

Corte de Justicia de Catamarca

SENTENCIA NÚMERO: DIECINUEVE

En la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, a los treinta días del mes de junio de dos mil veintidós, la Corte de Justicia de Catamarca, integrada por los señores Ministros doctores Carlos Miguel Figueroa Vicario -Presidente- Vilma Juana Molina, José Ricardo Cáceres, Luis Raúl Cippitelli y Luis Raúl Guillamondegui; se reúne en acuerdo para entender en el Recurso de Casación deducido en autos, Expte. Corte n.º 017/21, caratulados: **“Moya, Leandro Exequiel -Herrera, Rafael Fabián - Sacallán, Exequiel Maximiliano -robo agravado, etc.- s/ rec. de casación c/ sent. n.º 10/21 en expte. n.º 23/20”**.

Por Sentencia n.º 10/2021 de fecha 21-04-2021, la Cámara de Sentencias en lo Penal de 3º Nominación, en lo que aquí concierne, resolvió: “I) Declarar culpable a Leandro Exequiel Moya, de condiciones personales ya mencionadas en la causa, como co-autor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser cometido en poblado y en banda -hecho nominado primero y segundo-, previsto y penado por los arts. 167, inc. 2º y 45 del CP; todo ello en concurso real (art. 55 del CP), imponiéndole para su tratamiento penitenciario la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo (arts. 5, 40, 41 del CP), la que se efectivizará una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por lo que deberá cumplir las siguientes reglas de conducta conforme lo normado por el art. 279 del CP (...). Con costas (arts. 407, 536 y ccdtes. del CPP y 29, inc. 3º del CP). II) Declarar culpable a Rafael Fabián Herrera, de condiciones personales relacionadas en la causa, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser cometido en poblado y en banda -hechos nominados primero y segundo-, previsto y penado por los arts. 167, inc. 2º y 45 del CP; todo ello en concurso real (art. 55 del CP), imponiéndole para su tratamiento penitenciario la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo (arts. 5, 40 y 41 del CP, la que se efectivizará una vez que se encuentre firme la presente sentencia. Con costas (arts. 407, 536 y ccdtes. del CPP y 29, inc. 3º del CP). III) Unificar la sentencia nº 64/19, dictada

con fecha 01-10-2019 por la Cámara de Sentencias de Segunda Nominación, en la que se lo condenara como coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por ser cometido en poblado y en banda por la que se impusiera la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, con la sanción impuesta en el punto “II” del presente resolutorio, imponiéndole a Rafael Fabián Herrera, de condiciones personales relacionadas en la causa, la pena única de cuatro años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, con más accesorias de ley (arts. 5, 12, 40, 41 del CP), como coautor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por ser cometido en poblado y en banda -tres hechos, todo en concurso real, previsto y penado por los arts. 167, inc. 2, 45, 55 y 29 del CP. Con costas (arts. 407, 536 y ccdtes. del CPP y 29, inc. 3 del CP), debiendo continuar alojado en el Servicio Penitenciario Pcial. IV) Declarar culpable a Exequiel Maximiliano Sacallán, de condiciones personales ya mencionadas en la causa, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser cometido en poblado y en banda -hechos nominados primero y segundo- previsto y penado por los arts. 167, inc. 2º y 45 del CP; todo ello en concurso real (art. 55 del CP), imponiéndole la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo (arts. 5, 40 y 41 del CP), la que se efectivizará una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por lo que deberá cumplir las siguientes reglas de conducta conforme lo normado en el art. 279 del CPP. (....)

Contra este fallo, el Dr. Orlando del Señor Barrientos, abogado defensor de los imputados Leandro Exequiel Moya, Rafael Fabián Herrera y Exequiel Maximiliano Sacallán interpone el presente. Centra sus críticas en el inc. 3º, del art. 454 del CPP, esto es, inobservancia o errónea aplicación de las normas previstas para la individualización de las penas.

Sostiene que, al momento de la mensuración de la pena, el Fiscal solicitó se imponga a sus defendidos la pena de tres años de prisión cuyo cumplimiento podía ser dejado en suspenso, postura admitida también por la

Corte de Justicia de Catamarca

defensa. Sin embargo, el Tribunal haciendo caso omiso a la cuestión discutida, impuso pena de efectivo cumplimiento a sus asistidos, excediendo el concreto pedido de ejecución en suspenso.

Concluye que lo decidido evidencia una transgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso que conducen a la revocación del fallo impugnado.

Efectúa reserva del Caso Federal.

De acuerdo con el resultado del sorteo efectuado para determinar el orden de votación (f. 12), nos pronunciaremos de la siguiente manera: en primer lugar, el Dr. Martel; en segundo lugar, la Dra. Gómez; en tercer lugar, el Dr. Cippitelli, en cuarto término, el Dr. Cáceres; en quinto lugar, la Dra. Molina; en sexto término, el Dr. Figueroa Vicario y en séptimo lugar, el Dr. Guillamondegui.

Así las cosas, el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones:

1º) ¿Es admisible el recurso?

2º) En la resolución impugnada, ¿Han sido inobservadas o erróneamente aplicadas las normas previstas para la individualización de la pena? ¿Qué resolución corresponde dictar?

A la Primera Cuestión, el Dr. Martel dijo:

El presente recurso de casación reúne los requisitos de admisibilidad formal establecidos en el art. 460 del C.P.P debido a que es interpuesto en forma y en tiempo oportuno, por parte legitimada, y se dirige contra una resolución que, por ser condenatoria, pone fin al proceso y es definitiva. Por ende, es formalmente admisible. Así voto.

A la Primera cuestión, la Dra. Gómez dijo:

Me adhiero en todo a la solución propuesta y analizada por el Sr. Ministro que lidera el acurdo, y voto en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Cippitelli, dijo:

El Dr. Martel da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la Primera cuestión, la Dra. Molina dijo:

El Dr. Martel da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Figueroa Vicario, dijo:

El Sr. Ministro emisor del primer voto, expone las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Guillamondegui dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro, Dr. Martel y, por ese motivo, adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Martel dijo:

Los hechos que el Tribunal *a quo* consideró acreditados son los siguientes: “Hecho nominado primero: Que el día 28 de mayo del año 2016, en un horario que ha podido determinarse con precisión, pero que estaría comprendido a horas 02:45 aproximadamente, en circunstancias que el ciudadano Aníbal Exequiel Salcedo, circulaba por Ada. Dr. Del Pino de esta ciudad Capital, en sentido Oeste-Este, al mando de un automóvil marca Fiat, modelo Fire, de color gris, dominio HNT-324, el que gira como taxi en la empresa “Chango”, con licencia n° 102 expedida por la Municipalidad de la Capital, al llegar a la intersección con Avda. Latzina, habría sido abordado por Leandro Exequiel Moya, Rafael Fabián Herrera, Exequiel Maximiliano

Corte de Justicia de Catamarca

Sacallán y un sujeto de sexo masculino aún no habido por la instrucción, quienes le solicitaron que los transporte hasta la primera rotonda de Avda. Hipólito Irigoyen, bajando por calle 1º de Mayo y al llegar al lugar indicado, luego de unos minutos, con evidentes fines furtivos, ejerciendo violencia en la persona de Salcedo, uno de los masculinos que se encontraba sentado en el asiento trasero del automóvil, más precisamente en el sector medio, le habría pegado con una piedra en el costado derecho de la cara y el masculino que se encontraba ubicado detrás del asiento del conductor, lo habría tomado del cuello y entre los tres individuos que viajaban en la parte trasera del vehículo, lo agredieron con golpes de puño y le asestaban golpes con la piedra en la cabeza, produciéndole lesiones, mientras el masculino que viajaba en el sector delantero, aprovechando la situación de indefensión de Salcedo, se habría apoderado ilegítimamente de: una ticketera de color negro, sin precisar marca; un teléfono celular marca Motorola, modelo Moto D XT 1542, Imei nº 35899106259824 liberado, conteniendo un chip de la empresa Claro nº 3834527142; una billetera de material tela, de color negro y bordó, conteniendo en la misma un DNI, licencia de conducir expedida por la Municipalidad de la Capital, carnet de la Obra Social Osep, tarjeta de crédito Nevada común; tarjeta de crédito Nevada Visa, recibos de sueldo, sin poder discriminar la cantidad, todo esto a nombre de Aníbal Exequiel Salcedo; cuatrocientos pesos (\$400,00) discriminados en cuatro billetes de cien pesos (\$100,00) y ciento cincuenta pesos (\$150,00) en diversos billetes, sin poder precisar discriminación y un auto estéreo marca Sony de color negro con rojo, con frente desmontable, para luego los sujetos aludidos darse a la fuga con los elementos objeto deshecho ilícito. Hecho nominado segundo: Que el día 29 de mayo del año 2016, en un horario que no ha podido determinarse con precisión pero que estaría comprendido a horas 05:30 aproximadamente, Leandro Exequiel Moya, Rafael Fabián Herrera y Exequiel Maximiliano Sacallán y otros sujetos de sexo masculino aún no habidos por la instrucción, con evidentes fines furtivos, se

habrían hecho presentes en el domicilio sito en B° Virgen Niña, casa n° 17 de ésta ciudad Capital, propiedad de la ciudadana Juana Daniela Flores y sin ejercer fuerza en las cosas, aprovechando que la puerta de ingreso se encontraba abierta, habrían ingresado en el interior del inmueble, munidos de capuchas, sorprendiendo a la nombrada Flores que se encontraba junto al ciudadano Juan Armando Moya ingiriendo bebidas alcohólicas en el patio de la vivienda y en el evento, procedieron a reducir a ambos sujetos, ejerciendo violencia sobre ellos, tirándolos al piso, colocándolos boca abajo, apoderándose ilegítimamente de la suma de Pesos quinientos (\$500,00), los cuales extrajeron de entre las ropas de Flores, mientras a Moya, a quien amenazaban con un arma de fuego de color negro, similar a una calibre 38, le sustrajeron la suma de Pesos dos mil quinientos (\$2.500,00), una cédula verde de una motocicleta a nombre de Sebastián Piriz Villafañez, un teléfono celular marca LG, táctil, de color blanco con silicona de color marrón, perteneciente a la empresa Personal, línea n° 3734330711 y una billetera de color marrón de material cuero, 6 cual contenía un DNI a nombre de Juan Armando Moya, para luego los sujetos aludidos darse ala fuga con los elementos objetos del hecho ilícito”.

I). La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la pertinencia de controlar la determinación de la pena sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad cuando, a propósito de esa tarea, se violan la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso. Sobre el punto, sostuvo por mayoría el alto tribunal, al hacer propio los argumentos del señor Procurador General que dijo: “... si bien el ejercicio de la facultad de los jueces de la causa, para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepan decidir en la instancia del artículo 14 de la ley 48, cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho

Corte de Justicia de Catamarca

vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa” (Fallos: 320:1463)...”. (véase Garrone, Ángel Bernardo s/causa N° 22.355. G. 1504. XLI; RHE; 06/03/2007; T. 330, p. 393).

La arbitrariedad, a su vez, no consiste en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable, por cuanto tal desacuerdo no habilita la excepcional competencia para controlar el ejercicio de una facultad, atribuida en principio a otro órgano judicial (S. n° 14, 31/03/10; S. n° 24; 13/11/09, entre otros).

II). a) La cuestión planteada por el recurrente impone dilucidar si en el caso ha existido vulneración al derecho de defensa en juicio y del debido proceso con relación con el modo de cumplimiento de la condena impuesta a los acusados Leandro Exequiel Moya, Rafael Fabián Herrera y Exequiel Maximiliano Sacallán.

El Tribunal -en sentido contrario a lo solicitado por el Ministerio Público en la discusión final- dispuso aplicar una sanción de efectivo cumplimiento a diferencia de la modalidad condicional de la condena requerida por el acusador.

Observo de las constancia de la causa, que el Fiscal de Cámara, al momento de emitir las conclusiones del juicio, requirió que: “*se declare la responsabilidad penal de los acusados Leandro Exequiel Moya, Rafael Fabián Herrera y Exequiel Maximiliano Sacallán, todos de condiciones personales obrantes en la causa, como coautores responsables del delito de robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, previsto y penado por los arts. 167, inc. 2 y 45 del CP. Con respecto a la pena y a la luz de las pautas que nos establecen los artículos de nuestra ley sustantiva entiendo que (...). Por ello es que propicio imponer una sanción penal y que los tres sean condenados a la misma pena, esto es, tres años de prisión. En el caso de Moya y Sacallán, al ser ésta su primera condena, que la misma sea de ejecución condicional. Con respecto a Herrera y en virtud que el mismo ya posee una*

condena impuesta por la Cámara de Segunda Nominación en octubre de 2019, a la pena de tres años y seis meses de prisión por un delito que tuvo como fecha de ocurrencia en enero de 2017, es decir, más de siete meses después de los sucesos traídos a esta audiencia (...) no podemos hablar de nuevo delito y por ende, de ser condenado en esta oportunidad, lo sería por un hecho primero en el tiempo, por ello amerita que la misma también se imponga como de ejecución condicional. No obstante, ello, si bien el hecho es anterior, la condena ésta es posterior, por lo tanto, corresponde se proceda a la acumulación de la misma y se dicte una condena única. Y en dicho norte y en un todo de acuerdo con el sistema de composición, el Ministerio Público Fiscal va a solicitar que, en el caso particular de Herrera, sea condenado a la pena de tres años de prisión en suspenso y se unifique esta condena con la oportunamente impuesta por la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación y se le condene a la pena única de cuatro años y seis meses de prisión atento al sistema de composición (...)”.

No obstante ello -el pedido de ejecución de la condena en suspenso-, el Tribunal *a quo* condenó a los enjuiciados, como coautores del delito de robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, a sufrir la pena de tres años de prisión efectiva, siendo esta circunstancia la que motiva la interposición del presente embate.

b) La necesaria correlación entre acusación y sentencia está directamente relacionada con el derecho a ser informado de la acusación y el libre ejercicio del derecho de defensa, razón por la cual el principio de congruencia en el proceso penal adquiere especial relevancia.

El tema propuesto como planteo recursivo y los fundamentos expuestos en el fallo atacado, me determinan a considerar que le asiste razón al recurrente, aunque con muy pobres argumentos, en cuanto a que Tribunal de sentencia se ha excedido en sus facultades, afectando principios constitucionales que lesionan al derecho de defensa en juicio.

Corte de Justicia de Catamarca

El Tribunal de juicio agravó el cumplimiento de la pena requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal, dictando una de cumplimiento efectivo, que no fue materia de acusación, prueba y defensa; en otras palabras, no fue objeto del contradictorio y, eventualmente, susceptible de ser abarcada por un efectivo ejercicio de todas las defensas de hecho y derecho que el asistente letrado de los acusados podría oponer (art. 18 de la C.N.).

Así lo considero, porque la función jurisdiccional de los tribunales, está limitada por los términos del contradictorio y resulta atentatorio contra la esencia del sistema de enjuiciamiento penal, otra forma de su ejercicio que exceda el marco de la controversia entre las partes.

Todo ello en función de las garantías constitucionales sobre la separación de los roles de enjuiciamiento y requerimiento y ejercicio de la acción penal como resguardo del derecho de defensa, que surgen de los arts. 18, 75, inc 22 de la CN, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP.

Este derecho constitucional se encuentra materializado en este aspecto en el llamado principio contradictorio de bilateralidad cuyos términos, como lo adelanté, limitan la función jurisdiccional. Es el acusador el que debe indicar las circunstancias del suceso que entiende probadas, la calificación atribuible a los hechos sometidos a proceso y la pena que estima que corresponde a esa acción delictiva; recién luego es que la defensa, con base en esa acusación, ejerce el derecho constitucional de defensa en juicio conforme las imputaciones que les fueron formuladas a su asistido.

Por esa razón es que no resulta constitucional que el juez, supla lo que a su entender configura un deficiente pedido del fiscal; porque de esa manera, se habría privado a la defensa de resistir adecuadamente la pretensión acusadora que asume el juzgador.

Así, en tanto el recurrente expone que, como estrategia de su defensa, luego de escuchar el concreto pedido del representante del

Ministerio Público, aceptó para sus asistidos la sanción de tres años de prisión, cuyo cumplimiento sería dejado en suspenso, por lo que, una decisión en contrario, resulta atentatoria al alcance de los términos de la discusión.

En ese sentido, este Tribunal, aunque con distinta integración, resolvió otra causa con similares cuestionamientos. Así, en S. n° 54/2017 “Burgos, Julio César p/sa robo”, en lo pertinente, esta Corte de Justicia dijo: *“el tribunal de juicio agravó el quantum de la pena requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal, dictando una más elevada, que no fue materia de acusación, prueba y defensa; en otras palabras no fue objeto del contradictorio y, eventualmente, susceptible de ser abarcada por un efectivo ejercicio de todas las defensas de hecho y derecho que el asistente letrado de Burgos podría oponer en el curso del debate (art. 18 de la C.N.). Constató así, que el monto de la pena ha significado una “sorpresa” para el imputado desde que no ha sido objeto de discusión final y, por lo tanto, no tuvo la efectiva oportunidad de defenderse respecto de este extremo. En efecto, es la condena intempestiva para la defensa -un mayor monto de pena-, la que afecta el derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional, art. 8.2 b), c), d) y f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.3, a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros) materializado, en este aspecto, en el llamado principio contradictorio, cuyos términos limitan ostensiblemente la función jurisdiccional conferida al tribunal de juicio a la hora de emitir un pronunciamiento final.*

En tal sentido, es preciso tener en cuenta que una sentencia que imponga una pena mayor a la requerida por el fiscal en la acusación, resulta violatoria del derecho de defensa del acusado por cuanto impide pronunciarse efectivamente sobre la individualización y proporcionalidad de la sanción aplicada. Dicha pena sobreviene en forma intempestiva y no como consecuencia del contradictorio, significando una sorpresa para el imputado debido de que se trata de un monto que nunca le

Corte de Justicia de Catamarca

fue informado, con lo cual estuvo fuera de sus legítimas previsiones y no puede exigírsele a la defensa que realice futurología sobre hipótesis que no surgen del debate.

Las razones o justificaciones que el Tribunal invoca en apoyo de su decisión al momento de graduar la pena ponen en jaque el principio de prohibición de doble valoración, todo lo cual, genera las críticas formuladas por la defensa...”.

Ese criterio es el que coincide con la postura seguida por la CSJN en *Fallos*: “Tarifeño” (*Fallos*: 325:2019) del 29/12/1989; “García” (*Fallos*: 317:2043) del 22/12/1994; “Cattonar” (*Fallos*:318:1234) del 03/06/1995; “Montero” (*Fallos*: 318:1788) del 05/10/1995; “Cáseres” (*Fallos*: 320:1891) del 25/19/1997; “Mostaccio” (*Fallos*: 327:120) del 17/02/2004; “Agüero” (*Fallos*: 327:3087) y “Amodio” (*Fallos*: 330:2658) del 12/06/2007 (voto disidente en un conjunto de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Eugenio R. Zaffaroni).

También en ese sentido resolvió la Cámara Federal de Casación Penal en autos: Sala I: “Moya, Cristian Ernesto y otros s/ infracción ley 23.737 (art. 5, inc. c)” del 09/12/2019. Registro nº 2147/19. LA LEY AR/JUR/52178/2019; Sala II: “Rossi, Maximiliano Alberto” del 11/04/2012. Registro nº 19.799. LA LEY AR/JUR/26912/2012, “Saavedra, Juan Carlos y Otros s/ rec. de casación” del 09/02/2012. Registro nº 19.562. LA LEY AP/JUR/3634/2012, “Venancio, Nahuel Fernando y Canteros, Jonathan Adrián s/ rec. de casación” del 03/10/2019. Registro nº 1940-19; Sala IV: “Marcolongo, Reynaldo Oreste y otros s/ rec. de casación” del 10/10/2019. Registro nº 2038/19.4.

En concordancia con ello, considero que la jurisdicción de los integrantes de la Cámara se encontraba limitada al concreto pedido de pena de prisión en la modalidad de ejecución en suspenso, conforme lo solicitado por

el representante del Ministerio Público Fiscal en la oportunidad prevista por el art. 397 del Código Procesal Penal.

Por los motivos expuestos, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso de la defensa, en lo que ha sido materia de agravio, y revocar la S. 10/21, exclusivamente en lo atinente al modo de ejecución de las penas impuestas (arts. 18 y 75 inc. 22 CN), disponiendo que sea de cumplimiento condicional (art.26, CP).

Con relación a Leandro Exequiel Moya y Exequiel Maximiliano Sacallán, con las siguientes condiciones: 1. Fijar residencia; 2. Abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y de consumir estupefacientes; 3. No cometer nuevos delitos; todo ello, bajo apercibimiento de ley (arts. 26 y 27 bis, CP). Sin costas (arts. 536 y 537, CPP).

En cuanto a Rafael Fabián Herrera, aunque no haya sido motivo de agravio, estimo que concurren razones de estricta justicia para corregir la inobservancia o errónea aplicación en su caso de las normas que rigen la aplicación de la pena, por la indebida unificación practicada, de la presente condena con la anterior recaída en su contra -la que se encuentra cumpliendo-, no obstante tratarse el hecho de esta causa de fecha anterior al de esa condena anterior computada (S.n°64/19, 01-10-2019, Cámara de Sentencias de Segunda Nominación).

Considero que lo así decidido en la sentencia impugnada no resulta una derivación adecuada de lo dispuesto en la norma invocada a ese efecto: el art. 58 del Código Penal, que establece las reglas para arribar a la llamada pena única.

En el marco de la deliberación que precedió a este Acuerdo (arts. 465, 460 y concordantes, CPP), en el que discutimos el alcance de dicha norma, las condiciones de su aplicación y sus efectos, coincidí plenamente con las razones expuestas por el Dr. Guillamondegui (Subrogante Legal) para afirmar el error de razonamiento que sustenta lo decidido sobre el

Corte de Justicia de Catamarca

punto en la sentencia recurrida y para propiciar la revocación de la practicada unificación.

Por ello, por razones de economía procesal, de brevedad y para evitar repeticiones innecesarias, me remito a la solución que el Dr. Guillamondegui postula, por los fundamentos que desarrolla al emitir su sufragio -siguiendo el orden del sorteo (art. 210, Constitución Provincial), en último término-.

Por consiguiente, propongo unificar las condenas impuestas al nombrado Herrera y conformar la pena única de 3 años y 6 meses de prisión de cumplimiento efectivo (art.58, CP). Sin costas (arts. 536 y 537, CPP).

Así voto.

A la Segunda Cuestión, la Dra. Gómez dijo:

En esa escueta argumentación, la defensa no presenta variación de identidad fáctica alguna entre la acusación del fiscal y la sentencia del Tribunal, como tampoco que se vio afectada sus posibilidades defensivas, las cuales no merecen ser ya ejercidas frente la calificación atribuida y sobre todo porque la correlación fáctica no ha dejado de existir, ya que la situación del hecho descrito en el requerimiento fiscal es esencial y sustancialmente igual al enunciado en la sentencia.

Por ello, estimo que no corresponde hacer lugar al recurso y confirmar la sentencia n° 10/21.

Así voto.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

Iniciando el estudio del planteo sometido a decisión de este Tribunal, tengo para decir que la cuestión propuesta, en tanto no niega la materialidad del hecho ni la participación de Herrera, Moya y Sacallán, se circunscribe a determinar si la pena discernida por la Cámara juzgadora, ha

significado una sorpresa a las expectativas de los imputados, en cuanto al modo de cumplimiento de la sanción.

Sin embargo, con una muy escasa argumentación, el recurrente no se hace cargo de motivar o fundar la alegada afectación a la garantía de la defensa en juicio de sus asistidos que dice lesionada.

El análisis del planteo me convence de que no debe ser acogido, toda vez que, en lugar de ofrecer una visión crítica, el quejoso ensaya un cuestionamiento que se presenta más bien como un disenso con la sanción discernida en la sentencia, sin desarrollar un ataque directo de la fundamentación de la modalidad para el cumplimiento de la pena.

Por otro lado, en la sentencia cuestionada, la pena impuesta por el Tribunal de juicio se encuentra fundada y sin vicios de arbitrariedad, habiendo ponderado el a quo la importancia de los agravantes y atenuantes que concurren a la cuantificación de la sanción a partir de la intensidad del injusto y el grado de responsabilidad de los condenados.

Sostuvo el juzgador: “...en el caso de Moya y Sacallán, se trataría de una primera condena para ambos, no es menos cierto que fueron dos hechos graves, con la concurrencia de cuatro sujetos (primer hecho) y seis sujetos (segundo hecho), la forma de ejecutar para vulnerar los bienes jurídicos, lo cual genera una alarma social, por lo tanto la pena a imponer tiene que ser de cumplimiento efectivo (...) lo del imputado Herrera, no es una imposición a un condenado primario, pues tiene antecedentes computables conforme a su planilla prontuaria, no obstante lo cual y como ya lo expresé en párrafos anteriores ...la pena a imponer tiene que ser de cumplimiento efectivo (...)”. Y esa estimación, no ha sido rebatida en el cuestionamiento defensivo.

Entonces, la falta de crítica a las razones que dan base a la decisión del Tribunal, y en la medida en que no se advierte que esa individualización [de la pena] haya supuesto la consideración de elementos fácticos ajenos o distintos de aquellos cuya acreditación fue postulada por el

Corte de Justicia de Catamarca

acusador, la significación otorgada a tales elementos por parte del juzgador, a efectos de fijar el modo en el cumplimiento de la sanción, no admite ser dejada de lado, sin argumentos sólidos que permitan su control y descalificación.

Por los motivos expuestos, entiendo que no corresponde hacer lugar al recurso de la defensa y, en consecuencia, confirmar la sentencia n° 10/21. Así voto.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Llamado a votar en cuarto término, conforme al acta de sorteo obrante a f. 12, diré que comparto la relación de causa como así también la conclusión a la que arriba el voto inaugural del Sr. Ministro, Dr. Néstor Hernán Martel, más considero oportuno agregar en la presente las siguientes consideraciones:

I.- Es sabido que cualquier ejercicio de la función jurisdiccional que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia atenta contra la esencia misma del sistema acusatorio que rige en nuestro modelo de enjuiciamiento penal, y por ende afecta el principio de supremacía constitucional.

Es aquí donde adquiere relevancia el contradictorio, pues precisamente las peticiones de las partes estructuran los términos de la litis penal que los magistrados no pueden exceder.

Así se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Amodio, manifestando que “si el derecho de defensa impone que la facultad de juzgar debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella, cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o *ultra petita*”; a su vez que “(...) si el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional, en el *sub examine* se verifica un exceso en el ejercicio de ella en la medida en que el juez sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador e impidió con

ello el pleno ejercicio de aquella garantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena impuesta” (del voto en disidencia de los Ministros de la CSJN, Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Raúl Zaffaroni, en la causa: “Recurso de hecho deducido por Héctor Luis Amodio en la causa Amodio Héctor Luis s/ causa 5530”).

Es así que la necesaria correlación entre acusación y sentencia está directamente relacionada con el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa, razón por la cual el principio de congruencia en el proceso penal adquiere especial relevancia. Esta impresión primaria revela la verdadera dimensión del principio, que si bien se dirige al juzgador como un límite infranqueable de la sentencia, constituye fundamentalmente una expresión del derecho de defensa en juicio, cuyo ejercicio obviamente exige previamente el ser informado de la acusación.

Dicho principio, bien lo ha expresado el Dr. Oviedo, ex integrante de esta Corte, “(...) ha sido prolijamente receptado por nuestro código procesal penal; implica la necesaria identidad entre el hecho delictivo en virtud del cual se dicta la sentencia condenatoria y el contenido de la acusación (art. 405 CPP) (...)”. (Del voto del Dr. Oviedo en CSJCatamarca, 22/05/2007 en autos “Silva, José A.”).

Por su parte, Pablo López Viñals en relación a los límites de la potestad de sancionar en el sistema acusatorio, advierte que “la división de roles que caracteriza al sistema acusatorio, cuya imposición constitucional proclamo claramente la Corte Federal en el caso “Casal”, permite volver a considerar un tema no demasiado frecuente en la jurisprudencia argentina, cual es la relación entre el pedido de pena formulado por el fiscal y las atribuciones de individualización de la pena del tribunal de juicio”. El jurisconsulto explica a continuación que “en relación a esta materia, una vez más las disposiciones procesales contienen indicaciones distorsivas que deben ser superadas por el

Corte de Justicia de Catamarca

intérprete a partir de la prioritaria ponderación de las exigencias de orden supralegal. Es generalizada la autorización que

Los Códigos efectúan para que la sentencia se aparte de la calificación jurídica aludida en la acusación, aun cuando a partir de ello deban aplicarse penas más graves (art.410 del CPP de Córdoba, art. 406 del CPP de Salta, art. 401 del CPPN).”

“En la práctica ha sido mayoritaria la aquiescencia a otorgar a tales normas una amplia vigencia que prioriza la observancia del principio “*iura novit curia*”, reduciendo la jerarquía de la función requirente a una mera opinión referencial que el tribunal, a partir de su conocimiento preminente del derecho, podría obviar. Sin embargo, bien dice Ángela Ledesma, que debe superarse el criterio interpretativo que prescinde del paradigma constitucional en materia penal; esto obliga a revisar los alcances irrestrictos que se asignan a ciertas normas derivadas del citado brocárdico latino (...) En verdad, lo que ocurre es que esas normas han sido fraguadas en el contexto del procedimiento mixto, a cuya esencia es ajeno el tajante modo de separación de las funciones de acusación, defensa y sentencia que caracteriza al modelo acusatorio que ahora, a partir de su caracterización como programa procesal penal constitucional, debe ser dotado de la máxima expansión”.

Concluye el autor de mención en que “siendo ello así, será conveniente que se adopten previsiones legales que impidan un pronunciamiento ultrapetita respecto de la sanción penal. Un dispositivo de esa naturaleza se encuentra en el art. 294 del Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación, del INECIP, donde se establece que el tribunal no podrá aplicar penas más graves que las requeridas por los acusadores. Mientras ello ocurre, es indispensable que los tribunales desarrollen un activismo comprometido con los principios constitucionales que no se viene concretando con la extensión deseable”. (Revista “La Ley Noroeste” – 2006, artículo de

Doctrina “Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria” por Pablo López Viñals, pág. 859 y 860).

En igual sentido, considero inadmisibile el hecho de que los jueces puedan gobernar la pretensión punitiva del Estado en detrimento del sistema acusatorio que organiza nuestra legislación vigente por el cual se pone en manos de un órgano especial, distinto del que declara el derecho, el cometido de excitar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción. A su vez, resulta claro que si se considera inadmisibile que la imputación provenga del propio tribunal que debe juzgar sobre su admisibilidad, o incluso, que se pueda llegar a una condena sin que el Ministerio Público la haya petitionado previamente, deba necesariamente concluirse que también resulta vinculante el concreto pedido de pena como límite dentro del cual puede ejercer sus facultades jurisdiccionales.

II.- En virtud de lo expuesto *ut supra*, y teniendo en cuenta que la acusación es el marco referencial que delimita el conflicto y respecto del cual se establece la estrategia de defensa, siendo inabordable para el juzgador, que no puede suplantarlos sin romper el juego de equilibrio entre partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley procesal consideran vigentes desde la imputación, y que al exceder la Cámara la competencia habilitada por el Fiscal en la solicitud de pena ha incurrido en el vicio nulificante de resolver *ultra petita* (vicio cuya gravedad nuestro más alto tribunal nacional ha equiparado a la “*reformatio in pejus*”), me pronuncio por hacer lugar al recurso de casación interpuesto, anular la Sentencia n° 10/21, exclusivamente en lo atinente al modo de cumplimiento de la pena a Moya, Herrera y Sacallán.

Así voto.

A la Segunda Cuestión, la Dra. Molina dijo:

Conforme el criterio que ya tengo sentado sobre la cuestión relativa a la vulneración del derecho de defensa en juicio por aplicación de una

Corte de Justicia de Catamarca

pena superior a la solicitada por el representante de la acusación fiscal, es que cabe admitir la alegación efectuada por la defensa de los imputados, en cuanto a que la condena determinada por el Tribunal, configura un extremo sobre el que esa parte no ha expresado fundamentos.

Y, en tanto el cumplimiento efectivo de una pena presenta una diferencia sustancial frente a su modalidad “condicional”, resultando la primera a todas luces más gravosa por las consecuencias de toda índole que ello acarrea a quien deba cumplir el encierro, es que me adhiero al voto inicial y me pronuncio en igual sentido.

Así voto.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto, compartiendo en todo la relación de causa como también la conclusión a la que arriba y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

Así voto

A la Segunda Cuestión, el Dr. Guillamondegui dijo:

1.- Sin perjuicio de las controversias que despierta el reparto de poderes entre jueces y fiscales a partir de las características del modelo acusatorio de proceso penal, lo real y cierto es que en el caso convocante, el Tribunal de Juicio resolvió *extra petita* sobre cuestiones prácticamente acordadas por las partes, y tal resolución les comportó una sorpresa, en el sentido de que nunca pudieron alegar, ni siquiera *ad eventum*, sobre ese extremo; circunstancia que conlleva una afectación a principios procesales y al derecho de defensa, por lo que la sentencia impugnada debe ser anulada en ese punto, y resuelta en los términos propugnados por la Fiscalía y la defensa (arts. 18 y 75 inc. 22 CN).

Me permito traer a colación un precedente prácticamente idéntico, donde el Tribunal, si bien dentro de un proceso de juicio abreviado y

justificándose en razones de política criminal y alarma social, fue más allá de lo acordado por las partes en cuanto a la modalidad de ejecución y falló imponiendo una pena de prisión efectiva; sentencia que la casación anuló en ese aspecto, apoyándose en los reconocidos precedentes del Máximo Tribunal Federal, al considerar que el sentenciante se extralimitó en sus facultades jurisdiccionales, conforme la doctrina sentada *in re* “Amodio”, entre otros (CFCP, Sala II, Causa FPO 11390/2018/TO2/5/RH1-CFC1, 29/11/2019).

Por ello, a los efectos de individualizar la pena que corresponde aplicarles a los enjuiciados, aprecio la gravitación de distintas circunstancias que atenúan la reprimenda legal, primordialmente sus actitudes de confesión y arrepentimiento, como muestras de colaboración con la justicia en la resolución del proceso y de sincera reflexión, como así también sus carencias de antecedentes penales computables -más adelante me referiré al procesado Herrera-; extremos que, en la emergencia, justifican la inconveniencia de imponer una pena de encierro (arts. 26, 40 y 41 CP).

Por todo ello, atento el tiempo transcurrido desde la comisión de los eventos juzgados y por razones de simplificación y economía procesal, considero que corresponde en este acto precisar las normas y conductas que le corresponderán a los justiciables a esos efectos (art. 27 bis CP).-

2.- La determinación de la pena única derivada de la unificación de condenas impuestas al procesado Herrera por parte del Tribunal de Juicio me parece arbitraria, en el sentido de que no encuentro en el fallo revisado razones por la que se le suma un año más de pena efectiva al referido.

Debemos tener presente que la modalidad de ejecución de pena impuesta en este pronunciamiento es de ejecución condicional (art. 26 CP), y responde a los primeros hechos cometidos por Herrera en su trayectoria criminal (28-29/05/2016); eventos que de haber llegado a juicio oral juntos con el otro hecho juzgado (15/01/2017) por razones de conexidad (art. 42, inc. 3º

Corte de Justicia de Catamarca

CPP), probablemente se hubieran resuelto con la imposición de una pena de cumplimiento efectivo como la dispuesta por la Cámara Penal n.º 2 (Sentencia n.º 64/19, 01/10/2019), atento sus particularidades fácticas y técnicas.

Pero más allá de la proyección realizada, aprecio que adicionarle a Herrera un año más de encierro, no responde a razones de lógica ni equidad.

Recordemos que nuestro código punitivo mediante la regulación de la condena de ejecución condicional para delitos de menor entidad (art. 26 CP), pretende que la sentencia impuesta funcione a modo de advertencia; y si a pesar de ello, el sujeto recae posteriormente en el delito, el legislador prevé que esta segunda sentencia ya no podrá ser dejada en suspenso y además se sumarán los montos de ambas (art. 27 CP).

Ahora bien, si Herrera recién fue condenado por su primer delito hace poco, esto es luego de estar cumpliendo pena por su último hecho criminal, vale interrogarnos si este tuvo, en los hechos, la posibilidad de ser motivado por la norma, como lo aspira el legislador, para no volver a delinquir.

Y concibo que no.

Pero ello no importa cubrir con un manto de impunidad a la incidencia advertida, toda vez que no debemos olvidar que hoy Herrera se encuentra cumpliendo una pena de encierro efectivo; modalidad que exterioriza el carácter aflictivo de la pena impuesta.

La jurisprudencia nos señala que: “Con respecto a la unificación de penas, el monto de la pena única no debe necesariamente ser el resultado de la suma de los montos de las penas, máxime si una de ellas fue originariamente impuesta en forma de ejecución condicional. Ello así por cuanto el cumplimiento efectivo de la pena única implica acentuar la intensidad de la consecuencia penal (TSJ Córdoba, Sala Penal, Sent. n.º 27, “Pascual Darío Javier y otros”, 28/04/2004).

Y por otro tanto, también sabemos que “resulta de estricta aplicación el principio *pro homine*, según el cual se debe acudir siempre a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos del individuo.” (Voto de la Dra. Ledesma, CNCP, Sala II, “Benítez, Juan Ignacio”, 11/07/2012).

En definitiva, considero que a pesar de ser un acuerdo de partes, incluso refrendado por el Tribunal de Juicio, y al tener vinculación con el agravio esgrimido, por razones de equidad y en atención a los fines del proceso penal y en resguardo de los derechos del imputado, corresponde anular el monto de pena única compuesto; procediendo a la unificación de las condenas dictadas por las Cámaras Penales n.º 2 y 3 referidas, e imponer, en consecuencia, la pena única de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo; como consecuencia de valorar en su contra la reiteración delictiva, la modalidad criminal desplegada y la extensión del daño causado a los bienes jurídicos ajenos; sopesando con su edad, su discreta instrucción formal, como el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos y el que lleva purgado de pena (arts. 40 y 41 CP).

Al respecto, debemos recordar que “una vez que se declara abierta la competencia por la vía del motivo sustancial de casación, este Tribunal tiene la potestad para efectuar la correcta solución jurídica del caso bajo examen, aun valiéndose de argumentos distintos de los esgrimidos por el impugnante, siempre que deje incólumes los hechos fijados por el a quo en la sentencia de mérito, que no viole la prohibición de la *reformatio in peius* y no vaya más allá del agravio presentado” (TSJ Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 179, “Pérez, Eduardo Enrique”, 03/07/2008).

Y en cuanto al método composicional empleado y sus resultados, me permito mencionar a título de precedente, lo resuelto en autos “Fiscal vs. Tejada Contreras”: “En cuanto a la pena a imponer estimo justa, equitativa y ajustada a derecho, la de tres años de prisión. La misma se ajusta a

Corte de Justicia de Catamarca

las pautas legales que regulan su individualización y modalidades de ejecución, por lo que debe ser aplicada. Asimismo, se debe tener en cuenta que el imputado registra una condena dictada por el Primer Juzgado de Flagrancia en fecha 22/04/2014 mediante sentencia 2563, de cuatro meses de prisión de ejecución condicional por el delito de robo simple en la causa n.º P-27.687/14 (hecho llevado a cabo el día 14/03/2014), por lo que correspondiendo a este Tribunal expedirse sobre la unificación de penas, se deja en claro que considera que la pena única a imponer, conforme el art. 58 del Cód. Penal, no constituye la expresión de una mera suma aritmética de las sentencias, sino, en cada caso particular, la resultante de aplicar las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, a las circunstancias de los hechos, sus consecuencias y la personalidad del imputado, por lo que considera justo que Exequiel Ángel Amílcar Tejada Contreras sea condenado a la pena única de tres años de prisión.” (Cám. Crim. 3ª de Mendoza, Mendoza; 18/12/2015; Rubinza Online /// RC J 553/16).

Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo, hacer lugar al recurso de la defensa, y anular la Sent. n.º 10/21, exclusivamente en lo atinente al modo de cumplimiento de las penas (arts. 18 y 75, inc. 22 CN) y, en consecuencia imponer a los justiciables Leandro Exequiel Moya, Exequiel Maximiliano Sacallán y Rafael Fabián Herrera, la pena de tres años de prisión, cuya ejecución se deja en suspenso (art. 26 CP). Sin costas (arts. 536 y 537 CPP).

En atención a lo resuelto, el tiempo transcurrido y por razones de simplificación y economía procesal, considero que corresponde en este acto precisar las normas de conductas que le corresponderán a los referidos Moya, Sacallán y Herrera a sus efectos; disponiéndose por el término de la condena, las siguientes: 1. Fijar residencia; 2. Abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y de consumir estupefacientes; 3. No cometer nuevos delitos; todo ello bajo apercibimiento de ley (arts. 26 y 27 bis CP). Sin costas (arts. 536 y 537 CPP).

Respecto del procesado Rafael Fabián Herrera, y en razón del antecedente condenatorio informado, proceder a unificar las condenas impuestas, y conformar la pena única de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo (art. 58 CP).

Así voto.

Por los resultados del acuerdo que antecede y por Mayoría de votos, la CORTE DE JUSTICIA DE CATAMARCA,

RESUELVE:

1º) Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por el Dr. Orlando del Señor Barrientos, asistente técnico de los acusados Leandro Exequiel Moya, Rafael Fabián Herrera y Exequiel Maximiliano Sacallán, en contra de la sentencia n° 10/2021 dictada por el Cámara Penal de 3º Nominación.

2º) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto, y anular la S. n° 10/21, exclusivamente en lo atinente al modo de cumplimiento de la pena impuesta a Moya, Herrera y Sacallán (arts. 18 y 75 inc. 22 CN).

En consecuencia, establecer para los encausados Moya y Sacallán, la pena de tres años de prisión, cuya ejecución se deja en suspenso, debiendo cumplir las siguientes reglas de conducta por el término de la condena: 1. Fijar residencia; 2. Abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y de consumir estupefacientes; 3. No cometer nuevos delitos; todo ello bajo apercibimiento de ley (arts. 26 y 27 bis CP).

Confirmar la dispuesta unificación de las condenas impuestas a Rafael Fabián Herrera, comprensiva de la pena impuesta en S. n.º 64/19 de la Cámara Criminal de Segunda Nominación y la de S. n° 10/21 de la Cámara de Tercera Nominación, conformando la pena única de tres años y seis meses de prisión.

3º) Dejar expresa constancia que las restantes cuestiones tratadas en el fallo que hacen a la existencia de los hechos, a la autoría, a la

Corte de Justicia de Catamarca

calificación legal atribuida a los imputados, permanecen firmes al no tener relación de dependencia ni de conexidad con lo invalidado.

4º) Sin costas (arts. 536 y 537 del CPP).

5º) Téngase presente la reserva del caso federal.

6º) Protocolícese, hágase saber y, oportunamente, bajen estos obrados a origen, a sus efectos.

FIRMADO: Dres. Carlos Miguel Figueroa Vicario -Presidente-, Vilma Juana Molina, José Ricardo Cáceres, Fabiana Edith Gómez, Luis Raúl Cippitelli, Néstor Hernán Martel y Luis Raúl Guillamondegui. **ANTE MI:** Dra. María Fernanda Vian -Secretaria- **ES COPIA FIEL** de la sentencia original que se protocoliza en la Secretaría a mi cargo. Doy fe.