis, inc. 2º, tercer párrafo, 239 y 150 del C Penal), manteniendo la declaración de segunda reincidencia; imponiéndole en carácter de pena única, comprensiva de la impuesta en la presente causa y la discernida en la causa nro. 3767/10-CC3ra., la de siete (7) años y nueve (9) meses de prisión efectiva, accesorias del art. 12, CP, costas del proceso, manteniendo la declaración de segunda reincidencia (art. 55 y 58, C Penal).- - - - - -

----- "2.- Condenando al procesado Nelson Nicolino Nogar a la pena de cinco (5) años de prisión efectiva, accesorias del art. 12 CP y costas, por ser coautor de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego, en poblado y en banda, en grado de tentativa, en concurso ideal con portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal y resistencia a la autoridad, en concurso real con violación de domicilio (arts. 12, 29 inc. 3º, 42, 45, 54, 55, 166 inc. 2º, 189 bis, inc. 2º, tercer párrafo, 239 y 150 del C Penal), manteniendo la declaración de segunda reincidencia; imponiéndole en carácter de pena única, comprensiva de la impuesta en la presente causa y la discernida en la causa nro. 4791/JC18, la de cinco (5) años y tres (3) meses de prisión efectiva, accesorias del art. 12, CP, costas del proceso, manteniendo la declaración de segunda reincidencia (art. 55 y 58, C Penal).- - - - - - - -

----- "3.- Condenando al procesado Yonathan Mario Carcamo a la pena de cuatro (4) años de prisión efectiva, accesorias del art. 12 CP y costas, por ser coautor de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego, en poblado y en

///3.- banda, en grado de tentativa, en concurso ideal con portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal y resistencia a la autoridad, en concurso real con violación de domicilio (arts. 12, 29 inc. 3º, 42, 45, 54, 55, 166 inc. 2º, 189 bis, inc. 2º, tercer párrafo, 239 y 150 del C Penal)" (fs. 667/669).- - - - - - - - - - -

----- Asimismo, procedió al decomiso de los elementos identificados a fs. 669.- - - - - - - - - - - - - - - - -

-----1.2.- Contra lo decidido, la señora Defensora Oficial doctora Mariana Serra, en

representación de Gustavo Ariel Canales y Nelson Nicolino Nogar, interpuso recurso de inconstitucionalidad (art. 444 C.P.P.) y en forma subsidiaria el recurso de casación (art. 429 incs. 1 y 2 C.P.P.), que fueron declarados admisibles por el a quo y luego por este Superior Tribunal, de los que se dio intervención a la Defensoría General y posterior traslado a la Fiscalía General.- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

-----1.3.- El día 11 de marzo de 2014 se llevó a cabo la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del rito, con la incomparecencia de las partes, ocasión en la que se ordenó agregar al expediente el escrito presentado por la Fiscalía General, lo que así se cumplimentó. Así, los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.- - -

-----2.- Agravios:- -

-----2.1.- Recurso de inconstitucionalidad:- - - - - - - - -

----- La señora Defensora Penal alega que la sentencia puesta en crisis impone una pena mayor a la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal aplicando a contrario sensu lo dispuesto por el art. 385 último párrafo

///4.- del Código Procesal Penal, con lo cual se infringen principios constitucionales tales como la división de funciones de los órganos encargados de acusar y juzgar, el derecho de defensa, el principio de contradicción, el de congruencia, la reformatio in peius y la igualdad de armas que debe existir en todo proceso.- - - - - - - - - - - - - -

----- Hace referencia a que el sentenciante expone que “si bien la fiscalía ha solicitado penas inferiores a las propuestas en los precedentes párrafos, el Tribunal no se encuentra vinculado por su pedido (vid. art. 385 último párrafo C.P.P. a contrario sensu)”.- - - - - - - - - - - - -

----- Expresa que ese razonamiento, en cuanto habilitaría a los magistrados a imponer en los juicios criminales mayor pena que la solicitada por el acusador público, se contrapone abiertamente con normas de jerarquía constitucional (arts. 18 y 24 C.Nac.; 8.5 CADH; 14.1 PIDCyP; 26 DADyDH y 11.1 DUDH), argumentando así el remedio procesal presentado a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 385 último párrafo de la ley ritual.- - - - - - - -

-----2.2.- Recurso subsidiario de casación:- - - - - - - - -

----- La presentante cita los fundamentos de la tercera cuestión de la sentencia impugnada y afirma que el a quo se consideró facultado para imponer una mayor pena que la pedida por la Fiscalía de Cámara conforme una interpretación a contrario sensu del art. 385 última parte del rito que regula la actividad del Juez Correccional,

imponiendo a sus defendidos una pena seis y cinco años de prisión cuando la solicitada por la Fiscalía fue de cuatro años para ambos imputados.- -

///5.-- Entiende así que el juzgador efectuó una valoración arbitraria e irrazonable de las pautas de mensuración de la pena contempladas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, por cuanto priorizó para graduar las mismas las pautas agravantes, restándoles valor a las atenuantes que superan las primeras.- -

----- Agrega que el Tribunal tuvo en cuenta el arrepentimiento de sus defendidos, la no aplicación de violencia física e inexistencia de perjuicios económicos para con las víctimas, y no obstante ello se apartó considerablemente del monto solicitado por la Fiscalía de cuatro años de prisión; monto que más allá del arrepentimiento brindado por sus defendidos superaba el mínimo de tres años y cuatro meses que corresponde a la figura en cuestión en grado de tentativa.- - - - - - - - - -

----- Sigue diciendo la letrada que para justificar ese monto de pena y ese plus superior al pedido por el acusador público tuvo en cuenta principalmente como pautas agravantes la existencia de antecedentes computables de sus defendidos, lo que pone en jaque el principio de prohibición de la doble valoración.- -

----- En apoyo de su postura cita jurisprudencia y, por último, solicita en forma subsidiaria se haga lugar al planteo casatorio y se declare la nulidad en lo referente a la imposición de pena por resultar ella infundada y por ende arbitraria.- -

-----3.- Dictamen de la Defensoría General:- - - - - - - - -

----- La señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí considera que el escrito recursivo se ajusta a

///6.- derecho, adhiriendo a cada uno de los fundamentos expuestos por compartirlos plenamente.- - - - - - - - - - -

----- Señala que la intempestiva aplicación de una pena mayor a la peticionada por el Fiscal implica una violación al derecho de defensa en juicio y configura un cercenamiento del principio de congruencia en virtud de que es la acusación la que establece el grado de afectación que sufrió la sociedad para el caso concreto, y cuál es la cantidad de reparación con la que la misma se conforma, por lo que omitiendo considerar la petición de la acusación pública también se torna arbitraria la sentencia.- - - - - - - - -

----- Asimismo considera violado el principio del proceso contradictorio, propio de un estado democrático de gobierno (arts. 18 C.Nac., art. 8.2, b, c, d y f CADH y 14.3, a y b PIDCyP, entre otros), ya que el quantum de la pena no fue objeto de discusión en la extensión impuesta por el juzgador.- -

----- Estima que el nuevo paradigma del derecho penal impone al Juez imparcial los límites delineados por la acusación y restringen sus facultades de imposición de pena al quantum solicitado por el fiscal. Debe partirse sigue diciendo- del análisis de las normas constitucionales, con anclaje en el artículo constitucional que impone que toda pena debe estar precedida de un juicio, donde se respeten los derechos y garantías de la persona imputada por un hecho determinado, siendo de especial relevancia el derecho de defensa y debido proceso regido por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.- -

----- De tal modo, entiende que el acto de acusación no solo

///7.- debe contemplar la descripción de la base fáctica que delimita el objeto del juicio, sino que su calificación legal y la formulación de la pretensión punitiva también están abarcadas por él incluyendo ineludiblemente- una propuesta fundada sobre la determinación de la pena, de manera tal que la defensa del imputado conozca las circunstancias consideradas relevantes para fijarla y pueda rebatir aquellos fundamentos e invocar las circunstancias que, según su opinión, deban conducir a imponer una pena más leve.- -

----- Refiere que los principios del contradictorio, ne procedat iudex ex officio y la prohibición de la actuación ultra petita poseen raigambre constitucional e implican la imposibilidad del juzgador de exceder el marco que imprime la acusación al delimitar el objeto del proceso.- - - - - -

----- Por último, dice que sostiene en los términos del art. 21 inc. d de la Ley K 4199 el recurso de casación oportunamente interpuesto por la señora Defensora Penal solicitando se haga lugar al mismo y se deje sin efecto el resolutorio impugnado.- - - - - - - - - - - - - - - - -

-----4.- Dictamen de la Fiscalía General:- - - - - - - - - -

----- El señor Fiscal General, doctor Marcelo Álvarez, entiende que corresponde rechazar el recurso de casación incoado por la Defensa, sin dejar de reconocer la existencia de cierta coherencia lógica en sus fundamentos puesto que aluden a un criterio interpretativo minoritario que lamentablemente no encuentra asidero para el presente caso por no constituir la postura doctrinaria y/o jurisprudencial imperante en

nuestra Provincia, siendo irrelevante para su
///8.- resolución.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -
----- Refiere anterior Dictamen y las sentencias 120/09 y 150/09 de este Superior Tribunal de Justicia, citando in extenso la Sentencia 89/11 STJRNSP.- - - - - - - - - - - - -
----- Dice que la extensión de la cita se justifica por su relevancia para la resolución de los agravios planteados en la presente causa, puesto que allí se justifica motivada y fundadamente cómo la facultad de fijar el quantum de la pena corresponde exclusivamente al Tribunal de Juicio, sin perjuicio de las pretensiones de la acusación sobre el monto.- -
----- Remarca que la Defensa no se ha visto afectada en relación al debido proceso y el derecho de defensa en juicio toda vez que durante el debate tuvo la oportunidad para manifestarse respecto a la pena en concreto que se aplicara al acusado -de recaer una condena-; por lo que mal puede agraviarse ahora- en relación al quantum de la pena fijada por el Tribunal a quo, quien escuchó a ambas partes cerrándose allí la controversia y debate sobre el tema (monto de la pena), sin perjuicio de decidir motivada y fundadamente en disidencia a ellos.- - - - - - - - - - - - -
----- Refiere que la Defensa conoce la escala penal aplicable al delito que le ha sido endilgado, por ende debe argumentar en favor del quantum que considera razonable, máxime en aquellos casos en que el acusado ha reconocido su responsabilidad en el hecho y la condena es inminente.- - -
----- El funcionario afirma que existió en autos debida acusación, prueba y defensa (secuelas del debido proceso) encontrándose abierta la jurisdicción para definir
///9.- motivadamente la sentencia, y dentro de ella determinar el quantum de la pena en caso de recaer condena, atento que constituye una función jurisdiccional propia y reservada al Tribunal, que únicamente se encuentra constreñida por los limites de la escala penal prevista para cada delito, conforme las variantes por agravantes y atenuantes, grado de participación, consumación o tentativa, edad del acusado y demás pautas prescriptas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.- - - - - - - - - - - - - - - - - - -
----- En tal sentido, aduce que no se entiende cómo podría configurar el de autos un pronunciamiento ultra petita, atento que el monto de la pena final nunca excedió al de la escala prevista en la incriminación típica correlativa a los hechos endilgados por el Fiscal en su acusación.- - - - -
----- Por lo anterior entiende que los argumentos esgrimidos por la Defensa no alcanzan para decretar la inconstitucionalidad del art. 385 último párrafo del Código Procesal

Penal, que prohíbe a los Jueces correccionales la posibilidad de fijar pena mayores a las requeridas por el Fiscal, salvo aquellos casos de modificación de la calificación legal (iuri novit curia).- - - - - - - - - - -

----- Luego agrega que el referido artículo no resulta aplicable para el caso de autos que tramita por ante la Cámara Criminal, la cual difiere en cuanto a su integración y facultades con el Juez Correccional; y por ente, el principio lógico impide que a aquellos apliquemos necesariamente las normas procesales que restringen el funcionamiento de estos.- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- Por otra parte, en cuanto a la irrazonabilidad y

///10.- arbitrariedad de la pena impuesta por el Tribunal, alegada como causal de casación, sostiene que yerra la Defensa puesto que el fallo brinda motivación suficiente en tales términos.- -

----- Dice que la sentencia fundamenta detalladamente cómo ha ponderado cada una de las circunstancias agravantes y atenuantes que lo han determinado en el monto de pena impuesta a cada acusado. Afirma que el a quo comienza analizando los topes y el medio del monto correspondiente a la calificación legal endilgada (mínimo de 3 años y 4 meses, medio de 9 años y cuatro meses y máximo de quince años y 4 meses), luego pondera los agravantes relativos a la modalidad en que fue cometido el hecho: organización, planificación, nocturnidad, sorpresa, impacto psicológico; como así también sus atenuantes: arrepentimiento, no aplicación de violencia, inexistencia de perjuicio económico, y también ingresa en el análisis pormenorizado de las circunstancias personales propias de cada acusado.- - -

----- Alude a que se reitera la cuestión planteada en la inconstitucionalidad.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- Dice que la ponderación de los antecedentes penales del acusado como una agravante en la determinación del monto de la pena está avalado en cuanto significa el reproche por el mayor desprecio a la norma penal, y de no haberse motivado en la anterior infracción y sus consecuencias.- - -

----- Afirma que resulta insuficiente el agravio atento que no explica cómo se configura la referida arbitrariedad por falta de motivación.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- Por último, peticiona se rechace el recurso de la

///11.- Defensa y ratifique la pena impuesta en todos sus términos.- -

-----5.- Hechos reprochados:- - - - - - - - - - - - - - - -

----- De acuerdo con la acusación consignada en la sentencia de Cámara, se le reprocha a Gustavo Ariel Canales, Nelson Nicolino Nogar y Jonathan Mario Cárcamo el siguiente hecho: “ocurrido en General Roca, provincia de Río Negro, el día 16 de junio de 2011, siendo aproximadamente las 07:15 horas, cuando los procesados Canales, Cárcamo y Nogar se habrían hecho presentes en el domicilio sito en calle Damas Patricias nro. 2285, en momentos en que Sergio Gustavo María se encontraba sacando su vehículo del garaje de la vivienda. Así, al abrir el portón de ingreso fue golpeado por los imputados en la zona de la cabeza, siendo obligado a bajar del vehículo y a entregar la billetera, el reloj y la alianza matrimonial. Los procesados, que portaban armas de fuego sin autorización legal, mediante amenazas y ejerciendo violencia sobre la persona del denunciante, lograron ingresar al domicilio de la familia Maria, sin autorización expresa o presunta de quienes tenían derecho a excluirlos. Una vez dentro del domicilio ataron de pies y manos a Sergio Maria y a uno de sus hijos menores, los hicieron subir a la planta alta donde se encontraban durmiendo la esposa del nombrado, señora Rucci, y su hija menor y los arrojaron al piso paralelo a la cama matrimonial. Mientras tanto amenazaron a la familia, manifestando que eran de la ciudad de Neuquén, exigiéndoles la entrega de dinero. Asimismo, en esos momentos, uno de los imputados levanta en sus brazos a la menor de un año de edad y expresa que si no entregaban el

///12.- dinero la niña iba a costar cincuenta mil pesos. También exigían la entrega de la computadora, mientras revisaban la vivienda. Acto seguido se hizo presente en el lugar personal policial, alertado de lo sucedido por un llamado telefónico. En ese momento, uno de los imputados, que se encontraba en la planta alta de la vivienda efectúa disparos de arma de fuego hacia el móvil policial. Ante ello, personal policial ingresó a la vivienda por la puerta principal, encontrándose con uno de los imputados que enfrenta a la policía y se produce un forcejeo, al que se suma otro de los imputados, cayendo todos al suelo, resultando con lesiones leves uno de los agentes policiales y aprovechando los asaltantes para subir al primer piso. Luego el personal policial sube a la planta alta encontrando a la familia Maria reducida en una habitación, mientras los imputados estaban encerrados en el baño donde fueron finalmente reducidos y detenidos. En el baño donde se encontraban los imputados se encontraron las armas de fuego que portaban y algunos elementos sustraídos a las víctimas”.- -

-----6.- Quantum de la pena:- - - - - - - - - - - - - - - -

-----6.1.- En los alegatos o conclusiones finales del juicio oral, conforme se plasmara en

el acta, el Ministerio Público Fiscal dijo: “Teniendo en cuenta el hecho, la edad de los imputados y sus antecedentes penales, solicita: en relación a Gustavo Canales la pena de cuatro años de prisión; registrando un antecedente en causa 3767/C.C.3ra. mediante sentencia de fecha 05 de junio de 2012 con pena de dos años y ocho meses de prisión y por el método de la composición y

///13.- las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P., solicita que se le imponga la pena única de seis años de prisión y se lo declarare reincidente por tercera vez. En relación a Nelson Nicolino Nogar, teniendo en cuenta la gravedad del hecho, la edad, costumbres y antecedentes, solicita la pena de cuatro años de prisión efectiva y contando con un antecedente en causa Nº 4791 del juzgado Correccional nº 18 mediante sentencia de fecha 13 de febrero de 2012 con pena de nueve meses de prisión, solicita se le imponga la pena única de cuatro años y un mes de prisión efectiva. Asimismo solicita se declare su tercera reincidencia. En relación a Jonathan Cárcamo […]” (fs. 656/657, los subrayados están en el original).- -

-----6.2. A su turno, la señora Defensora oficial doctora Mariana Serra (por Nogar y Canales) expresa que adhiere a lo solicitado por la Fiscalía.- - - - - - - - - - - - - - - - -

-----6.3.- Por su parte, la señora Defensora particular doctora Celia Delgado (por Cárcamo), también expresa que adhiere a lo solicitado por la Fiscalía.- - - - - - - - - -

-----6.4.- Luego, el Tribunal resolvió: “En función de la calificación legal adoptada, la escala punitiva aplicable en la especie tiene un mínimo de tres años y cuatro meses de prisión (pena del robo con arma de fuego en grado de tentativa) y un máximo de quince años y cuatro meses, con lo que la mitad de la escala quedaría en nueve años y cuatro meses.- -

----- “Con relación a los tres procesados: tengo en cuenta como agravantes la modalidad del hecho principal, que denota cierta organización y planificación; la forma de sorprender

///14.- a la víctima a la salida de su vivienda, cuando aún no había amanecido (factor nocturnidad), y la utilización de un equipo de comunicación (handy). Como atenuantes: pondero especialmente que han confesado el hecho, expresando arrepentimiento. También considero que, más allá de las lesiones leves a las que hice referencia comprendidas en la figura del robo calificado-, no aplicaron violencia innecesaria sobre las víctimas, a quienes se limitaron a reducir en el interior de la vivienda. La inexistencia de perjuicio económico para las víctimas (quedando subsistente el consiguiente daño psicológico que normalmente ocasionan hechos de esta naturaleza, de

alto impacto; como bien lo refleja la testimonial de Silvina Rucci, a fs. 95, al decir: \'… todos estamos muy asustados, hemos modificado nuestro ritmo de vida, a la mañana para sacar el auto estamos en la ventana mirando hacia fuera con los celulares. Que dormimos todos juntos en una habitación por el miedo…\'.- - - - - - -

----- “Particularmente tengo en cuenta: 1) Gustavo Ariel Canales: que efectuó disparos con el arma de fuego que portaba. Los cuantiosos antecedentes penales que registra, con segunda declaración de reincidencia, principalmente por delitos contra la propiedad y con el uso de armas. La impresión personal recibida en la audiencia, su edad, educación, condición social (que tiene tres hijos de los cuales dos son menores) y los demás parámetros previstos por el art. 41, C Penal, estimando justa y equitativa la pena de seis años de prisión, accesorias del art. 12, C Penal y costas del proceso.- -

----- “Asimismo, corresponde proceder a la unificación de

///15.- esta pena con la de dos años y ocho meses de prisión que le fuera impuesta el día 05-06-2012, en la causa 3767/10 de la Cámara Tercera en lo Criminal, estimando justo, aplicando el sistema de la composición, que se le imponga en carácter de pena única la de siete años y nueve meses de prisión, accesorias del art. 12, C Penal, costas del proceso, manteniendo la declaración de segunda reincidencia.- -

----- “2) Nelson Nicolino Nogar: Tengo en cuenta los antecedentes penales que registra (de menor cuantía que los de Canales), con segunda declaración de reincidencia. La impresión personal recibida en la audiencia, su edad, educación, condición social (que tiene un hijo menor de edad) y demás parámetros previstos por el art. 41, C Penal, estimando justa y equitativa la pena de cinco años de prisión efectiva, accesorias del art. 12, C Penal y costas del proceso.- -

----- “También en este caso corresponde proceder a la unificación de la pena que le fuera impuesta el 13-02-2012 en la causa nro. 4791-JC18 de nueve meses de prisión efectiva y declaración de segunda reincidencia; estimando justo y equitativo que se le imponga en carácter de pena única, de acuerdo al método de la composición, la de cinco años y tres meses de prisión efectiva, accesorias del art. 12, C Penal, costas del proceso, manteniendo la declaración de segunda reincidencia…”.- - - - - - - - - - - - - - - -

-----7.- Análisis del recurso de inconstitucionalidad:- - -

-----7.1.- No estará de más puntualizar en esta introducción que el recurso de inconstitucionalidad previsto en el ritual

///16.- debe reunir dos condiciones a los fines de su admisibilidad. Una de ellas es que nos encontremos frente a una decisión definitiva y otra que en dicho pronunciamiento se haya aplicado una ley en sentido material y que esa ley sea -a juicio del recurrente- contraria a algún precepto constitucional -expreso o tácito- y que la resolución se despache a favor de dicha ley. Lo que se ataca con este recurso no es la justicia o corrección de la sentencia, puesto que para ello se encuentra instaurado el recurso de casación. Esta vía sirve al abatimiento de la ley como acto de justicia. -

----- La Defensa plantea la inconstitucionalidad del art. 385 último párrafo de la ley ritual porque entiende que el Tribunal de juicio sustentó en esa norma la facultad de imponer a sus defendidos una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal. Ahora bien, dicha norma (ley en sentido material),que la Defensa se propone abatir, en lo que aquí interesa, dispone: “El Juez correccional… Tampoco podrá imponer una pena mayor que la requerida en la acusación fiscal, excepto que encuadre la conducta del imputado en una figura penal diferente que tenga una escala mayor”. De manera que resulta harto difícil comprender el designio defensista pretendiendo se declare la inconstitucionalidad de una norma que, como más adelante se verá, responde a su discurso y a su pretensión.- - - - - - -

-----7.2.- La Cámara en lo Criminal fundamentó: “[…] resta señalar que si bien la Fiscalía ha solicitado penas inferiores a las propuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal no se encuentra vinculado por su pedido (vid. art.

///17.- 385, último párrafo, CPP, a \'contrario sensu\'). Por otra parte, este es el criterio que ha mantenido el Superior Tribunal de Justicia, al sostener que: \'… como regla general, lo atinente a la individualización de la pena es facultad de los jueces de la causa (CSJN, Fallos: 306:1669), y solo cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de defensa en juicio y a las reglas del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar exigiendo que las sentencias sean fundadas (CSJN, Fallos 311:949; 320:1463, conforme cita de Zaffaroni, en N. 130. XLIII, Se. del 08/06/10).- […] En la disidencia desarrollada en el fallo \'ESTEVEZ\', del 08/06/10, dicho magistrado también había expuesto las siguientes consideraciones: \'Es doctrina de esta Corte que la cuantificación penal es una materia reservada a los tribunales de sentencia, criterio que resulta correcto en general, con los límites que se derivan de la propia Constitución, en dos sentidos: (a) que la individualización penal no resulte groseramente desproporcionada con la gravedad de

los hechos y de la culpabilidad, en forma tan palmaria que lesione la racionalidad exigida por el principio republicano (art. 1º Constitución Nacional) y la prohibición de penas crueles e inhumanas (art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos); y (b) que la prueba de las bases fácticas consideradas para la cuantificación no resulte arbitraria con la gravedad señalada por esta Corte en materia de revisión de hecho y prueba (Fallos: 328:3399)…\' (Sánchez, Sent. 142 del 27-08-2012)" (fs. 666/667).- - - - - - - - - -

///18.--7.3.- Luego de analizar los argumentos de la sentencia, del recurso y de los dictámenes adunados en esta instancia, tal como se adelantara, no se entiende cuál sería el rédito para la Defensa si se declarase, como lo peticiona, la inconstitucionalidad del artículo que reglamenta la actividad del juez correccional prohibiéndole como principio- imponer una pena mayor a la requerida en la acusación fiscal. Tampoco se evidencia cuál sería la norma constitucional vulnerada por tal artículo.- - - - - - - - -

----- La Cámara en lo Criminal afirmó que "la Fiscalía ha solicitado penas inferiores […y que] el Tribunal no se encuentra vinculado por su pedido". El fundamento es ajustado a derecho (en tanto recepta la doctrina vigente de este STJRN).Sin embargo, para así decidir, ciertamente no era menester respaldarse en el segundo párrafo del artículo 385 del Código Procesal Penal a contrario sensu.- - - - - -

----- En este sentido, en la Sentencia 142/12 que citó el a quo, este Cuerpo dijo: "[…] en cuanto al argumento defensivo referido a que la sentencia excede la pena de prisión requerida por el Ministerio Público Fiscal, en tanto decreta que su ejecución será efectiva, vulnerando de este modo el principio del debido proceso legal, acudiendo a doctrina y jurisprudencia en su abono, debe señalarse que el STJ ha señalado que la determinación de la pena es una facultad del juez, que debe precisar dentro del marco de la escala mínima y máxima delimitada por el tipo penal, y que no tiene como límite máximo la pena pedida por el Fiscal. (…) (Sent. 109/10)" (voto del doctor Sergio Barotto).- - - - - - - - -

----- Establecido lo anterior (que la facultad de la Cámara

///19.- en lo Criminal de aplicar una pena superior a la requerida por el Ministerio Público Fiscal carece de relación jurídica con el art. 385 C.P.P.), y más allá de la inconsecuente referencia que realizó el a quo al citado art. 385 ritual, necesariamente debo coincidir con lo afirmado por el señor Fiscal General en cuanto a dicho que "[a]caso la Defensa habrá querido plantear la inconstitucionalidad de determinada interpretación del art. 385 in fine del CPP

-aquella que autorizaría al Juez a imponer una pena mayor a la pedida por el MPF-” (fs. 736).- - - - - - - - - - - - - -

----- En definitiva, no toca a este Tribunal aclararlo, basta señalar lo desarrollado para denegar el remedio.- - -

-----8.- Análisis del recurso de casación interpuesto en subsidio-:- -

-----8.1.- No habré de soslayar que en la vía extraordinaria no se prevén los recursos subsidiariamente, sin embargo habrá de tenerse presente lo explicitado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho de toda persona a contar con un recurso ante un Tribunal superior. Así, la jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio o sancionatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto
///20.- jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. En este sentido, el derecho a recurrir del fallo, reconocido por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y emitió el fallo condenatorio o sancionatorio, ante el que la persona afectada tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto (Cfr. Caso Herrera Ulloa, nota 187, párrs. 161 y 164).- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- Sobre este punto, si bien los Estados tienen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo. La posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.- -

----- Razones estas que, por respeto irrestricto a las normas constitucionales y convencionales, conllevan a sortear ápices formales como los anteriormente señalados y otorgar tratamiento al recurso de casación.- - - - - - - - -

-----8.2.- En primer lugar, tal como refiere el señor Fiscal General, el recurso de casación alude a la misma cuestión planteada en el recurso de inconstitucionalidad (es

decir, el quantum de la pena excede el pedido del Fiscal), vinculado ahora con planteos de arbitrariedad e irrazonabilidad de la mensuración.- - - - - - - - - - - - -

///21.-- En este sentido, la señora Defensora General, ampliando argumentos, señaló que la intempestiva aplicación de una pena mayor a la peticionada por el Fiscal implica una violación al derecho de defensa en juicio, al principio del proceso contradictorio y configura un cercenamiento del principio de congruencia. Agregó que el nuevo paradigma del derecho penal impone al Juez imparcial los límites delineados por la acusación y restringen sus facultades de imposición de pena al quantum solicitado por el fiscal en virtud de las normas constitucionales (arts. 18 y 19 C.Nac.; 8.2, b, c, d y f CADH y 14.3, a y b PIDCyP).- - - - - - - -

-----8.3.- Comienzo por recordar lo expresado por el cimero Tribunal de la Nación in re "CASAL" -considerando 7º- en cuanto a que la Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular; y la perspectiva histórica muestra una progresión legislativa hacia la meta señalada, acompañada por la jurisprudencia constitucional, sin apresurarlo.- -

----- Es decir que en ningún momento la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional; lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos.- -

----- Al respecto, este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que el rol determinante del Ministerio Público Fiscal, en el proceso penal a la luz del nuevo paradigma acusatorio

///22.- imperante en la doctrina, es lenta y parcialmente adoptado por el codificador incorporando el legislador provincial principios propios de un sistema acusatorio (Se. 89/11 STJRNSP).- -

-----8.4.- Establecido el paradigma del sistema acusatorio, es necesario determinar qué alcance corresponde brindarle en el marco normativo.- -

----- Al respecto, ya ha sido referenciado en la Sentencia 221/12 de este Superior Tribunal de Justicia, no obstante lo cual, conveniente es reiterarlo y recordar que el doctor E. Raúl Zaffaroni en su voto in re "SANDOVAL", publicado en La Ley 2010-F, 290, expresó que "Juan Bautista Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional, y que el Poder Judicial norteamericano \'no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad…\' (Fallos:

328:3399, considerando 11). A su vez, en el mismo precedente la Corte afirmó que \'el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público…\' y que \'… acerca de la dicotomía «acusatorio/inquisitivo» señala Ferrajoli que ella «es útil para designar una doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de juez: y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio. Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto

///23.- pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la larga carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral, público y resuelto por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa» (cfr. Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, Trotta, 1995, pág. 564)\'".- -

----- En idéntica línea, Cafferata Nores enseña que el modelo acusatorio parte de la base de la existencia de intereses opuestos en el proceso (el del acusador y el del acusado), que se enfrentan entre sí acordando la responsabilidad de sostenerlos y acreditarlos solo a quienes los representan o encarnan (nunca a quienes deben resolver sobre ellos). Siendo más claro, dice que un modelo acusatorio no oculta el innegable enfrentamiento de intereses contrapuestos entre acusación y defensa, que le es inherente, y para darle solución dispone que un tercero totalmente ajeno a ellos (juez) sea quien establezca qué interés debe prevalecer sobre el otro (Proceso penal y derechos humanos…, Del Puerto, Buenos Aires, 2ª edición, 2007, págs. 146/148).- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- Entonces, en este sentido, el sistema acusatorio se caracteriza por una dinámica procesal en la que el juez

///24.- realiza una actividad independiente a la pretensión de las partes y donde a la acusación le corresponde la carga de la prueba que otorgue exitoso andamiaje a la tesis del caso llevado a juicio. Correspondiéndole a la Defensa el sostener la antítesis del caso o al menos- una tesis del caso que alivie la situación de su defendido. Ante sendas posiciones, el Juez pondera y juzga.- - - - - - - - - - - -

----- Dable es señalar que no existen modelos puros, ni en el derecho anglosajón ni en el

continental europeo, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhiere al criterio de que los sistemas teóricos no se aplican de modo puro, sino según las circunstancias del caso, tal como ha resuelto en Fallos 315:2056 o, más recientemente, en Fallos 331:488, donde se limita la doctrina "CASAL" (Fallos 328:3399) a los agravios deducidos (Se. 201/10 STJRNSP).- - - - - - - - - -

----- De tal forma, coincido con Mancini (ver "Acuerdo Plenario" del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 12/12/02) cuando afirma que queda en evidencia "el despropósito lógico que entraña la operación consistente en catalogar doctrinariamente un sistema" para luego derivar de dicha rotulación lo que presuntamente la ley (léase: Constitución, Tratados Internacionales, etc.) estaría diciendo.- -

----- Corresponde, antes que nada, atender al texto normativo y a lo que en él se expresa para luego realizar el análisis de constitucionalidad y de convencionalidad.- - - -

----- Con tales aclaraciones, queda claro que el marco teórico del "sistema acusatorio" diferirá de su concreto contenido legislativo en función de las jerarquías

///25.- normativas en las que se prevean derechos, principios y garantías judiciales.- - - - - - - - - - -

----- En este orden de ideas, destaco que no se verifica en autos una violación de la prohibición de la reformatio in pejus, puesto que no se trata de la resolución de un juez superior ante la impugnación del fallo por una de las partes, sino que la Cámara impone una pena en ejercicio de sus facultades propias, de modo que el concepto de pena ilegal no aparece vinculado aquí con la citada garantía constitucional (ver Creus, Derecho Procesal Penal, pág. 143).- -

----- Tampoco se condenó ultra petita ni se afectó el principio de congruencia, puesto que en el caso existió acusación y, por tanto, se abrió debidamente la jurisdicción de la Cámara Criminal para aplicar el derecho ajustado a los hechos comprobados contenidos en la pretensión acusatoria.-

----- Adviértase (parafraseando nuevamente a Mancini -ver "Acuerdo Plenario" sup. cit.-) "que el caso no trata de un corrimiento del objeto procesal desde el punto de vista fáctico frente al cual sí constituiría un gravísimo despropósito exigir a la defensa la previsión, casi adivinatoria, de las infinitas variables con las que, sin aviso, podría encontrarse irremediablemente sorprendida. Muy por el contrario, sostengo que ante el mismo objeto fáctico procesal, las decisiones jurídicas que el ritual exige tomar en el acotado margen que le fijan las leyes, previas y conocidas, el caso se instala en un

ámbito netamente normativo (como operación jurídica destinada a individualizar la sanción del condenado dentro de una escala

///26.- legalmente establecida y por ende previsible, de conformidad con pautas, también legalmente indicadas). Es una labor intelectual que ya no tiende a reconstruir históricamente y mediante cotejo probatorio lo sucedido, sino que, distintamente, una vez obtenida esa realidad evocada, se desenvuelve hacia un terreno arquetípico de la jurisdicción como tal, consistente en decidir un punto determinado atendiendo a la aplicación de la ley a dicho punto. Ni más ni menos que actuar la ley".- - - - - - - - -

----- En similar dirección, remarco que si bien la función de la acusación es construir la imputación que constituye el objeto del juicio, en torno del cual girará la defensa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación solo ha establecido que el pronunciamiento judicial se encuentra limitado por el marco fáctico plasmado en la pretensión acusatoria (principio de congruencia), pero no por los demás fundamentos expuestos por las partes acerca de la prueba, las calificaciones jurídicas que puedan ser aplicables, o la pena solicitada.- -

----- Así, tiene dicho la Corte Suprema que si bien en orden a la justicia penal, el deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar la decisión con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio, como natural corolario del principio de congruencia (conf. Fallos: 310:2094; 314:333; 315:2969; 319:2959 y

///27.- 327:1437).- -

----- Sobre esa base puede concluirse que la exigencia constitucional se ciñe a la correlación entre el hecho que fue objeto de acusación y el que fue considerado en la sentencia, pues el juez tiene la facultad, dentro de ese límite fáctico, de modificar la pena solicitada por el órgano acusador (Fallos: 237:190 y 312:540). Por lo tanto, la decisión final al establecer una pena dentro de la escala legal respectiva, no se aparta de las cuestiones debatidas en juicio, ni la recurrente ha demostrado que ello haya ocurrido en el caso (conf. Dictamen del Procurador General de la Nación ante la CSJN, en autos "Fernández Alegría, Jorge s/Ley 23771 y 24769 -causa N° 1977/04-", S.C. F 1435 XLII, de fecha 15/09/2008).- - - - - - - - - - - - - - - - -

-----8.5.- Tengo en consideración y con suma claridad que, si bien el modo en el que los magistrados ejercen las facultades para graduar las sanciones dentro de los límites

fijados por las leyes respectivas resulta una cuestión de su exclusivo mérito, ello no faculta a los tribunales a que, en detrimento de la defensa en juicio, determinen la consecuencia jurídica concreta que corresponderá al condenado sin expresar siquiera mínimamente las razones por las que se aplica esa pena y no cualquier otra dentro de las permitidas por el marco penal. Pues el juicio previo establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional como derivación del estado de derecho no solo exige que los jueces expresen las razones en las que se encuentra fundada la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado, sino también aquellas en que se apoyan la naturaleza o intensidad

///28.- de la consecuencia jurídica correspondiente (CSJN, Fallos: 314:1909 entre otros-, considerando 8º). A ello debe sumarse que el juicio de mensuración de la pena, como todo juicio debe ser razonado y legal (art. 200 C. Prov.).-

-----8.6.- La señora Defensora General al acompañar su libelo sosteniendo y mejorando el discurso de su inferior, so pretexto de ampliar fundamentos, introdujo como agravio la vulneración del derecho convencional. Concretamente afirmó la violación del art. 8.2, b, c, d y f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.3, a y b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.- -

----- Sabido es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en forma progresiva, a partir del el caso “Ekmekdjian vs. Sofovich” (1992), primer precedente en que puntualizó que la interpretación que haga de los derechos humanos debe servir de guía para los tribunales argentinos, ha reconocido en forma indiscutida la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el derecho interno, en la medida de las obligaciones asumidas por el Estado en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, cuya violación trae aparejada la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Por ello, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser acatadas por la jurisprudencia nacional y en el orden interno en general.- -

///29.-- Para arribar a tal aserto, se analiza la proyección en el derecho interno de los tratados de derechos humanos, imbuidos de los principios del derecho de gentes (ius cogens) que son inderogables, imperativos e indisponibles, tanto respecto a delitos de lesa humanidad (crímenes de guerra o genocidio) como respecto a delitos comunes por su gravedad. Ello ha modificado institutos jurídicos clásicos en el derecho interno

(acceso a la justicia, doble instancia penal, revisión de la cosa juzgada, prescriptibilidad de la acción penal e irretroactividad de la ley, entre otros) a los fines de atender las violaciones a los derechos humanos, incluso en el ámbito carcelario, cuya realidad no puede ser ignorada frente al mandato del art. 18 de la Constitución Nacional, aspecto este vinculado a la seguridad pública, cuestión tan preocupante en el ámbito nacional.- - - - - -

----- Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido como pauta de interpretación de la aplicación de la normativa de los derechos humanos la utilización del "intérprete externo" o la llamada "Doctrina del Seguimiento Nacional" a partir de su remisión en forma expresa a fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que fijan, a entender de la Corte Federal, el criterio hermenéutico que debe seguirse al interpretar los alcances y la proyección en el ámbito interno de las normas internacionales y las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en los tratados internacionales de derechos humanos, los que integran el bloque constitucional de los derechos humanos incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, de carácter directamente operativo.-

///30.-- La "Doctrina del Seguimiento Nacional" importa que los Tribunales locales deben someterse a los criterios interpretativos fijados por la Corte Interamericano de Derechos Humanos y sus fallos son definitivos e inapelables (art. 67 CADH) y obligatorios (arts. 62.1 y 68 CADH) para el Estado parte, el que siempre resulta ser el legitimado pasivo en el proceso internacional, ya que la falta de acatamiento trae aparejada la responsabilidad internacional del Estado por inobservancia de las obligaciones asumidas en la Convención en base a sus arts. 1.1 y 2, que obligan a los países a respetar los derechos y libertades reconocidos por ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio (art. 1.1.) y a adoptar las medidas necesarias en sus respectivas disposiciones internas para garantizar y hacer efectivas las libertades y derechos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 2).- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- En otras palabras, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser y son acatadas por la jurisdicción interna, a fin que el Estado Argentino no incurra en responsabilidad internacional frente a la universalidad del Derecho Humanitario al que ha reconocido y a cuya competencia se ha sometido.- - - - - - - - - - - -

----- Al decir de Augusto Morello, se trata de la soberanía compartida (L.L. 2004-B, 1350), o concurrente al decir de Bidart Campos, ya que la cuestión de los derechos

humanos ya no es de jurisdicción exclusiva o reservada a los Estados partes, aunque no le ha sido sustraída a los Estados, pues “el sistema de derechos humanos requiere completitud y no en vano la doble fuente interna e internacional- le provee de
///31.- contenido amplio, elástico y progresivo (Germán Bidart Campos, Aplicación de los tratados de derechos humanos en los tribunales locales, CELS, 1997, p.77).- - - -
-----8.7.- Realizadas estas consideraciones, a los fines de dejar expresamente aclarado que se encuentra total y absolutamente internalizada la obligación de efectuar el control de convencionalidad, advierto que la recurrente no ha indicado, siquiera de modo tangencial, de qué manera se verían desconocidos los arts. 8.2. del Pacto de San José de Costa Rica y el 14.3, (a y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.- - - - - - - - - - - - - - - -
----- En cuanto a las interpretaciones y conclusiones que la Defensa esboza de aquellos artículos, en realidad no pueden ser compartidas porque surgen de un marco teórico que la ley (en sentido amplio) no insinúa, admite ni permite.- - - - -
----- Cabe transcribir su letra para evidenciar y concluir que las garantías allí enunciadas y operativas no solo no han sido vulneradas, sino que no referencian el supuesto agravio. El art. 14.3 incs. a y b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza: “Artículo 14… 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:- -
----- “a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;- - - - - - - - - - - - -
----- “b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;”- - - - - - - - - - - - - - - - - -
///32.-- El art. 8 de la Convención, en sus incisos 1 y 2, señala: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.- - - -
----- “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:- -

----- “a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;- - - - - - - -

----- “b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- “c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;- - - - - - - -

----- “d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;- - - - - -

----- “e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;- -

----- “f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos

///33.- presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;- - - - - - - - - -

----- “g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y- - - - - - - - - - - - -

----- “h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.- -

----- Respecto de este artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: “El artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado \'debido proceso legal\', que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos. El artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Por su parte, el artículo 25 de la Convención ordena proporcionar un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos de las personas” (cfr. Caso Genie Lacayo, sentencia del 29/01/97, Serie C No. 30, párr. 74.).- - - - - - - - - - - - - - - - -

-----8.8.- La Convención -como toda norma jurídica- debe ser interpretada en sana hermenéutica, atendiendo a un todo, y no por preceptos aislados. Así resulta pertinente puntualizar que el art. 9 de la Convención Americana dispone: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran

delictivos según el

///34.- derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".- - - - - - - - - - - - - - - - -

----- El Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados americanos de "consolidar en [el] Continente [americano], dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". Asimismo, el art. 29.c de la Convención señala que ninguna disposición de este tratado puede ser interpretada en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".- - - - - - - - - - -

----- "Por lo tanto, en un sistema democrático, es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan

///35.- el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva [el subrayado me pertenece].- - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- "En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión" (Conf. caso "Baena Ricardo y otros", supra nota 139, párr. 106, citando cfr., inter alia, Eur.Court HR, Ezelin v. France -Application no. 25196/94- Judgment of 15 November 2001, para. 45, y Eur. Court HR, Müller and others v. Switzerland -Application no. 10737/84- Judgment of 24 May 1988, para. 29).- - - - - - - - - - - -

----- Tal lo que dimana de la norma convencional y de las consideraciones que ha efectuado a su respecto la Corte Interamericana; de lo cual no es dable extraer vulneración alguna al debido proceso legal, ni a uno de sus pilares (el derecho de defensa), ni tanto menos veda al Juez para imponer la sanción, siempre que la misma sea preexistente y fruto de un orden jurídico vigente y cierto.- - - - - - - -

-----8.9.- No se desconoce la elevada opinión de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni en el caso “AMODIO”, pero esas disidencias en nada conmueven lo que vengo argumentando en virtud de que en definitiva- la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisible el recurso interpuesto (en similar sentido, ver: “Amodio,

///36.- Héctor Luis”, Fallos 320:2658; “Frías, Roque Francisco”, Causa 6815, F. 127 XLIII, rta. el 12/08/08; “Trinidad Noguera, Carlos Alberto”, Causa 7313, T 502. XLIII, rta. el 12/08/08; “Fagúndez, Héctor”, Causa 7035. F. 542. XLIII, rta. el 12/08/08, señalando que en esta ocasión la disidencia de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni fue compartida por el Ministro Fayt; “Fernández Alegría, Jorge”, Causa 1977/04, F. 1435. XLII, rta. el 02/06/09; “Corbalán, Daniel Humberto”, LL Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal, del 17/05/11, pág. 31, Fallo 115.451; “Abeledo, Marcelo Javier”, Causa N° 15.166, rta. el 17/09/13; “Pinchulef, Marcelino Domingo s/abuso sexual agravado”, Causa Nº 25.763/12, rta. el 05/11/13, con la particularidad de que el recurso de hecho fue interpuesto por Marcelino Domingo Pinchulef, representado por la Dra. María Rita Custet Llambí, Defensora General de la Provincia de Río Negro, contra una sentencia de este Superior Tribunal de Justicia; “Candisano de Piftero, Blanca Esther s/falsedad ideológica etc.”, Causa nº 40/2012, rta. el 17/12/13, siendo el tribunal de origen el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba).- -

-

-----8.10.- Lo anterior es determinante para desechar los argumentos recursivos que se basan en artículos de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales (art. 75 inc. 22 C.Nac.), en razón de que ninguno de ellos prohíbe expresamente la posibilidad del órgano jurisdiccional de aplicar una pena superior a la requerida por el acusador.- -

-----8.11.- Luego, con relación a la cuestión analizada, nuestro Código Procesal Penal contiene las previsiones de

///37.- los arts. 377 y 385.- - - - - - - - - - - - - - - -

----- El primero no prohíbe a la Cámara en lo Criminal (ni de forma expresa ni por vía de interpretación) la posibilidad de aplicar una pena superior a la solicitada por la

acusación.- -
----- En cuanto al segundo, la Cámara en lo Criminal no tiene el límite punitivo que se prevé en el último párrafo del art. 385 del rito para el Juez Correccional (Se. 54/10 STJRNSP).- -
----- Se advierte así que cuando el legislador pretendió poner un límite a las potestades del Tribunal para imponer sanciones más graves que la requerida por el Ministerio Público Fiscal, lo hizo en forma clara y precisa.- - - - - -
----- Así, con referencia a la sanción, el único límite expresamente previsto (para la Cámara en lo Criminal) aparece en el juicio abreviado, puesto que el art. 330 inc. 5º, apartado a), del código adjetivo prevé que el monto de la pena acordada por las partes conforma un “techo” que no puede ser ultrapasado por el Tribunal. Se trata de una restricción excepcional que solo rige en el marco procesal para la cual fue formulada de manera expresa. De allí también que ante la ausencia de prescripciones expresas sobre el particular para el juicio común el juez no tiene cortapisa en cuanto a la graduación de la pena (ver “Algunas reflexiones sobre las facultades de los jueces y fiscales en torno a la determinación de la pena”, por Ricardo Alberto Grisetti).- -
-----8.12.- Con lo hasta aquí dicho puedo concluir con total convicción que el Tribunal colegiado no tiene como límite
///38.- punitivo el requerimiento de pena que formule el acusador, ni se encuentra vinculado al mismo (salvo en el juicio abreviado).- -
----- De igual forma destaco que los arts. 40 y 41 del Código Penal son para la consideración del juzgador, que debe pronunciarse respecto del monto de la pena en relación con ellos y atento a los límites legales dados por los tipos penales involucrados. Así el Congreso de la Nación determinó en el art. 40 del código sustantivo: “… Los Tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso…”.- - - - -
----- Así, una vez sostenida la acusación y solicitada condena, impulso e iniciativa que está en manos de la Fiscalía y la querella, por la que se excita la jurisdicción, queda el sentenciante con las facultades propias que el código de fondo (arts.40 y 41) y de rito han reservado al tribunal de mérito: resolver entre otras- las cuestiones de la “calificación legal que corresponda” y la “sanción aplicable” (art. 374 C.P.P.), con la autorización expresa de poder dar al hecho una calificación jurídica distinta aunque deba aplicar penas más graves (art. 377).- -

----- Este Cuerpo tiene dicho que la interpretación planteada por la parte recurrente significa una restricción indebida del principio iura novit curia y desconoce que los arts. 40 y 41 del código de fondo establecen pautas mensurativas para fijar el quantum de la pena que deben imponer los Tribunales (Se. 72/12 STJRNSP).- - - - - - - - -

----- Tal como lo expone Julio B. J. Maier (Derecho Procesal Penal. Parte General, II. “Sujetos procesales”, Ed. Del

///39.- Puerto, 2003, págs. 69/70), citando a Vasalli (La potestad punitiva), el detentador del poder penal del Estado es el Tribunal, y nos recuerda “… que el poder penal pertenece, en primer lugar, a los tribunales; es, dicho en idioma vulgar, cosa propia de ellos… Es por ello que, a contrario de lo que sucede en materia de Derecho privado y aun en Derecho público, el tribunal penal no resulta estrictamente vinculado a lo propuesto por un actor extraño a él y puede, en la sentencia, mirar al objeto procesal desde puntos de vista jurídicos distintos a los sostenidos durante el procedimiento (tal el supuesto de nuestro. art. 377 del CPP), observar ciertas exigencias formales para no sorprender a la defensa del imputado (vgr.: respeto del principio de congruencia en los hechos reprochados) y, \'medir la pena según crea que corresponde, incluso sobre el límite solicitado por el ministerio público fiscal\'”.- - - -

----- En esta línea de pensamiento, es insoslayable que el agravio articulado se vincula con la valoración de las pautas para la individualización de la pena y su graduación dentro de los límites ofrecidos por las leyes respectivas lo que constituye el ejercicio de una facultad propia de los jueces de la causa (conf. CSJN, Fallos: 237:190 y 423; 255:253; 305:494; 306:1669; 315:807 y 1699, entre otros).- -

-----8.13.- Me apego entonces a la ley y de ella emerge que, cuando el principio general según el cual las partes ponen los hechos y el juez pone el derecho (que explica bien la naturaleza de la recurrencia a la jurisdicción) ha querido ser excepcionado, lo ha sido expresamente y, como obviamente corresponde, también a través de la ley (v.gr., en el juicio

///40.- correccional y en el juicio abreviado). En ambos casos se ha establecido que las partes (merced a un acuerdo previo, en el abreviado) pueden proponer un techo que el Juez no habrá de sobrepasar, a modo de morigeración de la facultad del Juez de individualizar y cuantificar la pena. Y en el supuesto del Juicio correccional, se justifica, en parte, porque en dicho fuero se juzgan delitos de instancia privada (art. 73 C.P.), cuya promoción, persecución e interés punitivo es llevado adelante por el particular con patrocinio letrado, merced al ejercicio de la querella; procedimiento

especial establecido en el rito con verdaderos, reales y tangibles principios adversariales, en el cual el Ministerio Público Fiscal no interviene (Maier, op. cit., pág.66).- -

----- El thema decidendum sobre el cual este Cuerpo delibera ha recibido tratamiento en el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires que ha sentado la siguiente doctrina legal: “La requisitoria fiscal no limita al juez la determinación del monto de la pena, salvo en los casos legalmente previstos”. Así, del voto del Juez Piombo, se extrae: “Con referencia a la sanción, el único límite expresamente previsto aparece en el juicio abreviado, puesto que el art. 399 del Código adjetivo, prevé que la sanción requerida, previo acuerdo de parte, conforma un \'techo\' que no puede ser ultrapasado por el juez. Va de suyo que se trata de una restricción excepcional que sólo rige para el ámbito procesal para la cual fue formulada de manera expresa. Esto supone, ante la ausencia de prescripciones expresas sobre el particular, que en el resto de los

///41.- procedimientos legislados, el juez no tiene cortapisa en cuanto a la graduación de la pena, salvo el supuesto exceptivo que dimana del precitado art. 494 y su imprescindible remisión a los arts. 40 y 41 del Código Penal. Es decir que, el principio acusatorio que informa el procedimiento de la ley 11922, lleva ínsita la disponibilidad de los derechos procesales que hacen primordialmente a expectativas o posibilidades, pero nunca la potestad de fijar la cuantía de la sanción”.- - - - - - -

----- En punto a la regencia (aunque más no sea formal) del sistema acusatorio, en nuestro modelo penal, obsérvese que si bien el sistema acusatorio significa que el tribunal no investiga ni se transforma en parte, dado que su rol enmarcado en una concepción garantista, es la de ser un tercero absolutamente imparcial, ello en modo alguno determina que pueda delegarse en otros sujetos del proceso el encuadramiento jurídico, porque tal conducta significaría la lisa y llana renuncia al deber de juzgar, actividad que implica, las acciones de valorar, subsumir y decidir.- - - -

----- Como bien se advierte, con meridiana claridad esa Cámara ha dejado establecido que términos de estricta iurisdictio, la tarea del juzgador consiste en decir y realizar el derecho.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- En similar sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en autos “Tello, Eduardo Evaristo p.s.a. robo calificado -Recurso de Casación-“ (Expte. “T”, 17/2007), se pronunció sobre la misma temática en fallo del 18/02/10 reiterando lo expuesto en el precedente “Esteban”, en el que entre otras razones se dispuso rechazar la restricción de

///42.- los tribunales de competencia criminal para imponer una pena más grave que la

solicitada por el Ministerio Público Fiscal.- -

----- En tal dirección, se destacó que dicho límite se encontraba fijado expresamente en la legislación local solo para los procedimientos especiales (juicio correccional y juicio abreviado, C.P.P., arts. 414 y 415) y que no había sido incluido para el juicio común.- - - - - - - - - - -

----- Además, se resaltó que en el juicio común se faculta al Tribunal a modificar la calificación legal oficiosamente, aun cuando como consecuencia de ello deba aplicar penas más graves, atribución incompatible con el límite pretendido.- -

-----8.14.- En referencia a la pretensión de la recurrente (que resulta sustancialmente idéntica a la esbozada en estos autos por la Sra. Defensora), con cita del voto minoritario en “Amodio”, el Tribunal Superior de Córdoba señaló: “Por lo demás, en el supuesto de aceptarse la pretensión de la recurrente en orden a la ampliación de la jurisprudencia referida a los supuestos vinculados estrictamente con el monto de la sanción impuesta, resultaba imprescindible que ésta acompañara su reproche de afectación a una debida defensa, con argumentos orientados a demostrar que el tribunal de juicio, al momento de estimar la pena que consideraba justo imponer a Tello, incluyó en su análisis circunstancias agravantes vinculadas con la modalidad de los hechos de la acusación, que hubieran sido desechadas por el Ministerio Público. Pero ello en modo alguno sucedió”.- - -

-----8.15.- Las líneas jurisprudenciales apuntadas precedentemente, emanadas de Tribunales en cuyas

///43.- jurisdicciones se aplica el sistema acusatorio (Córdoba y Buenos Aires), posee valimento en el sub lite, toda vez que en nuestro ritual rigen tanto el juicio abreviado como el límite para el Juez Correccional, pero no para el fuero en lo Criminal en juicio ordinario.- - - - - -

----- Como corolario de lo hasta aquí expuesto es que debe rechazarse el agravio de la recurrente.- - - - - - - - - - -

-----8.16.- Establecido lo anterior e ingresando concretamente en el agravio de falta de motivación de la pena impuesta (por valoración arbitraria e irrazonable de las pautas de mensuración), advierto que la recurrente finca su postura en que el sentenciante se apartó considerablemente del monto solicitado por la Fiscalía y valoró la existencia de antecedentes de sus defendidos, afectándose el principio de prohibición de la doble valoración.- -

----- Al respecto, recuerdo la doctrina que surge de la Sentencia 27/09 STJRNSP, según

la cual las impugnaciones del recurso de casación deberán contener la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas, indicando la declaración que pretende del Tribunal sobre los puntos debatidos, como asimismo la refutación concreta y razonada de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión recurrida en relación con los agravios esgrimidos (conf. arts. 418 y 433 C.P.P. y Ac. 4/07 CSJN).- -

----- En este orden de ideas, los cuestionamientos de la Defensa no superan los límites de una valoración parcializada de los elementos de convicción en los que se

///44.- asientan las conclusiones a las que se arribó y, además, en su alegación de arbitrariedad no demostró cuál de las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común han sido vulneradas en la resolución.- - - - - - - - -

-----8.17.- Sobre la valoración de antecedentes de los encartados, es una pauta prevista en el art. 41 inc. 2 del Código Penal (Se. 104/09 y 159/08 STJRNSP). En este contexto, los antecedentes son valorados como “conducta anterior” que se manifiesta como un indicio de mayor oposición al derecho y también tiene relación con el hecho concreto (Se. 254/10 STJRNSP).- - - - - - - - - - - - - - -

----- En punto a la falencia de la Defensa, al no demostrar cabalmente el reproche de afectación de una “debida defensa”, en marras debe puntualizarse que la propia Defensa, en sus conclusiones finales, adhirió a lo expuesto por el Acusador. Esa adhesión importó que consintiese la ponderación de antecedentes penales, pues del alegato del Ministerio Público Fiscal que supra se transcribiera, se colige de modo expreso que computó el Fiscal dichos antecedentes para que el Juez gradúe la pena y hasta se refirió a la reincidencia de ambos acusados. Ante ello la Defensa, sin más, adhirió. Consiguientemente, no posee

ahora- mayor respaldo su reclamo relacionado a la vulneración del principio de prohibición de la doble valoración. Tampoco puede achacar que le fue vedada la oportunidad de contradecir o refutar en relación a las circunstancias agravantes y atenuantes que se enunciaban en las conclusiones finales para ponderar al momento de dictarse sentencia.- -

///45.--8.18.- Por otra parte, con mayor precisión debe advertirse que la recurrente no explicitó a lo largo de su discurso cuál ha sido el exceso del Juez al individualizar, cuantificar y finalmente componer la pena. Siguiendo a Zaffaroni, debe admitirse que la prohibición de doble valoración no se encuentra prevista específicamente en la legislación argentina, no obstante debe surgir del deber de fundamentación de las

sentencias, al considerarlo un requisito de coherencia interna de la decisión jurisdiccional. Ese deber consiste en fundar la sentencia en argumentos propios del caso y no en aquellos que ya fueron tenidos en cuenta por el legislador para crear la prohibición. (Sobre el particular, in extenso ver Ziffer en Código Penal…, Baigún, Zaffaroni, Terragni, Tº 2, pág.81).-

----- En el sub exámine se advierte una correcta motivación respecto de las cuestiones que critica la Defensa sobre la base de una valoración integral de la prueba reunida en autos (ver fs. 663/666), derivando el pronunciamiento de una evaluación racional y objetiva de las constancias del proceso, con lo cual ha dado cumplimiento a la exigencia de que las sentencias judiciales tengan fundamentos serios y al imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y de la jurisprudencia vinculados con la especie a decidir (Fallos: 318:652, citado en Se. 31/14 STJRNSP). Se ha valido el a quo de argumentos propios que atienden al hecho en sus particularidades estableciendo su gravedad. Ha considerado los topes máximos y mínimos que constituyen el marco normal de la pena, partió abstractamente de un punto de mensuración central, teniendo

///46.- en cuenta la escala de la tentativa y desde allí ha merituado a un lado y a otro conforme los distintos aspectos de apreciación agravante o atenuante.- - - - - - - - - - - -

----- En concreto, la tarea ha sido cumplida con coherencia interna y el Juzgador no se ha valido de ningún elemento ya consumido por el legislador al diseñar el tipo. Para finalizar, no por portadora de décadas de existencia, deja de ser adecuada la reflexión expresada en el voto del doctor Almeyra en autos “Cora, Isabel” (CNCrim.Sala V 23-05-80, BICCC-1980-V-128), en cuanto ha dicho: “La pena no debe ser severa ni benévola, sino esencialmente justa y respetuosa del principio de culpabilidad”.- - - - - - - - - - - - - - - -

-----9.- Conclusión:- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- Por las razones que anteceden, luego de una revisión integral de la sentencia de condena en el marco de los agravios esgrimidos, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de inconstitucionalidad y de casación interpuestos por la señora Defensora Oficial doctora Mariana Serra, que fueran sostenidos por la señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí, en representación de Gustavo Ariel Canales y Nelson Nicolino Nogar. MI VOTO.- - - - - - - - - - La señora Jueza doctora Adriana C. Zaratiegui dijo:- - - - -

-----1.- Análisis del recurso de inconstitucionalidad:- - -

----- Comienzo por expresar que hago míos los considerandos 1 a 7.2 del voto de la señora Jueza preopinante.- - - - - -

----- En este orden de ideas, y en cuanto a la inconstitucionalidad demandada del art. 385 del Código Procesal Penal, se advierte la ineficacia del recurso articulado toda vez que dicha norma sostiene en el juicio

///47.- correccional- el mismo límite que la recurrente pretende para la Cámara en lo Criminal, esto es, que los jueces no puedan aplicar una pena superior a la requerida por el Ministerio Público Fiscal. De tal modo, la inconstitucionalidad reclamada resulta reñida con el cuestionamiento que realiza al tribunal actuante y corresponde su rechazo.- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

-----2.- Análisis del recurso de casación interpuesto en subsidio-:- -

----- Concuerdo asimismo con lo sostenido por la señora magistrada que me precede en orden de votación en cuanto a que en la vía extraordinaria no se prevé la interposición subsidiaria de los recursos, no obstante lo cual el derecho a recurrir amerita revisar la sentencia de condena que la Defensa censura y abordar su examen de acuerdo a los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “CASAL” (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, esto es, agotar la revisión de lo revisable (ver considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay).- - -

----- Siendo ello así, se advierte que la materialidad de los hechos juzgados por el a quo no ha sido cuestionada, por lo que la plataforma fáctica se mantiene incólume, y que -en el recurso de casación- se reeditan los argumentos del recurso de inconstitucionalidad, en tanto el agravio que sustenta la impugnación se centra en la objeción formulada a los jueces por haber aplicado una pena superior a la

///48.- requerida por el Ministerio Público Fiscal.- - - - -

-----3.- Conforme lo hasta aquí expuesto, la cuestión traída a resolver es determinar si el pedido de pena formulado por la acusación (pública o privada) al momento de alegar en el debate oral impide al órgano jurisdiccional aplicar una superior.- -

----- Para dar respuesta a ello, parto por destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho “reiteradamente que en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del

juicio relativas a la acusación, la defensa, la prueba y la sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros)" (ver Fallos: 320:1891, "Cáseres", de fecha 25/09/97, considerando 3º).- -

----- Esta fórmula, sin embargo, resulta insuficiente para resolver la cuestión que se debate en el sub lite, de modo que se debe dotar de contenido a cada uno de esos actos.- -

----- En orden a ello, se tiene que la acusación ha sido concebida como "un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar" (CSJN, Fallos: 327:5863, "Quiroga", de fecha 23/12/04, del voto de Zaffaroni).- - - - - - - - - - -

----- La posición así delineada establece que la acusación, como presupuesto de un debido proceso, no consiste en un solo acto, sino que es gradual y evolutiva y se integra ///49.- definitivamente en las conclusiones finales, ocasión en que la acusación con mérito en la prueba producida- y a la luz de la teoría del delito- analiza la materialidad, la responsabilidad delictual y, valorando la existencia de atenuantes y agravantes de manera circunstanciada, individualiza su petición de pena de acuerdo con la calificación jurídica escogida.- - - - - - - - - - - - - - -

----- Luego, en virtud del derecho de defensa, el imputado tendrá "… la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, también, la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad o corrección), o para inhibir la persecución penal(…). El desarrollo de estas necesidades formales es lo que se conoce como principio de contradicción" (Julio B. J. Maier, Derecho Procesal Penal, "Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, Tº 1, pág. 552).- -

----- Como se ve, la acusación resulta así uno de los elementos esenciales y previos al dictado de una sentencia y las conclusiones alcanzadas se expresan en un alegato final que fija la pretensión punitiva, dando cuenta de las circunstancias relevantes que el acusador ha tenido en cuenta para arribar al monto de pena pretendido y, sobre todos los tópicos señalados, el imputado tiene el derecho a resistirlos. No se concibe, entonces, una acusación que no señale la pena pretendida, porque forma parte inescindible de aquella.- -

----- En cuanto a la sentencia, el Tribunal se encuentra
///50.- imposibilitado de sobrepasar los límites que le ha marcado la Acusación, lo cual halla fundamento en el modelo procesal delineado por la Constitución Nacional en cuanto distingue claramente la función de acusar de la función de juzgar, independientes y distintas, y cada una de estas a cargo de órganos diferenciados y autónomos.- - - - - - - -

----- Si se entendiera que el Tribunal de juicio puede superar el monto punitivo expresado en el el alegato final, deberíamos considerar la pena solicitada como simple dato, como un mero señalamiento formal que a nadie obliga, y ello tornaría absurda la defensa contra argumentos que de todos modos pueden ser analizados en forma más gravosa por los sentenciantes, cuando para garantizar adecuadamente el derecho de defensa- estos deben velar porque no se sorprenda al imputado en ninguna de las fases del juicio.- - - - - - -

----- Pero, además, el Tribunal estaría así asumiendo una actividad acusatoria vedada por la garantía de imparcialidad.- -

----- Así, la finalidad de asegurar que el Tribunal que juzga no se encuentra comprometido con la acusación que está llamado a resolver asegura la imparcialidad de aquel, garantía que fue definida por el maestro Ferrajoli como “la ajenidad del juez respecto de los intereses de las partes en causa. El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es la verdadera y cuál es la falsa” (Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 580/581,citado por
///51.- la CSJN, Fallos: 327:120, “Mostaccio”, de fecha 17/02/04, del voto de los Dres. Fayt y Vázquez).- - - - - -

----- Como se ve, acusación, defensa y sentencia se hallan íntimamente relacionadas, y es justamente el derecho de defensa el que impone que el ejercicio de juzgar se realice con el alcance que le ha fijado la acusación. De allí que la decisión del juez que impone oficiosamente una pena mayor, en tanto importa una decisión inaudita parte, perjudicial a los intereses del imputado y que este no ha tenido oportunidad de contradecir, deviene razonablemente sospechada de parcialidad.- - - - - - - - - - - - - - - - -

-----4.- La solución que propicio resulta conforme con los lineamientos sentados para resolver en análoga cuestión por los doctores Lorenzetti y Zaffaroni en su voto en disidencia in re “Amodio” (CSJN, Fallos: 330:2658, de fecha 12/06/07), criterio que

también fue compartido posteriormente por el doctor Fayt en “Fagundez” (CSJN, causa F. 452. XLIII, recurso de hecho “Fagundez, Héctor Oscar y otro s/ causa N° 7035”, sentencia dictada el 12/08/08).- - - - - - - - - - -

-----5.- No empece a lo antes sostenido lo argumentado en relación con el primer párrafo del art. 377 del Código Procesal Penal (igual al primer párrafo del art. 401 CPP Nación), que pareciera autorizar lo que se ha calificado como exceso jurisdiccional. Al respecto, conviene recordar el aceptado principio según el cual jamás puede suponerse la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador, por lo que, en cualquier caso, las normas de dicho cuerpo legal deben interpretarse de modo que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y

///52.- garantías de la Constitución (Fallos: 297:142; 300:1080; 301:460; 310:192, entre otros; conf. voto de Zaffaroni y Lorenzetti in re “Amodio”).- - - - - - - - - - -

----- No obstante lo expuesto, la aplicación de un monto mayor de pena con fundamento en la existencia de un desacuerdo acerca de la calificación legal de los hechos se trata de una cuestión distinta de la que aquí ha de resolverse, razón por la cual no ha de abordarse su tratamiento en esta instancia, en la que se discute la posibilidad de aplicar una pena superior a la solicitada en la acusación.- -

-----6.- Luego, si bien los arts. 40 y 41 del Código Penal resultan de consideración del juzgador, las partes acuden a ellos al momento de sus alegatos para que -con base en ellos- el Tribunal se pronuncie sobre el monto de la pena que estime justa y adecuada, pero siempre teniendo en cuenta el límite que la Acusación le impone, puesto que el Tribunal debe realizar su función jurisdiccional aplicando las normas del Código Penal de manera concordante con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, tal como vengo analizando (v.gr.: principio de correlación o congruencia entre la acusación completa esta es, la expresada en la discusión final del debate- y la sentencia).- - - - - - - - - - - - - - - - - -

-----7.- Asimismo, y en relación con el art. 385 del código adjetivo, que veda al Juez Correccional aplicar mayor pena que la solicitada por la acusación, no se comprende cuál es la razón por la que la garantía de defensa en juicio tendría mayor amplitud en el juicio correccional que en el criminal,

///53.- que es donde se juzgan los delitos que tienen penas de mayor duración. Tal gradación es incompatible con el concepto mismo de garantía y no puede considerarse que la restricción que la ley ha puesto al Juez en sede correccional obedezca al hecho de que allí se tramiten los delitos dependientes de instancia privada pues estos son los

menos- y, además, porque a partir de “Santillán” (CSJN, del 13/08/98) también el juicio criminal puede seguir adelante en virtud de la sola instancia del querellante particular.- -

----- La consecuencia que contrario sensu del art. 385 C.P.P.- extrae el Tribunal a quo deviene así en una interpretación extensiva in malam partem que contraviene la interpretación progresiva y conforme con el principio pro hómine que postula la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Acosta” (del 23-04-08, LL del 20/05/08, 7). Esto es así en tanto los órganos estatales y máxime quienes ejercen el poder represivo- no tienen más facultades que las que expresamente le confiere la ley, por lo que, en todo caso, si no hay en el Código Procesal Penal una norma expresa que autorice a superar el monto de pena solicitado por la Fiscalía, tal ausencia no puede resolverse a favor de la facultad, sino precisamente en contra de ella. La regla, en el caso, la da el sentido contrario: si no existe no está permitido, al contrario de los ciudadanos y ciudadanas, para quienes todo lo que no está prohibido está permitido.- - - -

----- Por otra parte, la interpretación que sostengo brinda coherencia al sistema procesal penal provincial pues, no se entiende que un Juez tenga límites impuestos por el Acusador

///54.- y otro no, con base en la distinción de los delitos que juzgue. A la par, se preserva la igualdad de tratamiento para el justiciable, que podrá ejercer su defensa de manera plena cada vez que se siente en el banquillo, independientemente de dónde se encuentre su asiento. Dondequiera que se siente el imputado, tendrá los mismos derechos.- -

----- Tributaria de la misma coherencia resulta la restricción que tiene el Juez en el juicio abreviado, pues tampoco halla fundamento poseer diversidad de criterio, según el tipo de procedimiento por el que se ventile la causa penal, y resulta inadmisible que haya un procedimiento más acusatorio que otro.- - - - - - - - - - - - - - - - - -

-----8.- Llego así al sub exámine, en el cual observo que las defensas adhirieron al requerimiento de pena del Fiscal sin mayor argumentación, y concluyo en que el límite de la bilateralidad y contradicción sobre la cuestión monto de la pena- fue superado por la jurisdicción, ya que al hacerlo se afectó la correlación que debe existir entre acusación y sentencia y, consecuentemente, la garantía de defensa, en función de que esta última nunca pudo resistir ni alegar sobre la porción de pena no requerida.- - - - - - - - - - -

----- El perjuicio es evidente en razón de que el sorpresivo monto punitivo les impidió a

los imputados evaluar y ejercer defensas respecto de los hechos y el derecho de la culpabilidad que el a quo tradujo en el guarismo ultra petitum.- -

----- Parigual, se toma nota de que el principio que impide la reformatio in peius con fundamento en el derecho de

///55.- defensa no rige solo en la etapa recursiva, sino que es aplicable también en la etapa del juicio, de modo que el Tribunal no puede exceder el marco impuesto por la acusación, en virtud de no tener habilitada la jurisdicción (conf. cons. 19 del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni in re “Amodio”).- -

----- En definitiva, el “plus” de pena que impuso el Tribunal representa un supuesto de aplicación de una privación de libertad sin pedido de parte, es decir, sin contradicción (bilateralidad, art. 18 C.Nac.), lo que implica una situación más grave sobre la base de una interpretación -de normas- destinada a restringir una garantía de rango constitucional, en el caso, la relativa al principio de defensa en juicio.- - - - - - - - - - - - - - -

-----9.- Además, “si la fiscalía ejerce con exclusividad la acción penal pública, si puede detener la investigación de un hecho (archivo), imponer un sobreseimiento o la absolución y, aún en caso de condena, establecer los hechos que serán materia de juicio sin que el Tribunal pueda exceder esta descripción, entonces no hay razón alguna para que el Tribunal pueda exceder el pedido de pena fiscal, pues el centro de la pretensión penal, cuyo ejercicio exclusivo está en manos de la fiscalía, se encuentra constituido por el pedido de sanción, por lo que no existiría fundamento para que el Tribunal se exceda de dicha pretensión condenando por sobre lo requerido (ultra petita)” (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, causa Nº 4.228 y su acumulada Nº 4.269, de fecha 18/08/09).-

----- Así, al Poder Judicial se le atribuye la potestad de

///56.- juzgar mediante el juicio previo en el que el Juez resuelve un conflicto entre las partes en controversia, pero ello no da sustento para soslayar la función y el rol que la Constitución y la ley le confiere y exige al representante del Ministerio Público Fiscal.- - - - - - - - - - - - - - -

----- Por supuesto que los jueces son soberanos, pero son soberanos en el marco del proceso acusatorio y ajustados al caso que las partes le traen.- - - - - - - - - - - - - - - -

-----10.- Por último, no puedo dejar de mencionar que permitir que el órgano encargado de dirimir el pleito se involucre con la función requirente correspondiente a la discusión

final del debate no solo deriva en la pérdida de toda posibilidad de garantizar al imputado un proceso juzgado por un órgano imparcial totalmente ajeno a la imputación (garantía que se encuentra consagrada convencionalmente y goza de jerarquía constitucional, conf. arts. 8.1 CADH, 14.1 PIDCyP y 75.22 C.Nac.), sino que, además, desconoce la "autonomía funcional" del Ministerio Público Fiscal, como órgano requirente y titular de la acción penal pública, que impide postular su sometimiento a las instrucciones de otros poderes del Estado (ver CSJN, "Quiroga", considerando 7º).- - - - - - - - - - - - -

----- La exigencia de "acusación", si es que ha de salvaguardar la defensa en juicio y la imparcialidad como condiciones del debido proceso, presupone que la completitud de dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad y que no pueda ser diluida (la defensa en juicio) mediante el reconocimiento al tribunal de poder modificar ultra petitum la acusación del

///57.- Ministerio Público.- - - - - - - - - - - - - - - - -

----- En síntesis: los principios procesales que reconocen raigambre constitucional exigen que a una sentencia preceda una acusación. Esta completa con todos sus elementos esenciales- es el presupuesto de un debate válido y, de acuerdo con la estructura de nuestro juicio penal (exigida por el art. 18 C.Nac.), es la expuesta en la discusión final del debate.- -

-----11.- Es cierto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aún no se ha expedido sobre este tema concreto, pero sí ha sostenido que sin acusación no puede haber condena (conf. Dictamen del Procurador General de la Nación ante la CSJN, en autos "Fernández Alegría, Jorge s/Ley 23771 y 24769 -causa N° 1977/04-", S.C. F 1435 XLII, de fecha 15/09/08), y que la garantía de imparcialidad es una "garantía implícita de la forma republicana de gobierno y derivada del principio acusatorio" y "no puede haber ninguna duda en cuanto a que la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional señala, en este aspecto, una modificación del paradigma procesal penal vigente hasta ese momento. En efecto, al establecer la independencia funcional de dicho organismo indica una clara decisión en favor de la implementación de un sistema procesal en el que ha de existir una separación mucho más estricta de las funciones de acusar y juzgar" (conf. CSJN en causa "Quiroga", antes citada, considerandos 19 y 30.). Es importante señalar que las conclusiones de este último fallo, de fecha 23 de diciembre de 2004, han sido compartidas por la totalidad de quienes integran actualmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en

///58.- la causa “Alas” (A. 138. XL. “Alas, Leonardo Fabián s/recurso de casación”, sentencia de fecha 30/08/05).- - - -

----- Además, el derecho evidencia los pulsos de una sociedad en constantes movimientos, transformaciones y cambios, lo que me permite afirmar, sin que ello sea novedoso, que posee un carácter eminentemente dinámico (SCJMendoza, Expte.Nº 83449, rto. el 19/09/05, ver voto del Dr. Salvini).- -

----- Por eso entiendo que la postura que sustento importa un avance en el camino iniciado por la doctrina que la Corte Suprema desarrolló a partir del precedente “Tarifeño” (Fallos: 325:2019), ratificado en el caso “Mostaccio” (Fallos: 327:120; ver también voto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti in re “Amodio”, considerando 17º in fine).- - - -

----- Es, en otras palabras, el “compromiso republicano por conferir prioridad a nuestra Ley Fundamental por sobre la legislación ordinaria [que] se ha visto a su vez ratificado y viabilizado a partir de la doctrina sentada por esta Corte en \'Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra\' (Fallos: 327:3117), donde se señaló que \'como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (artículo 31 de la Carta Magna), aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir la constitucional, desechando la de rango inferior” (CSJN, “Recurso de hecho deducido por la

///59.- Defensora Oficial de Lidia Susana y Manuela Alejandra Branchessi en la causa Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa nº 6979”, rto. el 23/03/10, del voto del Dr. Zaffaroni).- -

-----12.- Sentados los criterios con los cuales debe analizarse este caso en concreto, observo que en la discusión final del debate el Ministerio Público Fiscal formuló las siguientes peticiones: a) en relación con Gustavo Canales, la pena de cuatro (4) años de prisión y la pena única, comprensiva de la impuesta en la presente causa y la discernida en la causa Nº 3767/10-CC3ª, de seis (6) años de prisión efectiva; b) respecto de Nelson Nicolino Nogar, la pena de cuatro (4) años de prisión efectiva y la pena única, comprensiva de la impuesta en la presente causa y la discernida en la causa Nº 4791 del Juzgado Correccional Nº 18, de cuatro (4) años y un mes (1) de prisión efectiva, y c) para Jonathan Cárcamo, la pena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión efectiva.- - -

- - - - - - - - - - - -

----- Por su parte, el Tribunal inferior, en la sentencia impugnada, resolvió condenar refiero lo pertinente-: a) a Gustavo Ariel Canales, a la pena de seis (6) años de prisión efectiva y a la pena única de siete (7) años y nueve (9) meses de prisión efectiva; b) a Nelson Nicolino Nogar, a la pena de cinco (5) años de prisión efectiva y a la pena única de cinco (5) años y tres (3) meses de prisión efectiva, y c) a Yonathan Mario Carcamo a la pena de cuatro (4) años de prisión efectiva.- -

-----13.- La simple constatación del quantum punitivo superior que impuso el sentenciante respecto de la acusación

///60.- fiscal denota la afectación del principio de congruencia por ultra petitum.- - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- Esa extralimitación en relación con la acusación significó, a su vez, una restricción esencial al derecho de defensa y la violación del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de casación de la señora Defensora Oficial y declarar la nulidad del debate y de la sentencia en cuanto a las imposiciones de pena discernidas a Gustavo Ariel Canales y Nelson Nicolino Nogar (arts. 98, 374 y 441 C.P.P.; 200 C.Prov. y 18 C.Nac.).- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

----- Atento a que la conclusión precedente no se basa en motivos exclusivamente personales de Canales y Nogar, el recurso de casación por estos interpuesto tiene efecto extensivo y favorecerá al restante imputado (art. 414 C.P.P.), por lo que corresponde anular de oficio el debate y la sentencia en cuanto a la imposición de pena discernida a Yonathan Mario Cárcamo (arts. 98, 374 y 441 C.P.P.; 200 C.Prov. y 18 C.Nac.).- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

-----14.- En conformidad con las razones que anteceden, propongo al Acuerdo: 1) rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido por la señora Defensora Oficial doctora Mariana Serra en representación de Gustavo Ariel Canales y Nelson Nicolino Nogar (arts. 444, 445 y ccdtes. C.P.P.); 2) hacer lugar al recurso de casación impetrado por la señora Defensora Oficial en representación de Gustavo Ariel Canales y Nelson Nicolino Nogar; 3) aplicar de oficio el efecto extensivo de lo resuelto favoreciendo al imputado Yonathan Mario Cárcamo (art. 414 C.P.P.); 4) anular

///61.- la Sentencia Nº 101, dictada el 13 de mayo de 2013 por la Cámara Primera en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial, y el debate correspondiente, en lo referido a la imposición de pena y, en consecuencia, reenviar el expediente al Tribunal de origen para que decida la cuestión según el derecho que aquí se declara (arts. 98, 374 y 441

C.P.P.; 200 C.Prov. y 18 C.Nac.), y 5) imponer las costas en el orden causado. MI VOTO.- - - - - - - - - - - - Los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian, Enrique J. Mansilla y Sergio M. Barotto dijeron:- - - - - - - - - - - -

----- Adherimos al criterio sentado y a la solución propuesta por la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini, y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.- - - - - - - - - - - - - - - - -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que, no obstante haber participado del Acuerdo y haber emitido opinión en el sentido expuesto precedentemente, la doctora Adriana C. Zaratiegui no firma la presente por encontrarse en comisión de servicios,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

POR MAYORÍA R E S U E L V E :

Primero: Rechazar los recursos de inconstitucionalidad y

------- casación deducidos en las presentes actuaciones por la señora Defensora Oficial doctora Mariana Serra en representación de los imputados Gustavo Ariel Canales y Nelson Nicolino Nogar, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la Sentencia Nº 101, dictada el 13 de mayo de 2013 por la Cámara Primera en lo Criminal de General Roca.- - - - - - - - - - - - - - -Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

///62.-

------ autos al Tribunal de origen.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 3

SENTENCIA: 50

FOLIOS: 554/615

SECRETARÍA: 2