

REGISTRO NRO. 15.986 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los días 21 del mes de noviembre del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Mariano González Palazzo y Mariano H. Borinsky como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara doctora Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 118/23 de la presente causa Nro. 11669 del registro de esta Sala, caratulada: "**CHAGAS DUTRA, Julio Darien s/recurso de casación**"; con intervención del señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Raúl Omar Pleé y de la Defensa Pública Oficial ante esta instancia, doctor Guillermo Lozano, asistiendo a Julio Darien Chagas Dutra de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 20, en la causa nro. 3200 de su registro, por resolución de fecha 5 de octubre de 2009, dispuso a fs. 103/6 vta., en lo que aquí interesa, "*I) CONDENAR a JULIO DARIEN CHAGAS DUTRA, filiado en autos, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo, a la pena de OCHO MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO Y COSTAS.-...II) CONDENAR a Julio Darien CHAGAS DUTRA, filiado en autos, a la PENA ÚNICA de TRES AÑOS DE PRISIÓN Y COSTAS...*".

II. Que, contra esa decisión interpuso recurso de casación el señor Fiscal General, doctor Oscar A. Ciruzzi, el que fue concedido a fs. 125/6 vta. y mantenido a fs. 131 ante esta instancia.

III. Que en el remedio introducido, el recurrente encauzó sus

agravios por vía del segundo inciso previsto en el art. 456 del C.P.P.N.

Señaló que la materialidad del hecho investigado, tal como surge del requerimiento de elevación a juicio y aquella que el tribunal tuvo por probado, no han sido motivo de divergencias, por lo que no resulta razonable la modificación del encuadre jurídico plasmada en la resolución. De esta forma consideró que si el tribunal no acordaba con los términos del pacto, debió remitir la causa al tribunal que le siguiera en el orden de turno.

Asimismo, resaltó su desacuerdo respecto de los requisitos de la agravante de “banda” respecto del robo, esgrimiendo que basta para su configuración con la intervención probada de tres o más personas en el hecho.

En segundo lugar, se agravió de la unificación de penas dictada por el tribunal, en apartamiento de lo pactado por las partes.

En esa lógica entendió que la pena única dictada a raíz de la comisión de un nuevo delito en infracción a los plazos previstos por el art. 27 del Código Penal, no habilita a una revisión de la anterior condena que, una vez firme, ya ha pasado a condición de cosa juzgada.

Concluyó que la pena pactada se encontraba dentro de los marcos legales, por lo que no correspondía su revisión por parte del tribunal.

Hizo reserva de caso federal.

IV. En la ocasión prevista en los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del CPPN, el señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Raúl Omar Pleé, solicitó se haga lugar al recurso.

Mencionó que el juicio abreviado es un derecho del imputado, que se acoge al mismo cuando entiende que resultará de aquél una decisión más ventajosa para sí, aceptando entonces las exigencias pautadas.

Agregó que para el tribunal sólo corresponden dos alternativas: aceptar el acuerdo y llamar a autos para sentencia, o rechazarlo y remitirlo al tribunal que por orden corresponda. En este sentido, entendió que de no haber estado de acuerdo con el pacto, el tribunal debió haberlo rechazado.

Adunó que el resolutorio violentó las facultades conferidas en la ley 24.946 y artículo 120 de la Constitución Nacional, al Ministerio Público Fiscal.

Hizo reserva del caso federal.

Por su parte, a fs. 142/147 la Defensora Pública Oficial *ad hoc*, doctora Graciela Galvan, expresó que la calificación jurídica no afecta el principio de congruencia, por lo que los jueces pueden modificar la misma, siempre que respeten la plataforma fáctica.

Entendió que el juicio abreviado requiere la aceptación de la existencia del hecho y la participación del encausado, mas no la pena, sobre la que sólo recae la prohibición de incrementarla en virtud de la *reformatio in pejus*,

Desarrolló que es posible la aplicación de una pena inferior a la solicitada por el fiscal, pues la norma sólo indica que no puede ser superior.

Agregó que el acuerdo sólo atiene a la pena por el hecho de la causa, mientras que la pena única no es vinculante para el tribunal.

Solicitó se rechace el recurso e hizo reserva del caso federal.

V. Que, superada la etapa prevista por el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación, de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Mariano H. Borinsky y Gustavo M. Hornos.

El **señor juez Mariano González Palazzo** dijo:

I. Que a los efectos de comprender adecuadamente los extremos del caso, cabe recordar que con fecha 18 de septiembre de 2008, se celebró

la audiencia de juicio abreviado, de conformidad con lo dispuesto por el art. 431 bis del código de rito, por el que se pactó la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo en orden al delito de robo agravado por haberse cometido en poblado y en banda, y la pena única de seis años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de las penas impuestas por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 en las causas 2744/2759 de tres años de prisión en suspenso y la de quince días de prisión impuesta por el Juzgado Correccional n° 4 en la causa 3854.

Así las cosas, con fecha 5 de octubre de 2009, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, por mayoría, resolvió aceptar la propuesta de juicio abreviado, pero condenado a Chagas Dutra a la pena de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento en orden al delito de robo simple, y a la pena única de tres años de prisión y costas.

Para arribar a la decisión que aquí se impugna, el tribunal de juicio entendió que la calificante de “banda” -propiciada en el acuerdo- requería una asociación para cometer delitos y una coautoría funcional en el hecho concreto, ausentes en el caso. Sobre esas consideraciones, impuso la pena mencionada.

II. Ahora bien, tal como afirman Navarro y Daray, *“El tribunal tras el acuerdo no actúa en forma mecánica. Ello es razón para sostener que la pena aplicable al condenado pueda ser inferior, aún, a la pedida por el fiscal, pues la norma marca sólo que no podrá ser superior...”* (Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo II; Bs. As.; Hammurabi; 2008; pág. 1255).

Es decir que, en virtud de que el tribunal de juicio en el presente caso ha impuesto una pena inferior a la pactada por las partes, no se encontraría vulnerado derecho alguno, en tanto resulta de aquello una solución más beneficiosa para el encausado.

Como ya he tenido oportunidad de mencionar, con cita en un precedente de la Sala III, al votar en la causa 7902, “Corso, Teresa Rafaela

s/ recurso de casación”, reg. 11.707, rta. el 29/4/09, aún ante una situación alejada de la presente, “...*que los señores magistrados deban quedar constreñidos a una evaluación de los hechos, la interpretación del derecho y a la pena pretendida por el fiscal, importa mantener ficticiamente y burlar el principio que sostiene que los jueces resuelven -también llamado poder de decisión, que deriva del ejercicio de la jurisdicción, y en virtud del cual dirimen con fuerza obligatoria la controversia y deciden sobre la existencia del hecho ilícito penal-, habida cuenta que en realidad la solución estaría ínsita y predeterminada, y vendría impuesta por el requerimiento fiscal... tal situación comportaría una inequívoca connotación dispositiva de la acción penal, que al tornar vinculante el alegato final del fiscal de juicio para los jueces encargados -por la Constitución y las leyes- de sentenciar, se traduciría también en una manifiesta afectación del principio del juez natural, en virtud del cual “... nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias ...” (conf. artículo 18 de la Constitución Nacional y artículo 1º del Código Procesal Penal de la Nación)...” (CNCP; Sala III; causa nro. 4281, “Mansilla. Nicolasa A. y otros s/ recurso de casación”, rta. el 18/6/2003).*

Lo que es más, en el presente caso la disminución en el *quantum* punitivo vendría dado en correlato con una modificación de la calificación legal por la que el tribunal de juicio, respetando la plataforma fáctica, ha otorgado un distinto encuadre legal al hecho enrostrado.

Y sobre este tópico en innumerables ocasiones me he pronunciado afirmando que comparto plenamente el criterio adoptado en casos similares al presente por la Sala III de esta Cámara, en cuanto a que “... *la violación a*

esta regla [principio de congruencia] se manifiesta ante la falta de identidad fáctica entre el hecho por el que resultara condenado el encausado y el enunciado en la acusación intimada **-ne est iudec ultra petita partium-** ... En efecto, de la correlación que debe verificarse entre los términos en que quedó sustanciada la acusación y el contenido de la sentencia, surge la formulación del principio de congruencia. Queda excluido de dicha exigencia el aspecto jurídico, toda vez que la congruencia no alcanza al título o calificación legal del hecho imputado, pues el tribunal de mérito tiene plena libertad para 'elegir la norma' que considera aplicable al caso, y ello así en virtud del principio '**iura novit curia**' ... En esta inteligencia, el Código Procesal Penal de la Nación, en su art. 401, dispone que: '...en la sentencia el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad...' ... En definitiva, lo único realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia condenatoria recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente, ya que si no ocurriese de este modo se vulneraría la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), privándosele al procesado del derecho de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye" (...) "...Tiene dicho el Superior Tribunal de Córdoba que 'el proceso penal tiende al esclarecimiento de una actividad delictuosa concreta, es decir, de una acción humana a la cual la pretensión punitiva exteriorizada en la requisitoria de elevación a juicio considera como una típica actividad punible. El contenido de la acusación dice de la competencia del tribunal y constituye la hipótesis fáctica que suministra las bases del juicio, en cuyo ámbito tiene que desenvolverse la actividad de los sujetos procesales, de suerte que el debate debe circunscribirse a los hechos en ella incriminados, sobre los cuales, únicamente, es lícito fundamentar la sentencia'" (CNCP; causa nro. 3835,

“Cabrera, Ramón Vito s/ recurso de casación”, causa nro. 2532, “Peralta, Hilario Marcelo s/ recurso de casación”, rta. el 13/7/2000, entre otras, con cita de B.J.C., T. II, pág. 371, abril 29-957, cit. por Barberá de Riso, M. C., “Proceso oral”, T. I, ed. Lerner, Córdoba, 1993, p. 305/7).

Es decir que siempre que la acusación en su aspecto fáctico guarde correlación en los elementales actos del proceso, como ha sucedido en el presente caso entre la declaración indagatoria, el requerimiento de elevación a juicio y la sentencia, la calificación legal que el tribunal adopte no importa un quiebre lógico susceptible de vulnerar garantías de raigambre constitucional.

III. Sin perjuicio de lo desarrollado en el acápite previo, no habrá de ser aquél el cauce que prospere en estos actuados en tanto ya he tenido ocasión de desarrollar en votos previos que, a mi entender, la calificación propiciada por el tribunal de juicio ha sido erróneamente aplicada.

Cabe así traer a colación mi voto en la causa Nro. 8351 del registro de esta Sala, caratulada "AGUERO, Víctor Alejandro s/ recurso de casación", donde recordé que al momento de pronunciarme en la causa n° 25.564: “Di Cherchio, Adolfo Roque y otros” rta. el 16/12/04 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la que fui miembro, sostuve que el término “banda” a la que alude el ordenamiento de fondo, en la figura de robo, y la asociación ilícita no son sinónimos. La primera es el género y la segunda la especie toda vez que la “asociación” es una clase especial de banda con determinadas características: finalidad de cometer ilícitos indeterminados, organización previa y permanencia temporal, mientras que en la calificante del robo solo se requiere la mera intervención de tres o mas personas en el hecho.

En la misma lectura, esta cámara tiene dicho en numerosos precedentes que, a los fines de la aplicación de la agravante “banda” es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la ejecución del hecho, sin que sea necesario que dichos partícipes integren a su vez una asociación ilícita en los términos del art.210 del Código Penal (causas n° 102, rta. 23/3/94: “Aguilera, Oscar S. s/ rec. de casación”; n° 3032, rta. 6/9/00: “Rojas Ramón Estergidio s/ rec. de queja”; n° 6801, rta. el 11/5/06 : “Godoy, Luis Alberto s/rec. de casación” entre muchas otras.).

Siendo así y de acuerdo al relato efectuado por el tribunal de juicio de donde surge que han participado en el hecho cuatro personas, puede afirmarse con certeza que se dan los requisitos objetivos que configuran la agravante prevista en el inc. 2° del art. 167 del Código Penal

Ello habilita entonces a nulificar la solución propiciada por el tribunal de juicio y a remitir los actuados al tribunal que por orden corresponda, a los efectos de arribar a un nuevo pronunciamiento conforme los lineamientos aquí sostenidos, lo que torna ocioso avocarse al agravio vinculado a la unificación de penas.

IV. Por lo expuesto, propicio que se haga lugar al recurso interpuesto, sin costas, se anule la sentencia y se remita la presente al tribunal que por turno corresponda a fin de que resuelva conforme a derecho (art. 471, 530 y 532 del C.P.P.N.).

El **señor juez Mariano H. Borinsky** dijo:

Respecto de la admisibilidad del recurso intentado por el señor representante del Ministerio Público Fiscal, considero que el mismo no satisface el requisito de impugnabilidad establecido por el art. 458, inc. 2), del C.P.P.N..

En efecto, adviértase que el señor Fiscal General solicitó -en los términos de lo previsto por el art. 431 bis del C:P.P.N.- que se condene a CHAGAS DUTRA a la pena de tres (3) años de prisión de cumplimiento

efectivo, en orden al delito de robo en poblado y en banda (art. 167, inc. 2º, del C.P.), y que, en definitiva, se lo condene a la pena única de seis (6) años de prisión, comprensiva de la mencionada y de las anteriormente impuestas que en el acuerdo de fs. 94 se detallan.

Por su parte, el Tribunal Oral resolvió condenar al imputado por el delito de robo simple, a la pena de ocho (8) meses de prisión, pero imponiéndole la pena única de tres (3) años de prisión.

De tal modo, teniendo en cuenta la materia que ha sido objeto de juicio en las presentes actuaciones -y en tal sentido, el monto de pena única también ha sido sometido a tal análisis-, se advierte que el sentenciante impuso exactamente la mitad del monto de pena requerido por el fiscal, no habilitándose, entonces, la vía establecida por el art. 458, inc. 2º, del C.P.P.N., que exige que se imponga un monto inferior a la mitad del solicitado.

Por tal motivo, habré de propiciar declarar mal concedido al recurso de casación interpuesto, sin costas, atento la exención expresamente prevista en el art. 532 del código ritual.

Así voto.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

Tal como lo sostuve en las causas nro. 7364 y 6901, caratuladas: “DE PRETTO, Jonathan Mariano s/recurso de casación” (Reg. Nro. 10.182.4, rta. el 7/3/08) y “AQUINO, Ricardo Miguel y otros s/recurso de casación” (Reg. Nro. 8738.4, rta. el 30/5/07), el concepto de “banda” que califica como agravante al delito de robo alude sin duda alguna al modo de ejecución o manera de comisión del hecho, y obedece a una larga tradición histórica y a un cabal sentido punitivo, pues la intervención de varias

personas asume por sí sola una particular gravedad por la mayor vulnerabilidad en que el grupo coloca al bien jurídico. En efecto, el “género” banda aludido en los artículos 166, 167 y 184 del Código Penal que como agravante califica el robo o el daño, exige fundamentalmente la comisión de “un delito” por tres o más personas, con presencia activa y cumpliendo actos de ejecución (C.N.C.P., Sala IV, causa nro. 3445, “ARCE, Francisco José s/recurso de casación, Registro Nro. 4351, rta. el 21/10/02).

Esta es la reiterada y concordante doctrina jurisprudencial elaborada por esta Cámara Nacional de Casación Penal en pronunciamientos que han efectuado un profundo y acabado estudio de la cuestión, cuya atenta lectura respetuosamente se sugiere, y a los que sólo cabe remitir con el objeto de eludir innecesarias reiteraciones (ver Sala I “in re” causa nro. 102 “AGUILERA, Oscar s/ recurso casación”, Reg. Nro. 147, rta. el 23/3/94; causa nro. 227 “BARATTA, Rubén A. s/ rec. de casación”, Reg. Nro. 303, rta. el 19/3/94; y causa nro. 300 “MADOTTA, Claudio F. s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 29, rta. el 16/3/95; Sala II “in re” causa nro. 64 “TORLASCO, G. E. s/ rec. de casación”, Reg. Nro. 80, rta. el 9/2/94, y causa nro. 91 “SÁNCHEZ, Luis A. s/ rec. de casación”, Reg. Nro. 103, rta. el 28/3/94; Sala III “in re” causa nro. 206, “ESPONDA, José Roberto s/recurso de casación”, Reg. Nro. 118 bis/94, rta. el 23/9/94, causa nro. 340, “PAPALARDO, Gustavo Alberto s/rec.de inconstitucionalidad y casación”, Reg. Nro. 76/95, rta. el 15/5/95 y causa nro. 3479, “KAPP, Héctor Ricardo s/rec. de casación”, Reg. Nro. 717.01.3; Sala IV: causa nro. 177, “BEARTH CARRASCO, Juan Santiago y otro s/recurso de casación”, Reg. N° 326, rta. el 12/6/95; entre muchas otros)

Es que, esta Sala ya se ha pronunciado, refiriéndose que el concepto de banda, que califica como agravante al delito de robo, se refiere al modo de ejecución del injusto (en el ya referido precedente “BEARTH CARRASCO”, recién aludido).

En este sentido, corresponde reiterar las consideraciones que efectué al votar en la causa nro. 283 “MANRIQUE, Stella Maris s/recurso de casación”, Reg. Nro. 525, rta. el 16/2/96, de esta Sala IV, en cuanto a que la palabra banda debe ser interpretada en su concepto usual, es decir como un conjunto de personas que en ciertos delitos asume por sí una especial gravedad que la ley debe computar en contra del delincuente por la mayor magnitud del peligro que implica esa participación conjunta para los bienes jurídicos en juego, aumentando así el contenido del injusto, resultando dicho atentado menos dificultoso para el delincuente.

Es así entonces que la concurrencia de tal agravante debe considerarse como un índice de mayor peligrosidad, lo que determina lógicamente la necesidad de una protección social más severa y eficaz a través de la pena.

Ahora bien, el elemento normativo “banda”, requiere la existencia efectiva de un aumento de la gravedad, de la magnitud del peligro y vulnerabilidad de los bienes jurídicos en juego, mediante un acuerdo de voluntades para cometer un delito, por parte de los tres o más sujetos intervinientes.

La circunstancia del número obra objetivamente, en cuanto sirve para facilitar el delito. Precisamente, el acuerdo de voluntades siquiera para cometer un hecho delictivo, con su división de tareas y su codominio del hecho final, es lo que le da mayor peligrosidad con respecto al bien jurídico protegido.

Es que, el especial fundamento de la agravante se encuentra en la mayor probabilidad de éxito de los cacos para superar los obstáculos que se puedan presentar en la consecución de su objetivo ilícito, el aumento de la

audacia de los malhechores, la indefensión en que cae la víctima toda vez que se atempera la defensa privada, y el temor público que suscita la presencia de una banda cometiendo un robo, a diferencia del menor potencial delictivo que puede exhibir un delincuente solitario.

Integran la banda aquellas personas que tomen parte en el ilícito, ya sea realizando actos de ejecución del tipo penal o prestando a éstos un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse. En consecuencia, entrarán asimismo en la categoría de autores, en este caso del delito cometido en poblado y en banda, aquellos sujetos que presten su cooperación en el momento en que se ejecuta el robo, ya que, si bien dichos sujetos realizan acciones distintas de las que son propias del delito, su conducta se presenta vinculada estrictamente a éste y forma un solo conjunto con la del ejecutor.

En el caso de autos, en el requerimiento de elevación a juicio, más precisamente en la calificación legal, se consideró que se encontraba probado que *“el aquí imputado junto con otros tres sujetos aún no identificados en autos, se apoderaron ilegítimamente de las pertenencias de los damnificados, por ende, el delito fue cometido en banda, dado que existió una pluralidad de sujetos presentes al momento de llevarse a cabo el ilícito en cuestión y cada uno de ellos intervino en la producción del mismo, provocando así una mayor vulnerabilidad a los damnificados del hecho”* (v. fs. 50vta.).

El dato objetivo de la realidad y la modalidad de participación de tres o más personas en el injusto es suficiente para reprocharle a Julio Darien CHAGAS DUTRA el agravante aún cuando el resto de los consortes no estén sujetos a derecho, sometidos a proceso o hallan sido identificados.

Sobre la base de estas breves consideraciones y por coincidir en lo sustancial con lo sostenido en el voto que lidera el acuerdo adhiero a la solución allí propuesta.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por

mayoría,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal General, doctor Oscar A. Ciruzzi, sin costas, y consecuentemente, **ANULAR** la resolución obrante a fs. 103/106 vta. y **REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal que por turno corresponda a fin de que resuelva conforme a derecho (art. 471, 530 y 532 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, cúmplase con la remisión dispuesta, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

MARIANO H. BORINSKY

Ante mi: NADIA PEREZ