



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-130963-1

"De Gaudio, Diego Alberto s/ Recurso  
extraordinario de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala IV del Tribunal de Casación Penal resolvió rechazar el recurso interpuesto por la defensa de Diego Alberto de Gaudio, confirmando el pronunciamiento dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial Lomas de Zamora que declaró reincidente al nombrado, como parte integrante de la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas que le fuera oportunamente impuesta en relación al delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego y por su comisión en poblado y banda, en concurso material con violación de domicilio y portación ilegal de arma de guerra (v. fs. 158/161 vta.).

II. Contra dicho pronunciamiento, el Defensor adjunto ante el Tribunal de Casación Penal interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 164/170 vta.).

Denuncia el recurrente, como único agravio, que la sentencia atacada resulta arbitraria por vulnerar los principios de cosa juzgada, preclusión, progresividad, defensa en juicio y debido proceso.

En primer lugar, sostiene que privar a un condenado de su derecho a obtener la libertad condicional implica un agravamiento de la pena, invocando los precedentes "Capristo" y "Guía" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Seguidamente, expone que en las presentes actuaciones se celebró un acuerdo de juicio abreviado que no incluyó la declaración de reincidencia de su asistido y, de conformidad a lo prescrito en el art. 399 del C.P.P. -que impide al juez incluir consecuencias penales no convenidas en perjuicio del imputado-, la sentencia dictada omitió aquella declaración, quedando firme una vez vencidos los plazos de impugnación. Luego, sorpresivamente y más de un año después, el fiscal solicitó al juez, que ya no tenía jurisdicción, que declare reincidente al condenado y a pesar de que el juez advirtió esa circunstancia, declaró reincidente a su pupilo.

Sostiene que tanto el juez del tribunal de origen como el Tribunal de Casación, que confirmó la sentencia de primera instancia, al haber declarado reincidente en la etapa de ejecución a De Gaudio, modificaron una sentencia firme en perjuicio del su asistido, violentando los principios de estabilidad e inmutabilidad de la cosa juzgada.

Señala, además, que la decisión que ahora atacada infringe los principios de preclusión, progresividad, juez natural y con ellos los derechos a un debido proceso y de defensa en juicio.

Añade que, al margen de considerar al instituto de la reincidencia como un "estado", no cabe duda que la aplicación del mismo depende de la constatación de hechos que lo configuran y que deben ser introducidos oportunamente en el juicio a fin de garantizar el efectivo derecho de defensa de quien reviste esa condición. Y ello es así desde que el imputado debe contar con la posibilidad de producir prueba, debatir



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-130963-1

y defenderse sobre los tópicos que puedan ser materia de litigio en el caso (ej. existencia de sentencia firme, tiempo de prisión en calidad de penado, verificación de un verdadero tratamiento penitenciario, amén de planteo constitucionales que puedan hacerse).

Destaca que no se entiende por qué razón el *a quo* considera que por ser la reincidencia un estado no le resultan aplicables los principios y garantías constitucionales establecidos a favor del imputado.

Afirma que la sentencia condenatoria adquirió firmeza y, por tal motivo, no pudo ser modificada en perjuicio del condenado, y menos aún por un juez que -como él mismo reconoció- no tenía jurisdicción para hacerlo.

Concluye el recurrente que el tribunal intermedio, al convalidar la sentencia de origen, legitima la renovación del proceso con posterioridad a la sentencia firme, vulnerando la inmutabilidad y estabilidad de la cosa juzgada y retrotrayendo la causa a una etapa precluida. Cita el precedente "Mattei" de la Corte Federal.

Solicita finalmente que esa Suprema Corte de Justicia restablezca en el caso las garantías en cuestión y anule la decisión del *a quo*, dictando o mandando a dictar un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

III. El Tribunal de Casación Penal resolvió declarar parcialmente admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor adjunto ante aquel órgano jurisdiccional (v. fs. 171/173 vta.). Posteriormente, el Defensor adjunto interpuso recurso de queja, en lo tocante al agravio no concedido, y esa

Suprema Corte de Justicia resolvió declarar mal denegada la parcela correspondiente del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y concedió el mismo (v. fs. 177/181 vta. y 183/185).

IV. Entiendo que el recurso extraordinario oportunamente concedido debe ser rechazado.

En primer lugar, considero adecuado hacer una breve reseña de las actuaciones, destacando que luce a fs. 2/4 vta. un acuerdo de juicio de abreviado entre la Fiscal, el Defensor y el imputado, el que fuera presentado ante el Tribunal en lo Criminal interviniente. En la presentación efectuada por la Agente Fiscal, titulada "*[a]djunto copias certificadas de sentencia y cómputo. Solicito aplicación del instituto de juicio abrevio*", se destaca que acompaña la requirente copias certificadas de sentencias condenatorias y cómputo de pena respecto -en lo que aquí interesa- de De Gaudio y solicita sean tenidos en cuenta, como pauta agravante para el encartado, "*los precedentes condenatorios*".

Admitido el acuerdo, Diego Alberto De Gaudio, en fecha 22 de diciembre de 2014, fue condenado por Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial Lomas de Zamora a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego y por su comisión en poblado y banda en concurso material con violación de domicilio y portación ilegal de arma de guerra (v. fs. 14 y vta.).

A la hora de evaluar pautas agravantes, el juzgador tuvo en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-130963-1

cuenta "*los antecedentes condenatorios*" (fs. 12).

Firme la sentencia antes referenciada y practicado el cómputo de pena, se dió intervención al Juzgado de Ejecución n° 2 departamental. Posteriormente, la misma Agente Fiscal que suscribió el acuerdo de juicio abreviado, ya en etapa de ejecución, se presenta ante el Tribunal en lo Criminal que dictó la sentencia condenatoria y solicita que se declare reincidente a Diego Alberto De Gaudio, en tanto registra un antecedente condenatorio firme (fs. 62) y que en caso de compartir el criterio sustentado se comunique al Juzgado de Ejecución a sus efectos.

Adjunta la peticionante copias de sentencia en la causa n° 541.585 tramitada ante el Tribunal en lo Criminal N° 6 de la misma departamental, que condenó a De Gaudio, en fecha 20 de junio de 2006, a la pena de 9 años de prisión, accesorias legales y costa, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por cometerse mediante el empleo de arma de fuego y en calidad de autor en orden al delito de portación ilegal de arma de fuego de usa civil condicional, en concurso real, más declaración de reincidencia (v. fs. 40/47). Tal pronunciamiento fue revisado por el Tribunal de Casación Penal, y en fecha 23 de febrero de 2010, resolvió casar parcialmente la sentencia de grado, modificar el encuadre legal y la pena impuesta y dejar sin efecto la declaración de reincidencia (v. fs. 19/38 vta.). Dicha sentencia quedó firme y en fecha 12 de abril de 2010 se practicó cómputo de pena, el que fuera reafirmado por la Cámara departamental (v. fs. 54/55 vta.).

En vista de la presentación efectuada por la Agente Fiscal, el

Juez del Tribunal en lo Criminal N° 4, Dr. Dario Carlos Segundo, resolvió el 10 de agosto de 2016 declarar a Diego Alberto de Gaudio reincidente (fs. 63/66).

El imputado y el defensor impugnaron esta última resolución (v. fs. 67 y 74/80), agraviándose por imposibilidad de que la reincidencia fuera declarada por un juez que no tenía jurisdicción al efecto y por la afectación al principio de preclusión (v. fs. 78) y a los derechos de defensa en juicio y debido proceso (78 vta. y 79).

Admitido el recurso de casación, el Tribunal de Casación Penal sostuvo que *"[t]eniendo en consideración la índole y fundamentos de la queja, planteada en relación a la declaración de reincidencia del encusado de Gaudio, debe liminarmente dejarse en claro que ninguna afectación a derecho de defensa en juicio, el principio de culpabilidad, ni a la bilateralidad del proceso se configura cuando el tribunal de juicio se limita a verificar un estado y declararlo... (...) En el marco de nuestra provincia, la Suprema Corte de Justicia ha dicho, en materia de reincidencia que 'una declaración de esa naturaleza sólo constituye una medida procesal de advertencia a los magistrados sin otro efecto jurídico que poner de manifiesto una verdad técnico-jurídica'"* (fs. 91 vta.).

Luego de repasar los antecedentes principales de estas actuaciones, sostuvo que *"conforme surge de la resolución dictada con fecha 10 de agosto de 2016 -...-, el encausado Diego Alberto De Gaudio ha cumplido en calidad de penado pena privativa de la libertad abasteciendo de ese modo la exigencia legal, conforme lo prescribe el art. 50 del C.P, toda vez que al momento de la comisión del*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-130963-1

*nuevo delito, no había transcurrido el plazo previsto en el artículo 50 del Código Penal" (fs. 92 y vta.).*

Con el marco de la reseña precedente y en lo relativo al agravio en el que se denuncia que se declaró la reincidencia por fuera del acuerdo de juicio abreviado -provocando consecuencias penales no convenidas-, advierto que el planteo se vincula con cuestiones de orden procesal -en particular, con la interpretación y aplicación del art. 399 del C.P.P.- que han sido abordadas en las instancias habilitadas al efecto y que resultan ajenas al conocimiento de esa Suprema Corte en el acotado ámbito del recurso extraordinario deducido (doct. art. 494, CPP; P. 94.333, sent. de 23/6/2010; P. 98.241, sent. de 31/8/2011 ).

Aún soslayando el obstáculo apuntado anteriormente, el agravio es inatendible, pues no conecta aquel resolutorio -efectuado por fuera del acuerdo- con la afectación concreta de alguna garantía, derecho o principio constitucional, lo que conlleva a la insuficiencia del planteo (art. 495, CPP).

El planteo en el que se denuncia la violación al principio del juez natural, fundado en que el juez del Tribunal en lo Criminal que declaró la reincidencia de De Gaudio no tenía jurisdicción para ello, pues al entender del recurrente quien tenía jurisdicción al momento de su dictado era el Juez de Ejecución, no puede ser atendido toda vez que ha sido introducido extemporáneamente, en tanto no fue llevado a la instancia intermedia, apareciendo como el fruto de una reflexión tardía de la parte (doct. art. 451, CPP).

En segundo lugar, la afectación a los principios de cosa juzgada, preclusión y progresividad tampoco progresan pues, tal como lo sostuvieron las instancias anteriores, la declaración de reincidencia reposa sobre una situación de hecho que, una vez verificada o constatada, debe ser declarada, citando ambos órganos jurisdiccionales la doctrina de esa Suprema Corte de Justicia en la materia.

En esa línea entiendo que la condición de reincidente no exige expresamente de una declaración judicial de carácter constitutivo, sino que requiere de una comprobación objetiva de la concurrencia del cumplimiento efectivo de, al menos, una parte de una condena anterior en la que se impusiera una pena privativa de la libertad y que el nuevo delito -punible también con pena privativa de libertad- se cometa antes de transcurrido el término indicado en el párrafo final del artículo 50 del Código Penal. La concurrencia de esos extremos podría ser evaluada, en consecuencia, tanto en el momento de pronunciarse la segunda sentencia de condena como en oportunidades procesales posteriores, en las que se debata la eventual incidencia de ese estado o condición en la ejecución de la pena impuesta (cfr. art. 14 , CP).

Partiendo de un criterio coincidente ha sostenido esa Suprema Corte de Justicia, en causas en las que se asumiera competencia positiva para imponer la pena, que *"no corresponde formular, en la parte dispositiva, declaraciones sobre el estado jurídico de reincidencia"* (cfr. causas P. 34.101, sent. de 17/12/185, voto del Dr. Ghione; P. 34.918, sent. de 6/2/1987; P. 43.993, sent. del 22/9/1992; P. 41.053, sent. de 17/11/1992 y P. 51.021, sent. de 28/12/1993).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-130963-1

También ha sostenido, en la misma línea, la Cámara Nacional de Casación Penal que *"...la reincidencia, una vez que se produjo en un caso dado, es un estado, no precisando una declaración expresa para cobrar dicha virtualidad ad, pues es la propia ley la que señala cuándo y en qué condiciones se adquiere esa condición. Si bien no caben dudas sobre la conveniencia de que en la sentencia se declare expresamente la calidad de reincidente del condenado, puesto que razones de certeza jurídica así lo indican (como ocurre en el caso), no puede concluirse de ello que su omisión implique desechar el citado estado"* (Sala IV, causa nro. 1715, "ORQUERA, Antonio César s/recurso de casación", Reg. Nro. 2406, rta. el 22/2/00; el ya referido precedente "BORGO"; Sala III, causa nro. 618, "ESPINOZA, Orlando s/recurso de casación", Reg. Nro. 75, rta. el 20/3/96; causa nro. 2542, "CHAILE, Hugo Orlando s/recurso de casación", Reg. Nro. 255, rta. el 15/5/00; Sala II, causa nro. 1214, "GARCÍA, Miguel Ángel s/recurso de casación", Reg. Nro. 1576, rta. el 15/8/97; Sala I, causa nro. 933, "OROZCO, Gustavo Adrián s/recurso de casación", Reg. Nro. 1073, rta. el 19/7/96 ; causa nro. 189, "SARMIENTO, Eduardo s/recurso de casación", Reg. Nro. 295, rta. el 21/9/94, entre muchas otras)" (causa Nro.13.628 – Sala IV "MARTÍNEZ, Carlos Alberto s/recurso de casación", sent. de 5/7/2011).

Es partiendo de estas premisas que entiendo, con los jueces del *a quo*, que la sentencia que impone una segunda condena a una pena privativa de la libertad y que no incluye expresamente la declaración de reincidencia del imputado no puede ser considerada como una decisión que, una vez firme y consentida, opere con los

efectos de la cosa juzgada sobre la inexistencia de ese estado pues, como adelantara, constatada la concurrencia de los extremos previstos en el art. 50 del C.P. la condición de reincidente del condenado opera con todos sus efectos jurídicos sin perjuicio de la inexistencia de una declaración previa sobre el punto.

Por último, los agravios en los que se denuncia afectación al derecho de defensa en juicio y debido proceso, tampoco pueden ser atendidos, pues las constancias de la causa indican, a las claras, que la defensa contó con una oportunidad procesal adecuada para cuestionar la pretensión de la acusadora en torno a la declaración de reincidencia de De Gaudio.

Si bien no surge de las copias obrantes en el expediente la contestación de la vista efectuada a la defensa, puede apreciarse que ella se efectivizó, pues surge del fallo de primera instancia y del recurso de casación interpuesto por la defensa que se realizó dicho acto a fs. 722/731 vta. del principal.

De ese modo se vió garantizado el principio contradictorio, pues las partes pudieron ofrecer los argumentos correspondientes para detectar si se encontraban reunidos *"los extremos fácticos que habilitan una declaración de ese tenor"*, contando el imputado con una posibilidad concreta de ejercer su derecho de defensa en juicio (cfr. P. 128.308, sent. de 10/4/2019).

Por último, ha quedado incólume el segundo argumento central brindado por el *a quo*, relativo a la falta de caducidad de la reincidencia (cfr. art. 50, 2º párrafo del CP), en la medida que la parte ha omitido cuestionar expresamente los



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-130963-1

fundamentos desarrollados en este punto, incurriendo así en una nueva insuficiencia recursiva (art. 495, CPP).

V. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el Defensor adjunto ante el Tribunal de Casación Penal.

La Plata, 7 de mayo de 2019.

Julio M. Conte-Grand  
Procurador General

