



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 40036/2016/TO1/CNC2

Reg. n° 1086 /2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 10 días del mes de septiembre de 2018, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis F. Niño en ejercicio de la presidencia, Gustavo A. Bruzzone y Patricia M. Llerena, asistidos por el secretario de cámara Santiago Alberto López, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en esta causa n° 40036/2016/TO1/CNC2, caratulada “**ORTIZ Maximiliano Rolando y otro** s/ robo con arma”, de la que **RESULTA:**

1º) El Tribunal Oral en lo Criminal n° 6, por veredicto de fecha 5 de diciembre de 2016, cuyos fundamentos fueron dados a fs. 341/352, resolvió: “[...] **I. CONDENAR a MAXIMILIANO ROLANDO HERNÁN ORTIZ**, de sus demás condiciones personales obrantes en autos, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo, a cumplir la pena de **UN AÑO y SEIS MESES de PRISIÓN y COSTAS** (artículos 29 inciso 3º, 45 y 164 del Código Penal y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. DECLARAR REINCIDENTE a MAXIMILIANO ROLANDO HERNÁN ORTÍZ (artículo 50 del Código Penal)”.

2º) Contra dicha resolución el defensor público coadyuvante, Alejandro Di Meglio, a cargo de la asistencia letrada de Maximiliano Rolando Hernán Ortiz, interpuso recurso de casación a fs. 355/364, que fue concedido a fs. 376/375.

El recurrente encauzó su petición en el primer inciso del art. 456 CPPN expresando dos agravios centrales.

1. Errónea aplicación de los arts. 40 y 41 CP.

Entendió excesivo el monto de la pena impuesto dado que el evento inculpada fue desplegado con el mínimo de fuerza necesario para su realización.



Cuestionó la valoración de agravantes por cuanto estos no se ven representados en los hechos reales y fueron meras representaciones de los magistrados.

Aseguro que, al contrario de lo sostenido por el tribunal, el móvil utilizado para ejecutar el robo no brindó ningún plus operativo pues, al contrario, terminó siendo el medio por el cual se pudo individualizar y detener a las pocas cuadras a sus asistidos.

También cuestionó que *“al desprenderse de la propia sentencia condenatoria la imposibilidad de comprobar la intervención de Sosa, quien justamente estuvo a cargo de la conducción pero sin conocimiento del hecho, no sólo cae el argumento de la supuesta organización, ya que al no estar al tanto ni de acuerdo el conductor sucede lo que terminó sucediendo qué es que se fueron del lugar a una llamativa escasa velocidad, sino que además también echa por tierra cualquier hipótesis de una pretensa mejor oportunidad de amedrentamiento de las víctimas y de impunidad. Podría decirse que el fundamento [del] agravante utilizado por los Jueces, en realidad tiene una lectura diametralmente opuesta, en tanto demuestra cierta improvisación y una total falta de distribución de roles previa”*.

Puso sobre relieve la situación social de su defendido, su condición de padre de dos menores, su joven edad y lo inconducente de una pena de larga duración para su fin resocializador.

Por ello solicitó que se reduzca la pena conforme la culpabilidad de su defendido.

2. Inconstitucionalidad del art. 50 CP

Aquí, postuló la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, establecido en el artículo 50 CP.

Expresó que su aplicación vedaría a su asistido la posibilidad de obtener la libertad condicional, prevista en el art. 13 CP, prohibida para los reincidentes, conforme el art. 14 del mismo cuerpo legal.

Apuntó que las consecuencias que acarrea la vigencia del instituto cuestionado, resultan directamente opuestas al espíritu constitucional con el que fue concebida una legislación como la citada, que no es otra





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 40036/2016/TO1/CNC2

cosa que una sólida reafirmación, por vía de instrumentación legal, de los principios que sobre la teoría de pena cimiento el art. 18 CN.

Destacó que, de esta manera, el declarado reincidente se ubicaba en una categoría diferente respecto del resto de las personas condenadas, puesto que mas allá de cualquier circunstancia reveladora de readaptación social, su supuesta “peligrosidad” –presumida *juris et de jure*-determina la pérdida del derecho a obtener su libertad anticipada.

Entendió que ese trato diferente resultaba discriminatorio, ya que no buscaba compensar la desigualdad estructural que sufre por su mayor vulnerabilidad, sino que -por el contrario-, la profundiza.

Apuntó que la reincidencia resultaba ser, a todas luces, una manifestación de un derecho penal de autor que, además de constituir una flagrante violación al principio de culpabilidad, por el hecho y de las garantías que emanan de los arts. 18 y 19 CN

Por último, destacó que con la declaración de reincidencia se volvía a ponderar el delito ya juzgado, en una clara violación a la garantía constitucional de la prohibición del principio “*ne bis in idem*”.

Por ello solicitó que se declare la inconstitucionalidad del art. 50 CP por resultar violatorio de las garantías constitucionales antes mencionadas.

3º) La Sala de Turno de esta Cámara a fs. 382 le asignó el trámite previsto en el art. 465 CPPN.

4º) En la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 CPPN, la defensa oficial realizó una presentación a fs. 385/387 en la cual desarrolló los argumentos expuestos en el recurso de casación.

5º) El 3 de julio de 2018 se celebró la audiencia que prescribe la citada normativa y los arts. 454 y 455 CPPN. En esa oportunidad, estuvo presente el Defensor Público Oficial de Maximiliano Rolando Hernán Ortiz, Dr. Mariano P. Maciel, quien mantuvo el recurso de casación interpuesto en la instancia anterior, reeditó los planteos allí señalados y sostuvo la cuestión federal.



Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizado ese acto, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se exponen.

La jueza **Patricia M. Llerena** dijo:

En atención a los planteos del recurrente, entiendo pertinente seguir el orden dado por éste en su recurso.

1. Errónea aplicación del los arts. 40 y 41 CP.

El tribunal de juicio entendió como agravantes de la pena la circunstancia de que el hecho haya sido llevado adelante por dos personas utilizando un vehículo pues esto implicó una cierta organización, lo cual produjo una indefensión en las víctimas y viabilizó una mayor posibilidad de lograr su impunidad.

Al contrario, la defensa entendió que la utilización del auto no permitió la impunidad de su defendido, sino que, por el contrario, fue ese el elemento por el que se lo identificó y se lo pudo detener. En tanto, respecto a la posible organización expuso que esto no pudo ser corroborado en el juicio dado que, al haber sido absuelto Sosa por no poder comprobarse su participación, queda desvirtuada esa posibilidad.

A mi modo de ver, es acertada la posición del tribunal, por cuanto la utilización de vehículo presume una mayor indefensión de las víctimas y una mayor posibilidad de impunidad. La utilización de ese elemento además de facilitar la huida, vale recordar que fueron detenidos en aproximadamente 20 minutos a más de 2,5 km. del lugar del hecho, implica también una indefensión de la víctima pues al utilizar un rodado, su velocidad le permite a los imputados abordar al damnificado y escapar en pocos segundos, sin que éste tenga posibilidad de reaccionar.

Por otra parte, la organización para llevar adelante el hecho, que hace mención el tribunal, no se ve modificada, como lo sostiene el recurrente, por la circunstancia de que Sosa haya sido absuelto. Esto, dado que los magistrados entendieron que Ortiz y el otro sujeto descripto en la resolución congeniaron mínimamente el plan, sin hacer mención a Sosa.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 40036/2016/TO1/CNC2

Específicamente dijeron que *“cuenta además con la referencia de Sánchez y de Sosa, a lo que se suma la confesión calificada aquí prestada por Ortiz quien afirma que, efectivamente, bajó con el primero y concretó el desapoderamiento de bienes ya descripto.*

Pero, la coincidencia de los inculcados y el rebelde no termina ahí sino que se extiende a las características totales del episodio dado que los tres niegan que Sosa hubiera intervenido y Ortiz y Sánchez aseguran no haber utilizado arma alguna, aspectos que, más allá de corresponder o no con la realidad, obviamente favorecen al primero, a juzgar por el contenido del requerimiento de elevación a juicio y de la acusación”.

Por ello, entiendo que el tribunal valoró correctamente las circunstancias antes mencionadas como agravantes del hecho y aplicó una pena conforme la culpabilidad de Maximiliano Rolando Ortiz en el hecho investigado.

2. Inconstitucionalidad del art. 50 CP

Finalmente, con relación al pedido de inconstitucionalidad del art. 50 CP, formulado por la defensa pública, entiendo que deberá ser rechazado. En efecto, comprendo que la CSJN se inclinó sobre la constitucionalidad de la reincidencia en el caso *“Arévalo”*¹. Si bien las sentencias de la CSJN deciden sobre el caso en concreto y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, aquellos deben servir como guía para los tribunales inferiores, y existe el deber de conformar las decisiones de los tribunales *a quo* a las sentencias del máximo tribunal del país dictadas en casos similares, cuyo deber se sostiene en su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (doctrina de la CSJN de los casos *“Cerámica San Lorenzo, S. A.”*, *“Pulcini, Luis B.”*, *“González, Herminia”*, entre muchos otros).

En el caso particular, coincido con la postura de la CSJN en el caso mencionado –al que me remito en honor a la brevedad-, motivo por

¹ A. 558, L° XLVI, *“Arévalo, Martín Salomón”*, rta. 27/05/2014, CSJ 133/2013 RH.



el que entiendo que no debe hacerse lugar al pedido de inconstitucionalidad.

Por ello, en definitiva, voto por rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial a fs. 355/364 y en consecuencias confirmar la resolución de fs. 341/352 en todo cuanto a sido materia de recurso, con costas atento al resultado (art. 40, 41 y 50 CP; arts. 465, 470 *a contrario sensu*, 530 y 531 CPPN).

El juez **Luis F. Niño** dijo:

1. Para un mejor orden expositivo, he de respetar la línea de trabajo asumida por la colega Patricia Llerena. En ese sentido, se seguirá su orden lógico a efectos de optimizar el tratamiento, sin duplicar el despliegue de aquellos argumentos que se comparten en su totalidad.

2. En lo concerniente al agravio deducido por la defensa, criticando la errónea interpretación del tribunal de los artículos 40 y 41 del Código Penal, me sumo a la postura de la apreciada colega en lo vinculado a la adecuación de la dosimetría penal ensayada por el *a quo* respecto del delito por el que resultó condenado Maximiliano Rolando Hernán Ortiz, a tenor de lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del ordenamiento penal de fondo (art. 456, inciso 1°, CPPN).

En ese orden de ideas, entiendo que el tribunal oral ha respetado de modo plausible las pautas normativas de individualización que constató en el caso y, consecuentemente, fijó un monto de pena proporcional a esos extremos, por lo que esa mensuración sancionatoria no merece objeción.

Los ataques ensayados por la parte recurrente, por el contrario, no logran demostrar arbitrariedad en la decisión del *a quo*, habida cuenta de que la pena impuesta no se apartó de las directrices que regulan los arts. 40 y 41 del Código Penal; advirtiéndose, paralelamente, que su cuestionamiento a la individualización de la sanción revela una mera disconformidad con la valoración efectuada.

Tales extremos impiden demostrar, ante esta instancia, la arbitrariedad alegada.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 40036/2016/TO1/CNC2

3. Finalmente, en lo que atañe al pedido de inconstitucionalidad del artículo 50, articulado por la defensa, advierto que la temática a tratar es análoga a la resuelta por esta Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional en el precedente “Cajal”² –el cual, a su vez, refiere a los considerandos expuestos en “Obredor”–, al que me remito por razones de practicidad.

En esa ocasión declaré la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, por entender que dicho instituto conculca los principios de igualdad ante la ley, de legalidad, de lesividad y de culpabilidad por el hecho (arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como el de prohibición del doble juzgamiento y/o punición (art. 33 de la Constitución Nacional y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU).

En función de ello habré de hacer lugar al planteo de la defensa, únicamente en lo que al punto concierne, declarando la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal y, consecuentemente, anulando el punto dispositivo II de la sentencia impugnada (artículo 475 del Código Procesal Penal de la Nación), por cuanto declaró reincidente al epigrafiado.

4. Por las razones expuestas, propongo al acuerdo: I. casar parcialmente la sentencia impugnada y, consecuentemente, hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa oficial en el recurso de casación de fs. 355/364, anulando el punto dispositivo II de la sentencia impugnada (artículo 475 del Código Procesal Penal de la Nación), por cuanto declaró reincidente a Maximiliano Rolando Hernán Ortiz; II. rechazar el recurso de casación en cuanto a la restante materia de agravio. Sin costas en esta instancia (artículos 456, 457, 465, 468, 469, 470 y 471, ambos a *contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

² Causa n° 31507/2014, “Cajal, Hugo Ernesto s/ robo” (registro 351/2015, rta. 14/8/2015). Allí se hace remisión, a su vez, al precedente “Obredor”, también de esta Cámara de Casación (registro n° 312/2015, rta. 4/8/2015).



El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

Por compartir sus fundamentos adhiero en lo sustancial al voto de la colega Llerena.

Así, en virtud del acuerdo que antecede, por mayoría, la Sala 1

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial a fs. 355/364 y en consecuencias **CONFIRMAR** la resolución de fs. 341/352 en todo cuanto a sido materia de recurso, con costas atento al resultado (art. 40, 41 y 50 CP; arts. 465, 470 *a contrario sensu*, 530 y 531 CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

PATRICIA M. LLERENA

GUSTAVO A. BRUZZONE

LUIS F. NIÑO
(en disidencia parcial)

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara

