RDP

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

FUNDADA POR ANDRÉS J. D'ALESSIO Y PEDRO J. BERTOLINO EN 2004

Abril 2021 | 4

DIRECTORES:
PATRICIA ZIFFER
MAURO DIVITO

ISSN 1851-0353

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0353
RNPI: 5074817

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de marzo de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDP DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Fundada por Andrés J. D'Alessio - Pedro J. Bertolino en 2004

DIRECTORES:
PATRICIA ZIFFER
MAURO DIVITO

Abril 2021 | 4

INCLUYE VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

FUNDADORES
Andrés J. D'Alessio - Pedro J. Bertolino

DIRECTORES
Patricia Ziffer - Mauro Divito

COMITÉ EDITORIAL
Ivana Bloch - Alejandro Chehtman - Nicolás F. D'Albora - Guillermo Garay - Marcelo Lerman - Guillermo Orce - Gustavo Trovato - Santiago Vismara - Federico Wagner - Juan Lucas Finkelstein Nappi

SECCIONES ESPECIALES
Criminología
Gabriel I. Anitua
Derecho Penal, Contravencional y de Faltas
Guillermo E. H. Morosi - Gonzalo Rua
Derecho Penal Informático
Carla P. Delle Donne
Derecho Procesal Penal y Garantías Constitucionales
Guillermo Garay
Derecho Penal Aduanero y Tributario
Mariano Borinsky
Ejecución Penal
Sergio Delgado
Justicia Juvenil
Mary Beloff
Disertaciones y Ponencias
Marcelo Lerman - Leonel Gómez Barbella
Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance
María Soledad Accetta - Antonella Donnes - Gustavo Fabián Trovato

ACTUALIDADES JURISPRUDENCIALES
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Javier Mariezcurrena - Mauro Lauría Massaro
Corte Suprema de Justicia de la Nación
Guillermo Garay
Cámara Federal de Casación Penal
Santiago Inchausti
Justicia Federal de la Nación
Juan M. Hermida - Federico Irusta
Justicia Federal de la Provincia de Buenos Aires
Leonel Gómez Barbella
Cámara Nacional Criminal y Correccional
Constanza Lucía Larcher
Justicia en lo Penal Económico y Tributario
Nicolás Ramayón - Carolina Belej
Justicia de Menores
Martiniano Terragni
Tribunales Orales
Martín Pedro Taubas
Justicia Penal, Contravencional y de Faltas
Victoria Almada - Rosario Ianieri
Buenos Aires
Valeria Anselmino - Mariana Venero
Córdoba
Federico Zurueta
Entre Ríos
Rubén Chaia
Tucumán
Andrés Garmendia

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DOCTRINA

Detenciones y requisas arbitrarias. A propósito del caso "Fernández Prieto y Tumbeiro" de la Corte Interamericana
Alberto Sandhagen 3

JURISPRUDENCIA ANOTADA

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA
Calificación jurídica del hecho asignada por el Ministerio Público Fiscal. Imposibilidad del órgano jurisdiccional de revisarla. Imputación excluyente del acusador público. Potestades de los jueces. Control de legalidad de la acusación. Vinculación con el ejercicio de la acción penal. Cuestiones propias de la celebración del debate. Posibilidad de apartamiento del dictamen del Ministerio Público Fiscal. Calificación legal manifiestamente irrazonable. Disidencia 39

Atribuciones decisorias del fiscal, o cuando el juez está "atado de pies y manos" frente al requerimiento acusatorio. Comentario al fallo plenario n.° 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional
Fernando Peña 40

JURISPRUDENCIA

CORRUPCIÓN PÚBLICA
Privatizaciones. Prescripción de la acción penal. Suspensión de los plazos. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Disidencia 61

TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES
Coautoría. Roles asignados. Mantenimiento del codominio funcional del hecho 73

TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES
Requisa efectuada por los agentes de seguridad sin orden judicial. Existencia de indicios suficientes de la comisión de un delito. Validez. Elemento subjetivo. Consumación. Uso de documento falso 82

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE
Evaluación de cada caso concreto. Complejidad de la causa. Delitos de corrupción 97

DELITOS DE LESA HUMANIDAD
Pedido de prisión preventiva. Finalización de la investigación. Ausencia de peligro de fuga. Rechazo. Disidencia 110

ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL
Joven de 17 años acusado de abusar de una adolescente de 14 años que estaría alcoholizada. Privación de la libertad. Riesgos procesales. Gravedad del delito. Perspectiva de género 119

ASOCIACIÓN ILÍCITA
Intervenciones telefónicas. Libertad probatoria del proceso penal. Robo. Hallazgo de material genético. Facultad de los jueces del Tribunal Superior. Dictado de acordadas. Recusación. Rechazo 137

IMPUTABILIDAD
Informes médicos. Necesidad de llevar a cabo un juicio valorativo normativo. Falta de acreditación del arraigo. Entorpecimiento del proceso. Prisión preventiva 155

PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO
Detención del imputado. Requisa personal. Accionar de la fuerza de seguridad. Advertencia de transeúnte. Sospecha suficiente 166

TRANSPORTE DE PASAJEROS SIN HABILITACIÓN
Plataforma electrónica Uber. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Aplicación de multa 175

TRANSPORTE DE PERSONAS SIN HABILITACIÓN
Ciudad de Buenos Aires. Uber. Secuestro de licencia de conducir. Poder de policía local. Disidencia 180

DEVOLUCIÓN DE ELEMENTOS SECUESTRADOS
Rechazo. Recursos admisibles 188

NARCOTRÁFICO
Intervención policial. Sospecha razonable de la comisión de un delito. Allanamiento de domicilio. Concurso real de delitos. Agravante. Intervención de tres o más personas 189

INHABILITACIÓN PARA CONDUCIR
Inconstitucionalidad del art. 311 bis del Cód. Proc. Penal de la Nación. Estado de inocencia. Pena anticipada 206

VIOLENCIA DE GÉNERO
Homicidio agravado por el vínculo. Legítima defensa con perspectiva de género. Accionar defensivo del hijo de la imputada. Absolución 208

VIOLENCIA DE GÉNERO
Allanamiento y requisa para la restitución de los efectos personales de la denunciante. Tenencia de arma de fuego. Falta de intención de privilegiar los lazos familiares. Existencia de riesgo 226

DOCTRINA

Detenciones y requisas arbitrarias

A propósito del caso "Fernández Prieto y Tumbeiro" de la Corte Interamericana

Alberto Sandhagen

Sumario: I. Objetivo.— II. Normativa aplicable.— III. La secuencia fáctica de la causa de Fernández Prieto y Tumbeiro.— IV. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.— V. La detención efectuada sin orden judicial.— VI. La requisa realizada sin orden judicial.— VII. La detención y requisa bajo la Ley Orgánica de la Policía.— VIII. La invalidez del procedimiento no se legitima por su resultado.— IX. Conclusión.

I. Objetivo

El presente trabajo tiene como finalidad efectuar un comentario a la sentencia emitida el 01/09/2020 en el caso "Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina" **(1)**.

Para tal fin se presentarán los hechos del caso y lo que expone el referenciado tribunal interamericano con respecto a la detención y requisa sin orden judicial. Ello servirá de excusa para realizar un análisis en concreto y un desarrollo, en apartados separados, en primer lugar, de cómo debe ser la detención sin orden judicial que se encuentra establecida en el Código Procesal Penal de la Nación. En segundo lugar, se tratará ante qué situación se puede proceder a una requisa sin orden de un juez. De seguido, en tercer lugar, se pasará revista a cómo se debe interpretar la facultad de detención de la Policía cuando actúa en cumplimiento de su Ley Orgánica. En cuarto lugar, trataré la cuestión de si los procedimientos se deben validar por el resultado obtenido. Y finalizaré el presente trabajo con unas reflexiones conclusivas.

II. Normativa aplicable

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica la normativa internacional, como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos, no lo es menos que también efectúa un control de convencionalidad con respecto a la normativa local de cada Estado signatario de la Convención Americana.

No solamente ello, sino que cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones **(2)**.

(1) Fondo y reparaciones, Serie C, nro. 411.

(2) Corte IDH, 24/11/2006, "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", serie C, nro. 158, parág. 128. En similar sentido, 26/09/2006,

Ahora bien, haciendo un breve repaso de la normativa en juego, notamos que entre las convenciones y los pactos complementarios de derechos y garantías, incorporados a través del art. 75, inc. 22, de la CN, se encuentran distintas reglas que reafirman la libertad personal. En especial, cabe destacar lo determinado en el art. 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone: "*1. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales; 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*; 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios" **(3)**. Por su parte, con respecto a la requisa, entraría en juego el art. 11 de la Convención Americana, que si bien se titula "Protección de la honra y de la dignidad", su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. En ese sentido, el ámbito de la privacidad personal y familiar protegido por dicho precepto se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.

Si bajamos al plano local, el desarrollo del análisis debe orientarse a partir del principio consagrado en el art. 18 de la CN, en tanto esa norma determina, en su parte pertinente, que "Nadie puede ser (…) arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente", y junto con el art. 14 de nuestra CN constituye el pilar del derecho a la libertad ambulatoria. Pero también se debe dar cuenta de los arts. 18 y 19 de la CN, en cuanto regulan la intimidad y privacidad de las personas, fundamental para las requisas practicadas sin orden judicial.

A su vez, en atención a esos derechos fundamentales, en los artículos del Código Procesal Penal de la Nación se encuentra cómo se debe actuar ante una detención con orden judicial y sin orden judicial, como así también el proceder de una requisa con orden judicial y sin orden. En efecto, las formas de detener y requisar se encuentran en artículos diferentes **(4)**.

Los jueces pueden ordenar la detención de una persona, tal como surge del art. 283 **(5)** del Cód. Proc. Sin embargo, excepcionalmente, las fuerzas de seguridad pueden detener sin orden judicial debido a que dichas atribuciones surgen del Código Procesal Penal de la Nación, del juego armónico de los arts. 183 **(6)**, 184 **(7)**,

"Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", Serie C, nro. 154, parág. 124.

(3) En idéntico sentido se encuentra establecido en el art. 9º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; lo prescripto en el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, también del año 1948, y lo dispuesto en el art. 9º, inc. 1.E), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966.

(4) Para que no sea engorrosa la lectura, solo me referiré a los artículos del Código Procesal Penal de la Nación, y no a los del Código de Procedimiento en Materia Penal (de anterior vigencia).

(5) En efecto: "Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el juez librará orden de detención para que el imputado sea llevado a su presencia, siempre que haya motivo para recibirle indagatoria. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y el hecho que se le atribuye, y será notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después, con arreglo al art. 142. Sin embargo, en caso de suma urgencia, el juez podrá impartir la orden verbal o telegráficamente, haciéndolo constar".

(6) A saber: "La Policía o las fuerzas de seguridad deberán investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación. Si el delito fuera de acción pública dependiente de instancia privada solo deberá proceder cuando reciba la denuncia prevista por el art. 6º".

(7) En efecto, como atribuciones, deberes y limitaciones: "Los funcionarios de la Policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: 1º) Recibir denuncias. 2º) Cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que lo disponga la autoridad competente. 3º) Disponer, en caso necesario, que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten de aquel ni se comuniquen entre sí mientras se llevan a cabo las diligencias que correspondan, de lo que deberá darse cuenta inmediatamente al juez. 4º) Si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la Policía Científica. 5º) Disponer con arreglo al art. 230, los allanamientos del art. 227, las requisas e inspecciones del art. 230 bis y los secuestros del art. 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente. 6º) Si fuere indispensable, ordenar la clausura del local en que se suponga, por vehementes indicios que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al art.

284 **(8)**, 285 **(9)**. No obstante, esas atribuciones no son absolutas, sino que el imputado debe ser presentado ante el juez a la brevedad, tal como lo estipula el art. 286 **(10)** del Código ritual. También se adunan a ello las facultades que otorga la ley 23.950 **(11)**.

Luego de la detención, encontramos la requisa personal, que puede ser con orden judicial, tal como lo establece el art. 230 **(12)** del Cód. Proc. de la Nación, o sin la respectiva orden de un juez, como lo menciona el art. 230 bis **(13)** del mismo Código.

---

281 dando inmediato aviso al órgano judicial competente. 7º) Interrogar a los testigos. 8º) Aprehender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autoriza y disponer su incomunicación cuando concurran los requisitos del art. 205, por un término máximo de diez horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial. En tales supuestos deberá practicarse un informe médico a efectos de verificar el estado psicofísico de la persona al momento de su aprehensión. 9º) En los delitos de acción pública y únicamente en los supuestos del art. 285, requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso. 10) No podrán recibir declaración al imputado. Solo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los arts. 104, párrs. 1º y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento. Si hubiese razones de urgencia para que el imputado declare, o este manifestara su deseo de hacerlo, y el juez a quien corresponda intervenir en el asunto no estuviere próximo, se arbitrarán los medios para que su declaración sea recibida por cualquier juez que posea su misma competencia y materia. 11) Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad. Los auxiliares de la Policía y de las fuerzas de seguridad tendrán las mismas atribuciones, deberes y limitaciones que los funcionarios para los casos urgentes o cuando cumplan órdenes del tribunal".

(8) Se reguló expresamente la detención sin orden judicial, dado que "Los funcionarios y auxiliares de la Policía tienen el deber de detener, aun sin orden judicial: 1º) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo. 2º) Al que fugare, estando legalmente detenido. 3º) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y 4º) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad. Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, inmediatamente será informado quien pueda promoverla, y si este no presentare la denuncia en el mismo acto, el detenido será puesto en libertad".

(9) Este es caso de la flagrancia, puesto que "Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito".

(10) En tal sentido, se reguló la presentación del detenido: "El funcionario o auxiliar de la Policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda de seis horas, ante la autoridad judicial competente".

(11) En su art. 1º, estableció que "...si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese (...) para establecer su identidad".

(12) En efecto: "El juez ordenará la requisa de una persona, mediante decreto fundado, siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate. Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer serán efectuadas por otra. La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere, se indicará la causa. La negativa de la persona que haya de ser objeto de la requisa no obstará a esta, salvo que mediaren causas justificadas".

(13) En tal sentido: "Los funcionarios de la Policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves y buques, de cualquier clase, con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo siempre que sean realizadas: a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; y, b) en la vía pública o en lugares de acceso público. La requisa o inspección se llevará a cabo, de acuerdo a lo establecido por el 2º y 3º párr. del art. 230, se practicarán los secuestros del art. 231, y se labrará acta conforme lo dispuesto por los arts. 138 y 139, debiendo comunicar la medida inmediatamente al juez para que disponga

Este repaso de la normativa local no fue antojadizo, puesto que —tal como lo previó el legislador local— existen diferentes motivos para 1º) detener con orden, o 2º) sin ella, pero a su vez son distintos de ellos los fundamentos para 3º) requisar con orden judicial, o 4º) efectuarlo sin la mentada orden de un juez. Esta distinción —adelanto— es fundamental, puesto que los motivos, por ejemplo, que originan una detención sin orden judicial no van a resultar los mismos para avanzar en una requisa sin el mandato de un juez, puesto que —verdad de Perogrullo— surgen de artículos diferentes **(14)**.

Para cerrar este acápite, menciono que la regla es la libertad ambulatoria de la persona; la excepción es la privación de la libertad (detención/arresto/demora, etc.), y la excepción de la excepción es efectuar dicho acto impeditivo de libertad sin orden judicial. Obviamente, esto vale para las detenciones sin orden; para las requisas, la regla es la privacidad de las personas y excepcionalmente se puede quitar ese velo y entrometerse en la esfera de reserva.

III. La secuencia fáctica de la causa de Fernández Prieto y Tumbeiro

En relación con la causa "Fernández Prieto" **(15)**, el 26/05/1992, a las 19 horas, en circunstancias en que miembros del personal policial de la sección "Sustracción de automotores" recorrían la jurisdicción de General Pueyrredón, ciudad de Mar del Plata, observaron que circulaba un vehículo marca Renault 12 con tres sujetos en su interior en "actitud sospechosa", razón por la que lo interceptaron e hicieron descender a los ocupantes; lo requisaron en presencia de testigos, habiéndose hallado "ladrillos" característicos de picadura de marihuana tanto en el baúl como en el interior del vehículo. Asimismo, se incautaron un arma y proyectiles que se encontraban en el baúl **(16)**.

Con relación a "Tumbeiro", el 15/01/1998, a las 13.45 horas, en las inmediaciones de la calle Corea al 1700 de la Capital Federal, el personal policial detiene a Carlos A. Tumbeiro al considerar que su actitud en la vía pública resultaba sospechosa, porque su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero. No obstante acreditar su identidad con el documento que llevaba en su poder, ante el nerviosismo que exhibía, se lo condujo al interior del vehículo policial a fin de establecer, a través del sistema dígito radial, si registraba un pedido de captura, lo que arrojó un resultado negativo. Mientras se obtenía ese informe, se detectó que dentro del diario perteneciente al nombrado, que estaba a su lado en el asiento, había una bolsita con una sustancia que resultó ser cocaína. Ante este hallazgo, se convocó a testigos, se labró un acta de estilo y se procedió a la detención **(17)**.

Saltearé todo el trámite de las causas en las instancias locales y me centraré en el ámbito del sistema internacional de los derechos humanos, más específicamente en lo que resuelve la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IV. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cuadra poner de manifiesto que la sentencia de la Corte Interamericana proviene de un caso

---

lo que corresponda en consecuencia. Tratándose de un operativo público de prevención podrán proceder a la inspección de vehículos".

(14) En este orden, es doctrina del Alto Tribunal que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen y, por ende, se reconoce como principio que las leyes han de interpretarse siempre evitando conferirles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto (Fallos 300:1080; 315:727; 320:1090, entre otros). Asimismo, debe tenerse en cuenta que es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 310:937); y que la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan, comprendiendo ello no solo la armonización de sus preceptos, sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos 287:79).

(15) El suceso fáctico se describirá tal cual surge del precedente "Fernández Prieto" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 321.2947.

(16) Ello, sin perjuicio de que hubo una discusión acerca de dónde estaban efectivamente los "ladrillos" característicos de picadura de marihuana.

(17) El suceso fáctico se describirá tal cual surge del precedente "Tumbeiro" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 325:2485.

sin controversia, puesto que, en su instancia, el Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional **(18)** [una vez más **(19)**].

Sin perjuicio de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que Argentina es responsable por la violación de los arts. 7º (derecho a la libertad personal), 8º (garantías judiciales), 11 (protección de la honra y de la dignidad) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 (obligación de respetar y garantizar los derechos) y 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) del mismo instrumento, en perjuicio de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro y por la violación a los arts. 24 (igualdad ante la ley) y 1.1 (deber de no discriminación) de la Convención, en perjuicio del Sr. Tumbeiro.

Para llegar a esa solución, reitera los parámetros utilizados en el caso "Bulacio" **(20)** que deben ser cumplidos en el procedimiento policial para detener a las personas, así como el principio de legalidad **(21)**.

El contenido esencial del art. 7º de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado. La restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material) y, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en ellas (aspecto formal). Esto así, en mérito de que es la propia Convención la que remite al derecho interno del Estado en cuestión, motivo por el que tal remisión no supone que la Corte deje de fallar de acuerdo con la Convención, sino que precisamente debe hacerlo conforme a ella, y no según el referido derecho interno. La Corte no realiza, en tal eventualidad, un control de constitucionalidad ni tampoco de legalidad, sino únicamente de convencionalidad **(22)**.

En cuanto al requisito de legalidad de la detención, el tribunal señala que, al remitir a la Constitución y a las leyes establecidas "conforme a ellas", el estudio de la observancia del art. 7.2 de la Convención implica el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos tan concretamente como sea posible y "de antemano" en dicho ordenamiento en cuanto a las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física **(23)**.

(18) En el parág. 10 se expone: "Reconocimiento de responsabilidad. El 04/03/2020, el Estado remitió un escrito reconociendo su responsabilidad internacional respecto de la violación a los arts. 7º, 8º, 11 y 25 de la Convención en perjuicio de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro. Asimismo, aceptó su responsabilidad internacional respecto del Sr. Tumbeiro por la violación a los arts. 1.1 y 24 de la Convención".

(19) Lo hizo también, entre otros, el 11/05/2007, en el "Caso Bueno Alves vs. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, Serie C, nro. 164; 18/09/2003, "Caso Bulacio vs. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, Serie C, nro. 100; 31/08/2020, "Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, Serie C, nro. 410. En esos casos reconoció la República Argentina una responsabilidad total; en cambio, el 26/08/2011, en el "Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, Serie C, nro. 229, hubo un reconocimiento parcial de responsabilidad.

(20) Sentencia ya citada.

(21) En tal sentido, la libertad y la seguridad personal constituyen garantías para la detención o encarcelamiento ilegal o arbitrario. De esta forma, si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber de aplicar en todo momento procedimientos conformes a derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción. La finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos requiere que el Estado legisle y adopte diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales, en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida (conf. parág. 64).

(22) Conf. parágs. 65-66.

(23) Conf. parág. 67. Sin perjuicio de aclarar que, al momento de contextualizar sobre las detenciones sin orden judicial ni situación de flagrancia en Argentina, la Corte Interamericana expresa que, en su reconocimiento de responsabilidad internacional, suscrito el 04/03/2020, el Estado aceptó la totalidad de las conclusiones establecidas por la Comisión en su "Informe de fondo", lo cual incluye las concernientes a que las detenciones de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro se enmarcaron en un con-

La Corte advierte que el presente caso se relaciona con dos supuestos específicos de restricciones a los derechos por acciones de la Policía: la interceptación y el posterior registro del automóvil donde se transportaba el Sr. Fernández Prieto por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, y la detención con fines de identificación y requisa corporal del Sr. Tumbeiro por parte de la Policía Federal Argentina. Estos actos implicaron tanto una restricción a la libertad de movimiento como una revisión de las pertenencias que llevaban consigo, ya fuera en virtud del registro del automóvil, en el caso del Sr. Fernández Prieto, o por la requisa corporal del Sr. Tumbeiro. Asimismo, el tribunal recuerda que ambas retenciones llevadas a cabo por la Policía —en su labor de prevención del delito, y no como parte de una investigación penal— se transformaron en detenciones en virtud de las pruebas obtenidas durante el registro y la requisa, respectivamente. Por esta razón, ambos supuestos pueden ser analizados a partir de los derechos a la libertad personal y a la protección a la honra y la dignidad, reconocidos en los arts. 7º y 11 de la Convención **(24)**.

En aras de analizar el alcance de la responsabilidad internacional del Estado **(25)**, la Corte realizará un análisis jurídico de estas violaciones en el orden siguiente: a) el derecho a la libertad personal en relación con la interceptación del automóvil en que viajaba el Sr. Fernández Prieto y la detención con fines de identificación del Sr. Tumbeiro; y b) la protección a la honra y dignidad en relación con el registro del automóvil en que viajaba el Sr. Fernández Prieto y la requisa corporal del Sr. Tumbeiro **(26)**.

En relación con el análisis de la legalidad de la detención del Sr. Fernández Prieto, el tribunal internacional nota que el Código de Procedimientos preveía tres hipótesis para la detención de una persona sin orden judicial, a saber: a) que sea sorprendida *in fraganti delicto*, b) que existan indicios vehementes o semivehementes de culpabilidad, o c) que existiera algún tipo de prueba semiplena de culpabilidad. Sin embargo, el tribunal advierte que en momento alguno, durante el procedimiento seguido en contra del Sr. Fernández Prieto, los agentes policiales manifestaron —ni justificaron— que la interceptación del automóvil tuviera como base alguna de las tres hipótesis previstas por el art. 4º de dicho Código, o cualquier otra norma, para realizar una detención sin orden judicial. Los agentes de la Policía se limitaron a señalar que los sujetos que estaban en el vehículo tenían una "actitud sospechosa". Resulta claro que la presunta "actitud sospechosa" no era un supuesto asimilable a la flagrancia o bien a un posible "indicio vehemente o semiprueba de culpabilidad", como exigía la citada norma **(27)**.

La Corte Interamericana considera que esta omisión de justificar la detención del Sr. Fernández Prieto en alguna de las causales legales es claramente un incumplimiento del requisito de legalidad, pues los policías realizaron un acto que constituye una restricción a la libertad personal del Sr. Fernández Prieto —en tanto lo obligaron a detener el vehículo en el que viajaba; posteriormente lo obligaron a descender de él, procedieron a realizar un registro y, finalmente, lo privaron de su libertad—, actuando más allá de las facultades habilitantes que establecía el

texto general de detenciones practicadas sin orden judicial ni supuestos de flagrancia en Argentina. En el mismo orden, en su escrito de alegatos finales de 18/06/2020, el Estado reconoció que este "caso constituye un emblema de lo que se conoció en nuestro país, durante la década del 90, como el 'olfato policial', que implicaba actuaciones policiales descontroladas, incentivadas por políticas de seguridad pública basadas en operativos de prevención discrecionales, sin investigación ni inteligencia previa, y por ello, profundamente ineficientes". Asimismo, el Estado puntualiza que "este tipo de prácticas policiales fueron promovidas por políticas de seguridad que se definían bajo el paradigma de la llamada 'guerra contra las drogas' y que, además, resultaban amparadas por un inadecuado o inexistente control judicial" (conf. parág. 26).

(24) Conf. parág. 62.

(25) En relación con lo anterior, dado que el tribunal recuerda que el Estado reconoce su responsabilidad internacional porque en ambos supuestos las actuaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y de la Policía Federal Argentina no cumplieron con el estándar de legalidad, fueron arbitrarias y, además, constituyeron una injerencia en la vida privada de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro, por lo que resultan violatorias de los arts. 7.1, 7.2, 7.3 y 11 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 2º del mismo instrumento (conf. parág. 63).

(26) Conf. parág. 63.

(27) Conf. parág. 70.

Código de Procedimientos para realizar dichos actos sin orden judicial **(28)**.

El tribunal advierte que las diversas sentencias a nivel interno que se pronunciaron sobre la validez de la interceptación y registro del automóvil en que viajaba el Sr. Fernández Prieto se basaron en consideraciones relacionadas con la eficacia en la prevención del delito y con argumentos de naturaleza consecuencialista (los cuales validaban la actuación policial en virtud de los resultados obtenidos, es decir, de las pruebas recabadas), sin tomar en consideración si la actuación de la Policía se encuadraba dentro de los supuestos habilitantes previstos por el Código de Procedimientos para realizar una detención sin orden judicial. La Corte considera que, con independencia de la legitimidad de las razones mencionadas por los distintos tribunales que conocieron sobre el caso para justificar el registro y la posterior detención como una cuestión de cumplimiento del deber de prevención del delito, o bien porque las pruebas obtenidas en virtud de ella podrían demostrar la culpabilidad del Sr. Fernández Prieto, en las propias sentencias se confirma que la interceptación y el posterior registro y detención no fueron realizados en aplicación de la legislación vigente **(29)**.

En consecuencia, la interceptación del automóvil en que viajaba el Sr. Fernández Prieto, la cual deriva en su posterior registro, detención y procesamiento penal, constituye una violación a los arts. 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento. En virtud de lo anterior, la Corte no considera necesario analizar si los actos del Estado constituyeron violaciones a los arts. 7.3 y 7.5 de la Convención. Ello, sin perjuicio de que el Estado admitió su responsabilidad por la violación de dichos preceptos convencionales **(30)**.

Por otro lado, en relación con el análisis de la ilegalidad y arbitrariedad de la detención del Sr. Tumbeiro, la Corte recuerda que la Constitución argentina dispone que nadie puede ser "arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente". Por su lado, el Código Procesal Penal de la Nación, vigente a partir de octubre de 1992 —por lo tanto, vigente en la época de la detención del Sr. Tumbeiro en 1998—, establece en su art. 284 que "los funcionarios y auxiliares de la Policía tienen el deber de detener, aun sin orden judicial", a: a) quien "intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo"; b) quien se "fugare, estando legalmente detenido"; c) de manera excepcional, contra quien "hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención", y d) quien "sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad..." **(31)**.

La Corte Interamericana nota que, de conformidad con la ley 23.950, la retención temporal con fines de identificación debe estar debidamente fundada en circunstancias que "hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional". En ese sentido, en el caso concreto, el tribunal considera que ninguna de las razones que dio la Policía para retener al Sr. Tumbeiro y solicitarle su identificación constituían, en sí mismas o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitieran a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer un hecho delictivo o contravencional. Por el contrario, las razones que motivaron la detención con fines de identificación del Sr. Tumbeiro parecieron responder a preconceptos sobre cómo debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse

(28) Conf. parág. 71. Asimismo, la Corte indica que los tribunales internos que resolvieron sobre la legalidad de la interceptación del automóvil en que viajaba el Sr. Fernández Prieto, su registro y su posterior detención tampoco se pronunciaron sobre cómo esta se encuadraba en alguna las hipótesis previstas por el Código de Procedimientos en Materia Penal, sino que la validaron considerando que los policías actuaron en cumplimiento de su tarea de prevención del delito y por las pruebas obtenidas en virtud de dicha actuación.

(29) Conf. parág. 74.

(30) Conf. parág. 75.

(31) Conf. parág. 76.

ante la presencia policial y qué actividades debe realizar en ese lugar **(32)**.

Ante la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como "sospechosa", o de cierta reacción o expresión corporal como "nerviosa", obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el art. 7.3 de la Convención Americana. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socioeconómico, pueden derivar en una violación a los arts. 1.1 y 24 de la Convención **(33)**.

El uso de estos perfiles supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en ellos, y no la evaluación caso a caso sobre las razones objetivas que indiquen efectivamente que una persona está vinculada a la comisión de un delito. Por ello, la Corte señala que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y, por tanto, arbitrarias. En este caso, el contexto sobre detenciones arbitrarias en Argentina, el reconocimiento expreso de responsabilidad internacional por parte del Estado y la falta de explicaciones sobre el carácter sospechoso atribuido al Sr. Tumbeiro, más allá de su nerviosismo, su manera de vestir y el señalamiento explícito de que esta no era propia de la zona "de gente humilde" por la que caminaba, evidencian que no hubo indicios suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo, sino que la detención se efectuó *prima facie* debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto y por utilizar un atuendo juzgado por ellos como inadecuado, con base en una preconcepción subjetiva sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área, lo que comporta un trato discriminatorio que torna en arbitraria la detención **(34)**.

La Corte considera que ninguna de las circunstancias indicadas por los agentes de la Policía Federal Argentina que motivaron la detención con fines de identificación, posteriormente analizadas por los tribunales en las diversas etapas del proceso, se podían asimilar a la flagrancia o los "indicios vehementes o semivehementes de culpabilidad" que se señalan en el Código Procesal Penal, ni a las "circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad" a las que se refiere la ley 23.950 para detener a una persona con fines de identificación. Por el contrario, el tribunal considera que se trató de una detención basada en prejuicios por parte de la Policía y, posteriormente, convalidada por los tribunales internos en virtud de los fines que perseguía y las pruebas obtenidas **(35)**.

(32) Conf. parág. 79. Este escenario concuerda con lo señalado por la perita Sofía Tiscornia sobre la calificación no objetiva de la actitud o apariencia de una persona como sospechosa con fundamento en ideas preconcebidas por los agentes policiales sobre la presunta peligrosidad de ciertos grupos sociales y los elementos que determinan la pertenencia a estos. La Corte recuerda que los estereotipos consisten en preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado. El empleo de razonamientos estereotipados por parte de las fuerzas de seguridad puede dar lugar a actuaciones discriminatorias y, por consiguiente, arbitrarias (conf. parág. 80).

(33) Conf. parág. 81. En concordancia con lo anterior, el perito Juan Pablo Gomara enfatizó lo siguiente: "Atribuir a una persona la sospecha de un comportamiento ilegal por la sola circunstancia de ser joven y usar determinada ropa, ser pobre, estar en situación de calle, ser mujer trans, etc. importa claramente un trato discriminatorio, prohibido por el derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, los cuerpos de seguridad ejercen en gran medida la facultad de identificación y registro a través del uso de perfiles discriminatorios".

(34) Conf. parág. 82.

(35) Conf. parág. 86. En este punto, el tribunal advierte lo mencionado por la perita Sofía Tiscornia en el sentido de que "los motivos de detención que las fuerzas de seguridad esgrimen hacen referencia a una serie limitada de fórmulas burocráticas que lejos están de identificar la diversidad y particularidad de las circunstancias de las detenciones", y que "el uso de clichés tales como 'gestos nerviosos', 'acelerar el paso', 'esquivar la mirada policial', 'merodear por las inmediaciones', 'alejarse del sitio en forma presurosa' o 'quedarse parado en una esquina', solo para dar unos pocos ejemplos, dan cuenta de la vaguedad de las razones aducidas".

Lo anterior permite concluir que la detención del Sr. Tumbeiro no cumple con el requisito de legalidad y, por lo tanto, constituye una violación de los arts. 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento. De igual modo, el hecho de que la detención no obedeciera a criterios objetivos, sino a la aplicación por parte de los agentes policiales de estereotipos sobre la apariencia del Sr. Tumbeiro y su presunta falta de correlación con el entorno por el que transitaba, hacen de la intervención policial una actuación discriminatoria y, por ende, arbitraria, que resulta violatoria de los arts. 7.3 y 24 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento **(36)**.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recalca la insuficiencia normativa y la existencia de una práctica inconvencional en ambos casos. En tal sentido, el tribunal internacional considera que la verificación de elementos objetivos antes de realizar una interceptación de un vehículo o una detención con fines de identificación se vuelve particularmente relevante en contextos como el argentino, donde la Policía ha normalizado prácticas de detenciones por sospecha de criminalidad, justificando dicha actuación en la prevención del delito, y donde adicionalmente los tribunales internos han convalidado este tipo de prácticas **(37)**.

El tribunal recuerda que la interceptación del automóvil del Sr. Fernández Prieto y la detención con fines de identificación del Sr. Tumbeiro incumplieron con el requisito de legalidad, al haber sido realizadas incumpliendo con los supuestos habilitantes por la ley para realizar dichos actos, y que fueron en cambio avaladas en función del deber de prevención del delito y de las pruebas obtenidas. Sin embargo, la Corte considera que, aun en el supuesto de que la acción policial se hubiera enmarcado en los supuestos de excepción de detención sin orden judicial en la normativa vigente, la forma genérica e imprecisa en que estaban contemplados al momento en que ocurrieron los hechos permitía que cualquier tipo de "sospecha" de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener a una persona. De esta forma, el tribunal observa que el art. 4º del Código de Procedimientos, el art. 284 del Cód. Proc. Penal de la Nación y el art. 1º de la ley 23.950 son normas significativamente ambiguas en lo que respecta a los parámetros que permiten detener a una persona sin orden judicial ni estado de flagrancia. En definitiva, la ausencia de parámetros objetivos que legítimamente pudiesen justificar una detención sobre la configuración de los elementos previstos por la normativa, y la inexistencia de una obligación posterior de justificar un registro o una requisa con independencia de los resultados obtenidos por ella, generaron un espacio amplio de discrecionalidad que derivó en una aplicación arbitraria de las facultades en cabeza de las autoridades policiales, lo cual, además, fue avalado mediante una práctica judicial que convalidó dichas detenciones sobre la base de criterios generales, como la prevención del delito, o *ex post*, por las pruebas obtenidas **(38)**.

En relación con la protección de la honra y de la dignidad, sostiene la Corte que en el caso del Sr. Fernández Prieto, la Corte recuerda que el vehículo en el que se transportaba fue interceptado el 26/05/1992 por agentes de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, quienes efectuaron un registro de este con base en la presunta "actitud sospechosa" de sus ocupantes. La Corte recuerda que el Código de Procedimientos, vigente al momento de tales hechos, no contemplaba ninguna disposición específica que facultara a los agentes policiales a registrar un automóvil sin una orden judicial previa. En tanto las restricciones al derecho a la vida privada deben, como primer requisito para no ser cata-

(36) Conf. parág. 87.

(37) Conf. parág. 96. En ese sentido, la Corte reitera lo mencionado por la perita Sofía Tiscornia en audiencia pública respecto a la "práctica" por parte de las fuerzas de seguridad argentinas de "detener para hacer estadística", a fin de "responder ostensiblemente a demandas de seguridad de grupos acotados de vecinos", que en el peor de los escenarios comporta "fraguar delitos o inculpar personas inocentes y desprotegidas" y cuya persistencia se facilita por un "escaso, cuando no nulo, control judicial de las detenciones policiales". Lo anterior —argumentó la perita— "ha resultado en la legitimación de controles poblacionales abusivos, hostigamientos a jóvenes y trabajadores pobres, detenciones sin registros, allanamientos y requisas sin controles" contra "un número relevante de personas".

(38) Conf. parág. 97.

logadas como abusivas o arbitrarias, estar "previstas en la ley" y, en este caso, la inspección sin orden judicial de un vehículo detenido en un control policial no estaba contemplada expresamente en la normativa procesal vigente, la Corte estima que el registro del automóvil en que viajaba el Sr. Fernández Prieto constituye una injerencia ilegal en su vida privada y un incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno **(39)**.

En lo que respecta al Sr. Tumbeiro, el tribunal considera que un registro corporal puede tener una incidencia y constituir una afectación a la protección de la honra y la dignidad. Por esta razón, los registros corporales que realicen las autoridades a personas detenidas deben realizarse en debida consideración a los límites impuestos por la Convención Americana. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso similar al presente, ha tratado el ámbito de protección del derecho a la vida privada respecto de los registros de personas en el espacio público. En palabras de dicho Tribunal: "Con independencia de que en cualquier caso la correspondencia, los diarios u otros documentos privados personales, se hallen o se lean, o se encuentren otros objetos íntimos durante el registro, el Tribunal considera que el uso de los poderes coercitivos conferidos por la legislación, para exigir a una persona a someterse a un registro detallado, de su persona, su ropa y sus objetos personales, equivale a una clara injerencia en el derecho al respeto de la vida privada. Aunque el registro se lleve a cabo en un lugar público, esto no significa que el art. 8º no sea de aplicación. De hecho, el Tribunal opina que el carácter público del registro puede en ciertos casos, agravar la gravedad de la lesión, debido a los factores de humillación y vergüenza. Los objetos tales como bolsos, carteras, cuadernos y diarios, pueden incluir, además, información personal con la que el propietario pueda sentirse incómodo por haberse expuesto a la vista de sus compañeros o del público en general" **(40)**.

Si bien el art. 184, inc. 5º, del mismo Código establecía una excepción a la perentoriedad de procurar una orden judicial en casos de urgencia, la Corte advierte, por un lado, que la propia normativa no contemplaba una definición de "urgencia", por lo que otorgaba un amplio margen de discrecionalidad a los agentes policiales para realizar este tipo de intervenciones sin un control judicial previo, lo que evidentemente podía dar lugar a injerencias arbitrarias; y, por el otro, que en el caso del Sr. Tumbeiro no se acredita que hubiera mediado ningún supuesto de urgencia, pues: a) se identifica debidamente ante los agentes policiales, facilitándoles su documento de identidad, y b) estos pudieron comprobar dicha información vía radial y verificaron que "no pose[ía] impedimento legal alguno hasta el momento". La Corte observa que, a pesar de haber podido comprobar la identidad del Sr. Tumbeiro, los agentes policiales procedieron con la requisa corporal sobre la base de conjeturas o apreciaciones meramente subjetivas, que, ante la ausencia de elementos objetivos, resultaban insuficientes para presumir el ocultamiento de objetos relacionados con la comisión o participación en un delito **(41)**.

Así las cosas, la Corte advierte que la requisa personal del Sr. Tumbeiro constituye una injerencia ilegal a su vida privada que además resultó arbitraria y desproporcionada, en la medida en que a) la norma invocada para su justificación resultaba imprecisa y contraria al principio de tipicidad, porque no definía los supuestos de urgencia para proceder a una requisa sin orden judicial; b) incluso si se omitiera dicha indefinición normativa, los agentes policiales nunca acreditaron una situación de urgencia, máxime porque la finalidad inicial de la detención era la comprobación de su identidad, cuya información fue facilitada por el propio Sr. Tumbeiro y comprobada vía radial por los agentes policiales; c) la "sospecha" basada en el estado emocional o la idoneidad o no de la reacción o forma de vestir del Sr. Tumbeiro constituye una apreciación subjetiva que, ante la ausencia de elementos objetivos, de ningún modo demuestra la necesidad de la medida; d) aun si se admitiera que lo anterior constituye un motivo suficiente o "urgente" para proceder con la requisa, el hecho de que excediera el palpamiento superficial sobre la ropa del Sr. Tumbeiro y este fuera obligado a desnudarse resulta despropor-

(39) Conf. parág. 103.

(40) Conf. parág. 104.

(41) Conf. parág. 107.

cionado, pues supuso una grave afectación de la intimidad del Sr. Tumbeiro sin que la medida persiguiera la satisfacción de bienes jurídicos relevantes. En consecuencia, la Corte advierte que la requisa corporal del Sr. Tumbeiro resultó violatoria del art. 11 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 2º del mismo instrumento **(42)**.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte estima que el Estado es responsable por la violación del art. 11 en perjuicio del Sr. Fernández Prieto, en relación con los arts. 1.1 y 2º de la Convención, toda vez que la Policía procedió a realizar una requisa del vehículo en que viajaba, aun cuando no estaba legalmente facultada para ello, así como por la violación de dicho artículo en perjuicio del Sr. Tumbeiro, en relación con los arts. 1.1 y 2º del mismo instrumento, pues los agentes policiales no acreditaron sobre la base de criterios objetivos la necesidad de realizar la requisa corporal, y esta resultó desproporcionada, además de que la normativa aplicable no precisaba cuáles eran los casos cuya urgencia justificaba la práctica de dicha medida sin orden judicial **(43)**.

Para finalizar, remarco como una cuestión importante que la Corte Interamericana obliga a la República Argentina a crear un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a las detenciones, registro y requisas cuando no media orden judicial **(44)**.

A partir de lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se desarrollará, en los acápites venideros, un lineamiento sobre los puntos neurálgicos reseñados en el fallo, con breves referencias a las situaciones particulares de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro.

V. La detención efectuada sin orden judicial

Como dije anteriormente, cuadra volver a poner de manifiesto que en nuestro sistema jurídico la libertad individual es la regla, y la detención basada en orden escrita de autoridad competente es la excepción. Se aduna a ello la excepción de la excepción, que es cuando las fuerzas de seguridad detienen sin orden judicial **(45)**, motivo por el cual su procedencia es extremadamente restringida.

En materia de detenciones con orden judicial se requiere que existan motivos para recibir al imputado una declaración indagatoria en conexión con un delito que tenga amenaza de

(42) Conf. parág. 108. También la Corte recuerda que las requisas corporales solo pueden ser efectuadas previa orden judicial debidamente motivada. Sin perjuicio de ello, si bien pueden existir situaciones excepcionales en las que la prevención del delito, como un fin legítimo cuya consecución es atribuida a los cuerpos de seguridad estatales, y ante la imposibilidad de procurar una orden judicial previa, pueda justificar la práctica de una requisa, la Corte estima que esta en ningún caso puede resultar desproporcionada y tampoco puede superar el palpamiento superficial de las ropas de una persona, implicar su desnudez o atentar contra su integridad (conf. parág. 109).

(43) Conf. parág. 110.

(44) A mayor abundamiento, dice: "127. El tribunal entiende que es necesario recolectar información integral sobre la actuación de las fuerzas de seguridad para dimensionar la magnitud real del fenómeno de detenciones, registros y requisas y, en virtud de ello, diseñar las estrategias para prevenir y erradicar nuevos actos de arbitrariedad y discriminación. Por tanto, la Corte ordena al Estado que diseñe inmediatamente, e implemente en un plazo de un año, a través del organismo estatal correspondiente, un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a las detenciones, registros y requisas cuando no media orden judicial, con el fin de evaluar con precisión y de manera uniforme el tipo, la prevalencia, las tendencias y las pautas de la actuación de la Policía en Argentina. Además, se deberá especificar la cantidad de casos que fueron efectivamente judicializados, identificando el número de acusaciones, condenas y absoluciones. Esta información deberá ser difundida anualmente por el Estado a través del informe correspondiente, garantizando su acceso a toda la población en general, así como la reserva de identidad de las personas detenidas o intervenidas. A tal efecto, el Estado deberá presentar a la Corte un informe anual durante tres años a partir de la implementación del sistema de recopilación de datos, en el que indique las acciones que se han realizado para tal fin".

(45) También puede detener a un particular de conformidad con el Código Procesal Penal de la Nación, en el art. 287: "En los casos previstos en los incs. 1º, 2º y 4º del art. 284; los particulares serán facultados para practicar la detención, debiendo entregar inmediatamente el detenido a la autoridad judicial o policial". De acuerdo con dicho artículo: "Los funcionarios y auxiliares de la Policía tienen el deber de detener, aun sin orden judicial: 1º) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo. 2º) Al que fugare, estando legalmente detenido (…). 4º) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad".

pena de prisión y sin que parezca procedente, en principio, una condena de ejecución condicional **(46)**. Además, en relación con las requisas personales, se exige del juez el decreto fundado en que "...haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito" **(47)** (aunque esta cuestión se analizará en otro apartado).

No obstante, cuando las fuerzas de seguridad actúan sin orden judicial, con invocación de la urgencia, ella está como mínimo constreñida por los mismos recaudos que demanda la existencia de motivos previos para actuar. En realidad, hay casos donde es claro que a la Policía se le está exigiendo más que al juez. Así, mientras que para una detención por orden judicial alcanza con que haya motivos para recibir la declaración indagatoria del imputado —lo cual presupone únicamente un estado de sospecha, art. 294, Cód. Proc. Penal—, más la improbabilidad de condena condicional, para una detención policial sin orden de juez se exigen la presencia de los "indicios vehementes de culpabilidad" y el "peligro inminente de fuga" (art. 284, Cód. Proc. Penal), lo cual indica un nivel aún mayor. Sin embargo, en materia de requisa sin orden, el legislador expresa claramente su intención de que jueguen, respecto de la Policía, los mismos recaudos que guían la actuación de los jueces **(48)**.

En tal sentido, si la Policía tuviera un estándar de exigencias menor, o sea, si se le permitiera actuar en áreas restrictivas de derechos constitucionales en condiciones en que eso mismo le estuviera vedado a un juez, es notorio que el principio básico de la preferencia por la intervención de un magistrado se vería notoriamente desdibujado. En ese esquema indeseable, es claro que la Policía carecería de todo incentivo para buscar la orden judicial de detención y/o requisa, puesto que la Policía sentiría que es más lo que puede hacer sin orden judicial que actuando con ella. En suma, ante la existencia de los motivos previos para actuar, a la Policía le son exigibles, como mínimo, los mismos recaudos que a los magistrados **(49)**. En definitiva, las fuerzas de seguridad no pueden estar en mejores condiciones que un juez al momento de disponer una medida intrusiva en los derechos fundamentales de una persona.

Sentado lo expuesto, en cuanto a lo que aquí interesa, el art. 284 regula expresamente la detención sin orden judicial, dado que "Los funcionarios y auxiliares de la Policía tienen el deber de detener, aun sin orden judicial: 1º) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo. 2º) Al que fugare, estando legalmente detenido. 3º) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpe-

(46) En efecto, se encuentra regulado en el art. 282: "Cuando el delito que se investigue no esté reprimido con pena privativa de la libertad o parezca procedente una condena de ejecución condicional, el juez, salvo los casos de flagrancia, ordenará la comparecencia del imputado por simple citación. Si el citado no se presentare en el término que se le fije ni justificare un impedimento legítimo, se ordenará su detención"; y en el art. 283: "Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el juez librará orden de detención para que el imputado sea llevado a su presencia, siempre que haya motivo para recibirle indagatoria. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y el hecho que se le atribuye, y será notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después, con arreglo al art. 142. Sin embargo, en caso de suma urgencia, el juez podrá impartir la orden verbal o telegráficamente, haciéndolo constar".

(47) Según el art. 230 del Cód. Proc. Penal, que fue citado.

(48) CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías constitucionales en el proceso penal", 6ª ed. actual. y ampl., Ed. Hammurabi, 2014, p. 259.

(49) CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías constitucionales...", ob. cit., ps. 259-260. Agrega el autor: "Es justamente a través de la orden judicial de detención, allanamiento, registro, etc., que se le imponen límites a nuestras fuerzas del orden, de manera de que no transformen su actividad en más allá de lo estrictamente necesario para obtener el fin deseado por el procedimiento coercitivo en cuestión. Así, será en la orden judicial de que se trate de que se le indicará al policía actuante qué es aquello en concreto que está autorizado a registrar, qué lugar en particular puede invadir y qué persona determinada está facultada a detener. Nuevamente, si el principio fuera que la Policía no está constreñida por los mismos recaudos que los magistrados, y que aquella puede disponer medidas coercitivas en casos o de una manera en que no podrían hacerlo los jueces, todo este esquema de limitaciones a la actuación de las fuerzas del orden cuando ejecutan órdenes judiciales, perderían, razón de ser. El principio de que la Policía no debe estar mejor cuando actúa por las suyas que cuando cumple un mandato judicial, exhibe en este punto toda su importancia" (ob. cit., ps. 260-261).

cimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y 4º) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad. Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, inmediatamente será informado quien pueda promoverla, y si este no presentare la denuncia en el mismo acto, el detenido será puesto en libertad" **(50)**.

Se desprende de la normativa que, en los casos "Fernández Prieto" y "Tumbeiro", se deben descartar los incs. 1º, 2º y 4º; por decantación, solo sería aplicable el inc. 3º, que se caracteriza por su especial excepcionalidad y por la necesidad de individualizar indicios vehementes de culpabilidad. Sobre ese marco, se observa una manifiesta ausencia de datos objetivos ("indicios vehementes de culpabilidad") que hubieran permitido al personal policial proceder por esta vía de excepción a la aprehensión de los imputados.

Los "indicios vehementes de culpabilidad" implican la concurrencia necesaria de la existencia de un hecho o circunstancia que sean generadores de una alta probabilidad de acreditar que la persona que se va a privar de la libertad personal es autora, partícipe o instigadora de un delito. Así dadas las cosas, dicha manda se relaciona con la situación de flagrancia **(51)**, o sea, con la situación de circunstancias debidamente fundadas —para un espectador imparcial— que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo **(52)**.

Por un lado, en relación con "Fernández Prieto", la Policía no expone en forma concreta cuáles fueron los motivos para detener la marcha de un auto con tres pasajeros. En efecto, se deduce que conducir un auto cumpliendo las normas de tránsito (no habían salteado un semáforo en rojo) o estar sentado en un auto como acompañante es una conducta estereotipada que no conlleva una "sospecha" de que las personas están cometiendo un hecho delictivo o prontas a realizarlo. Nótese que una conducta estereotipada —estar juntamente con otras dos personas en un auto o caminar por la calle (aun portando documento de identidad)— no puede ser el fundamento de una detención sin orden judicial. Máxime cuando a las fuerzas de seguridad se les debe exigir al menos los mismos requisitos que a un juez al actuar, o sea, una orden judicial. La detención solo se basa en la propia voluntad de las fuerzas de seguridad, al querer parar a un auto con personas adentro del habitáculo: un típico caso de operativo de pesca por el manido olfato policial **(53)**.

(50) Hago referencia a la normativa actual, y no a la anterior, a los fines didácticos de este artículo. Ello, debido a que durante la causa "Fernández Prieto" estaba vigente el Código de Procedimientos en Materia Penal.

(51) Descripta en el art. 185 del Cód. Proc. Penal.

(52) En el marco establecido, ya no queda margen para retenciones policiales por fuera de las que se produzcan debido a casos de flagrancia o cuasiflagrancia, es decir, aquellas que se realicen durante la comisión de un delito o bien inmediatamente finalizado este y si se presentasen indicios suficientes que permitieran sostener razonablemente a un observador externo que la persona en cuestión acaba de participar en un hecho ilícito (ADLER, Federico — MURAD, Andrés, "Hacia nuevos límites internacionales respecto de la arbitrariedad policial. A raíz del caso 'Fernández Prieto' y 'Tumbeiro' de la Corte Interamericana", LA LEY del 30/12/2020, 6; LL AR/DOC/3792/2020).

(53) En relación con el "olfato policial", se lo puede definir como una "Destreza indefinida e imprecisa que se argumenta detrás de una afirmación ambigua como 'me gustó'. El 'olfato' no aparece entre los saberes que se enseñan en la instrucción formal y por ello es difícil de definirlo. Además, su conocida ilegalidad impide una presentación más formalizada. El 'olfato' es una técnica que actúa sobre la potencialidad y no sobre el delito, por ello es ilegal y ocultado por los miembros de la fuerza. El mismo se define en la sagacidad y la astucia del que puede diferenciar delincuentes de honestos ciudadanos con solo mirarlos. La mirada policial observa particularidades, que, según ellos, definen a los que han elegido la 'mala vida'..." (GARRIGA ZUCAL, José, "Usos y representaciones del 'olfato policial' entre los miembros de la Policía bonaerense", Revista de Estudios de Conflicto y Control Social, vol. 6, nro. 3, jul./ago./sept. 2013, p. 491). Sin embargo, "el 'olfato' articula estigmas sociales con saberes policiales, sobre los actores de un determinado espacio y las formas de la delincuencia. Un conocimiento empírico, basado en la cotidianeidad laboral, que establece inferencias y permite equivalencias y segregación", como por ejemplo "...los ocupantes de un coche se vuelven sospechosos por usar gorritas, por escuchar música cumbia o por ser morochos. Pero además pueden ser reconocidos por ser los que se reúnen —paran— en tal lado, por los tatuajes tumberos, por el merodeo sobre un determinado punto, etc." (cfr. ob. cit., p. 504). En definitiva, "El 'olfato' es, entonces una técnica, destreza, que articula saberes aprendidos en diferentes interacciones, es

Por otro lado, con relación a "Tumbeiro", se lo detiene porque "su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero". En efecto, para actuar sin orden judicial, el policía interviniente tiene que estar frente a un sospechoso de cometer o haber cometido un delito determinado, y no simplemente frente a alguien mal vestido, mal afeitado o con cara de pocos amigos. Desde mi escala de valores, es tan claro que cualquier persona tiene el derecho de vestirse y comportarse como mejor le plazca, que meterse con ella solo por esa razón —aunque se dé la circunstancia de que la requisa de sus pertenencias sea fructífera— es un acto estatal ilegítimo, que no puede ser fuente de una posterior condena judicial **(54)**.

Bajo el tamiz objetivo y subjetivo de un observador imparcial, lo que provoca la detención de Tumbeiro a los fines de su identificación es, objetivamente, que se encontraba caminando por la calle; y —a la par— subjetivamente, que tenía una indumentaria *inusual* **(55)**; y nada hay más impreciso, incierto e improbable que *mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero*. Si por un momento admitimos ello, el variopinto de premisas para detener (más allá del solo caminar) es incontable y dependerá del "olfato" de cada miembro de las fuerzas de seguridad; v.gr., la persona que denota nerviosismo al ver a la Policía; que al ver el móvil policial cambia de actitud y de rumbo, o comienza a caminar rápido; que merodea la zona y mira hacia ambos lados; que acelera la marcha de la bicicleta, etcétera.

Por lo demás, la mera invocación de la situación de ponerse "nervioso" no puede resultar suficiente para justificar una intromisión en los derechos de una persona, tales como detenerla y requisarla. Es que las referencias a elementos objetivos deben ser concretas y circunstanciadas; se debe explicar qué conductas concretas fueron percibidas como constitutivas de "indicios vehementes de culpabilidad" para así fundamentar la urgencia de la detención y el peligro de fuga exigido por la norma.

En definitiva, es sumamente importante conocer a partir de qué circunstancias se infiere que se está frente a un sospechoso, además de cuál es la actitud o qué era lo que el agente preventor debía sospechar. Para cubrir tales interpelaciones no alcanza con que la autoridad policial alegue una "causa eficiente", "causa probable", "estado de sospecha", "indicios vehementes de culpabilidad", "olfato policial" o cualquier otro sermón estereotipado del asunto, sino que, necesariamente, debe persuadirse de ese "estado" y dejar nota de las razones impersonales de base que instituyen el curso perceptible de inequivocidad. Es decir, se debe dejar expresa mención de cuáles son las circunstancias que, en concreto, llevan a las autoridades policiales a lograr tal o cual desenlace convictivo, así como también a partir de qué circunstancias se infiere que un sujeto es sospechoso, o qué, de quién y porqué, finalmente, habría de sospecharse **(56)**.

Por eso, esta detención —como medida preventiva— tiene que basarse en razones objetivas, es decir que deben existir motivos fundados en datos capaces de traslucir una sospecha o aprehensión de una situación de riesgo concreta o potencial para la seguridad pública. Esta exigencia busca, por un lado, proteger los derechos ciudadanos contra injerencias policiales arbitrarias; y, por otro, permitir que la legitimidad de la detención pueda ser controlada tanto por los superiores del funcionario que la practica como por las autoridades judiciales. La "sospecha razonable" que justifica un arresto es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser detenida es probablemente autora o partícipe de un delito, mientras que la simple convicción del agente policial no consti-

---

el resultado de la inclusión de los policías en dos mundos relacionales distintos. Ensambla un conjunto de discriminaciones que están más allá de los límites del mundo policial con saberes específicos del hacer policial, la mirada siempre atenta, los lenguajes corporales vinculados a la delincuencia y el conocimiento del territorio en donde trabajan saberes articulados con estereotipos —socialmente estipulados— generan un esquema de acción: el del 'olfato' policial" (cfr. ob. cit., p. 507).

(54) CARRIÓ, Alejandro, "Facultades policiales en materia de arrestos y requisas. ¿Qué puede o debe hacer la Policía y qué no?", LA LEY 1988-E, 269; LL AR/DOC/1930/2001.

(55) Escapa al suscripto definir una indumentaria usual.

(56) BIANCHI, Luciano, "Detenciones ilegales. Actitud de sospecha", DPyC 2018 (diciembre), 20/12/2018, 149; LL AR/DOC/2245/2018.

tuye un motivo fundado, por lo que conduce a un arresto arbitrario **(57)**.

Dicho con otro giro, esas detenciones, sin verdaderas y objetivas razones justificantes, nos dejarían en blanco, es decir, sin saber el porqué de esa injerencia sobre el particular y de la razonabilidad de tal obrar —acaso una "corazonada", mera subjetividad del funcionario actuante, o un claro designio torcido que concluye en una coerción en concreto—. Es una restricción en menoscabo de la "primera de las garantías": conocer por qué la actitud, en el marco de las circunstancias del caso, es sospechosa. De lo contrario, en muy poco o en nada serían compatibles con la fortaleza del art. 18 de la Ley Fundamental **(58)**.

En otro orden de ideas, se echa mano de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos para validar el procedimiento, pero si se quiere legitimar la interceptación de una persona que camina en la vía pública a partir del criterio del fallo "Terry vs. Ohio" de la Corte Suprema de los Estados Unidos, debe analizarse el caso conforme a los parámetros que de allí surgen y la jurisprudencia que lo actualiza **(59)**. Como surge del fallo comentado, aun cuando la mayoría acepta la interceptación del ciudadano (privándolo de su libertad) y su requisa, se explica detalladamente cuáles eran las razones que justificaron ese accionar. No es válido citar estos precedentes en forma errónea, al confundir el concepto de "sospecha razonable" y "causa probable", introduciendo el criterio de actitud sospechosa, sin explicación alguna, por la sencilla razón de que este concepto no se presenta en la jurisprudencia de los Estados Unidos. Si la función de la Corte es guiar a los tribunales inferiores con valiosas citas de casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sería interesante que las referencias sean adecuadas al caso analizado **(60)**.

En tal sentido, interesa destacar que el precedente "Terry vs. Ohio" de la Corte de los Estados Unidos no resulta aplicable para considerar válida la detención, puesto que no guarda identidad fáctica alguna y se hizo una interpretación forzada de la jurisprudencia de su par norteamericana. Ello debido a que "...el precedente 'Terry vs. Ohio' (392 US 1; 1968) autoriza a la Policía que está investigando un delito —aun cuando las circunstancias no hayan llegado al punto de causa probable que exige la Cuarta Enmienda— a 'cachear' al sospechoso para quitarle el arma y

(57) BIANCHI, Luciano, "Detenciones ilegales...", ob. cit. Asimismo, enfatiza: "En los Estados Unidos se lucha contra el terrorismo, y el Poder Judicial se encuentra abocado a determinar cuáles son los límites a la actividad del gobierno en esta actividad, para proteger a los ciudadanos a la luz de las garantías constitucionales que protegen su libertad y privacidad. Este tipo de políticas estatales, que resultan similares a las que desarrolla el gobierno nacional para reducir la criminalidad, no deben llevar al Poder Judicial a utilizar criterios que ayuden a las fuerzas policiales a costa de reducir las protecciones previstas en los arts. 18 y 19, CN, que garantizan la libertad personal y la privacidad de los ciudadanos frente a las intromisiones del gobierno. Este tipo de decisiones judiciales involucran la libertad de movimiento de las personas, y cuando existe un planteo sobre la exclusión de la prueba como consecuencia de una violación al art. 18, CN (como el caso de la Cuarta Enmienda en los Estados Unidos) la respuesta no debe ser el distorsionar la esencia del debido proceso previsto en el art. 18, CN, para limitar la exclusión probatoria. Las decisiones de la Corte son muy importantes, por cuanto definen el ámbito de libertad y privacidad de las personas".

(58) MORELLO, Augusto M., "La 'actitud sospechosa' como causal de detención de personas", LA LEY 1999-B, 282; LL AR/DOC/11482/2001.

(59) Máxime cuando, al comentar el precedente "Hudson vs. Michigan" de la Corte de los Estados Unidos, se asevera: "la única conclusión que cabe extraer de esta reciente sentencia es que la tendencia estadounidense es a sustituir la regla de exclusión por remedios civiles o disciplinarios adecuados. Con otras palabras: las pruebas ilícitas podrán valorarse en el juicio oral con independencia de las acciones civiles y/o disciplinarias que se ejerciten contra los agentes de Policía funcionarios públicos que hayan obtenido dichos materiales probatorios ilícitos, ya que, en términos generales, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cuentan con un mayor grado de profesionalización hoy en día que cuando surgió la *exclusionary rule*" (conf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso 'Hudson vs. Michigan' y el ocaso de la *exclusionary rule en los EE.UU.*", RDP 2008-5, 731; LL AR/DOC/8988/2012). Sentado ello, aunque dependerá de cada caso concreto, se puede afirmar que la jurisprudencia de Estados Unidos que hace caso omiso de la regla de exclusión, al fundar la sentencia en prueba ilícita (y al dejar subsistentes remedios civiles o disciplinarios adecuados), sería directamente inaplicable a un caso judicial en la República Argentina.

(60) PINTO, Ricardo M., "La detención de personas por parte de la Policía sin orden judicial a partir de una 'sospecha razonable' en la Corte Suprema de los Estados Unidos", AP 0003/011014.

de este modo preservar su seguridad física o la de un tercero en el curso de una investigación. Para ello el policía debe demostrar cuáles eran las circunstancias sospechosas y que además el individuo podía tener un bulto entre las ropas o en otro lugar donde ocultaba un arma. Pero en modo alguno 'Terry vs. Ohio' otorga el poder a la Policía para llevar arrestos al mayoreo al margen de la ley" **(61)**.

Dicho sea de paso, ni que hablar de que el derecho a un debido proceso puede interpretarse de tal manera que aglutine todo tipo de normativa procesal tanto de obtención como de valoración de prueba. De hecho, dicha Enmienda ha sido utilizada en ciertas ocasiones como "cajón de sastre" para hacer frente a los casos más sangrantes de obtención de pruebas ilícitas **(62)**.

Por lo tanto, la detención de un ciudadano no puede ser convalidada sin una causa probable que la autorice; en este entendimiento, ni siquiera le pueden ser requeridos sus documentos, pues ello implica ya su detención y el pleno despliegue de la coerción estatal. Es por ello que no existe la facultad policíaca de identificación "pura" o "directa" frente al ciudadano que recorre o se detiene en las calles o lugares públicos, y la demora de una persona con ese propósito está supeditada, rigurosamente, al presupuesto genérico del arresto sin orden judicial ("indicio vehemente de culpabilidad" o —en el vocabulario de la jurisprudencia norteamericana— "causa probable") **(63)**.

Concatenado a lo expuesto, es de suma importancia que el acto sea debidamente volcado al labrarse el acta relativa al procedimiento realizado. Corresponde subrayar la nodal importancia de relatar pormenorizadamente los acontecimientos y eventos que específicamente formaron la sospecha policial que dio origen a la requisa y/o inspección **(64)**. La respectiva acta policial deberá estar motivada cuando menos respecto de los siguientes elementos: I. de qué forma tuvo conocimiento de la sucesión de un delito, dando cuenta de esta —v.gr., llamado al 911, aviso realizado por un vecino o víctima del hecho al cruzarse con un patrullero—; II. qué circunstancias le permiten inferir que la persona detenida se encuentra relacionada con aquel delito, y explicar detalladamente cada una de estas —por ejemplo, encontrarse con elementos denunciados como robados o hurtados, coincidencia de características de vestimenta con aquel que habría cometido el delito, cercanía tempo-espacial al lugar y hora del hecho—. Ambas cuestiones deben poder ser corroboradas por elementos probatorios, ajenos a tal acta. Por tanto, todo otro tipo de interceptación policial devendrá inconvencional y, en consecuencia, nula, y no podrá ser considerada judicialmente, como así tampoco aquellos otros elementos probatorios que se desprendan de esta y no tengan una vía independiente de conocimiento **(65)**.

Pero, por lo demás, en las particulares circunstancias del caso, no es dable soslayar que tampoco luego del arresto se cumple con la disposición procesal, puesto que aquel procedimiento no se realiza "al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención" **(66)**, toda vez que, en lugar de dar noticia al magistrado de turno, recibir instrucciones y conducirlo ante él, se procede a requisarlo y secuestrar el material estupefaciente.

En este orden de ideas, en los casos "Fernández Prieto" y "Tumbeiro" se podía realizar un corte y desdoblar el procedimiento en dos partes: la primera, la detención sin orden, y la segunda, la requisa. Ahora bien: ¿por qué una vez consumada la detención sin orden no se recaba la orden para realizar la requisa? En efecto,

(61) Cfr. consid. 14 del voto del ministro Maqueda en el precedente de Fallos 327:3829 ("Waltta") y el consid. 13 del voto de los ministros Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni en el precedente de Fallos 332:2397 ("Ciraolo").

(62) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "Nuevas tendencias...", ob. cit.

(63) LA ROSA, Mariano R., "Razones que imponen anular una requisa ilegal", LA LEY del 19/05/2010, 6; LA LEY 2010-C, 435; LL AR/DOC/3651/2010.

(64) LLERA, Carlos E., "Detención y requisa sin orden judicial. Las circunstancias objetivas justificantes", LA LEY del 28/06/2012, 4; LA LEY 2012-D, 195; LL AR/DOC/2507/2012.

(65) ADLER, Federico — MURAD, Andrés, "Hacia nuevos límites internacionales...", ob. cit.

(66) De conformidad con el art. 284, inc. 3º, del Código de rito.

cuando se los detiene sin mandamiento judicial y previo a la requisa, cumplido ello, desaparece la urgencia, puesto que no había ningún elemento objetivo que permitiera deducir que el procedimiento estaba en peligro: por un lado, en "Fernández Prieto", bajaron las tres personas del auto y en todo momento tuvieron una actitud colaborativa con el personal policial; no hubo ni por asomo una actitud huidiza de los imputados; por otro lado, lo mismo sucede con "Tumbeiro": lo detuvieron y se identificó correctamente; no tuvo ninguna actitud o respuesta esquiva al personal policial **(67)**.

En tal sentido, la sospecha del policía de que alguien comete o está por cometer un delito y de que la requisa inmediata de sus pertenencias ayudaría a impedirlo o esclarecerlo tiene que estar acompañada por el hecho de que no haya sido posible o haya sido impráctico requerir una orden judicial previa **(68)**. En otras palabras, el elemento característico de la "urgencia" es la imposibilidad de recabar la orden judicial escrita.

Ello es importante, puesto que es inaceptable concebir que los argumentos que habilitan la detención de una persona resulten siempre suficientes para legitimar también una inspección corporal (o de un auto), por cuanto ello: a) tornaría ilusorio el cumplimiento de la orden judicial de requisa; y b) configuraría una exégesis que vuelve absolutamente prescindible la disposición del art. 230 bis del Cód. Proc. Penal, ya que —en tal caso— sus términos serían redundantes respecto de requisitos contemplados por el art. 284 del mismo cuerpo legal. En otras palabras, la unificación de las exigencias normativas que permiten suplir las respectivas órdenes judiciales sobre detención y requisa conllevaría no reparar en que ambas facultades policiales inciden sobre diferentes derechos individuales, a la vez que se refieren a distintos fines y momentos del procedimiento **(69)**.

A mayor abundancia, fuerza la diferencia entre la detención y la requisa la cuestión de que mientras la primera afecta a la libertad de locomoción personal (art. 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos), la segunda perturba la esfera privada del individuo y, como tal, también goza de la protección constitucional que prohíbe la injerencia estatal (arts. 11, inc. 2º y 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Esto me da pie para el siguiente acápite **(70)**.

VI. La requisa realizada sin orden judicial

Como vimos, la legislación permite a la Policía requisar **(71)** en caso de urgencia **(72)** y

(67) Aclaración: hay casos en que la detención precede a la requisa; en consecuencia, el control debe comenzar por la legalidad del acto de detención; pero, en otros, la requisa precede a la detención, razón por la cual el control debe comenzar por la requisa (conf. el voto de Luis García, cuando intervino en la sentencia de la CN Casación Penal, sala II, 09/03/2009, causa 9176, reg. 14.022; en ese caso, el juez precitado entiende que la requisa precede a la detención, por eso analiza si se habían dado los presupuestos del art. 230 bis).

(68) CARRIÓ, Alejandro, "Facultades policiales en materia de arrestos y requisas...", ob. cit., p. 269.

(69) GALÁN, José G., "Nulidad del procedimiento por arbitrariedad de la requisa (o mejor: absolución por inconstitucionalidad del delito)", LA LEY, *Supl. Penal 2008 (octubre), 01/01/2008, 35*; LL AR/DOC/2762/2008.

(70) Conviene aquí efectuar una aclaración: seguiré con el análisis a los fines académicos, puesto que a los fines prácticos de un expediente, una vez decretada la nulidad de la detención, ello barre, por estricta aplicación de la teoría del fruto del árbol venenoso, la requisa practicada.

(71) No me detendré a discutir los alcances de la requisa, es decir, si comprende solo el cuerpo de la persona o va más allá, como la ropa, bolsos, vehículos, etc. En este orden de ideas, "...hay quienes han sostenido que únicamente la orden de requisa es procedente cuando se buscan cosas que el sujeto lleva 'sobre sí' (en su cuerpo y entre sus ropas) y no para cosas que el individuo lleva 'consigo' (en un bolso o en su vehículo). Para quienes sostenían esta teoría, la interpretación debería ser la siguiente: si existen ámbitos (por ejemplo, las cosas que el individuo lleva 'consigo') que la ley no autorizaba a que sean inspeccionados, entonces no es procedente esta medida coercitiva y estos espacios quedarían vedados a cualquier intromisión de las autoridades estatales. Sin embargo, algunos de sus seguidores llegan a una solución contraria y por demás peligrosa, entendiendo que las personas no tienen protección alguna ante la intervención estatal para requisar las cosas que no sean las que un individuo lleva sobre sí" [cfr. MOLDES, Germán M., "Individualización y registro de personas. La prevención delictual frente a las garantías del imputado", LA LEY, *Supl. Penal 2009 (julio), 01/01/2009, 15*; LA LEY 2009-D, 1146; LL AR/DOC/2407/2009].

(72) Sin embargo, interesa destacar que Pessoa sostiene: "La ley procesal penal nacional en su art. 184, inc. 5º, antes de la reforma introducida por la ley 25.434, al

cuando haya una sospecha de ocultamiento personal de elementos delictivos. Sin embargo, aunque a simple vista parece un concepto simple, en la jurisprudencia no ha sido fácil la determinación del motivo de sospecha que exige llevar a cabo este tipo de actos.

Cuando se lleva a cabo la requisa procesal, la búsqueda de cosas relacionadas con un delito en el cuerpo o ropas de una persona se encuentra sujeta a fuertes restricciones, en virtud de hallarse en juego el ámbito personal de intimidad constitucionalmente protegido, puesto que se trata de un acto gravemente restrictivo de la libertad personal que exige que sean analizados cuidadosamente los motivos que lo autoricen. Por lo tanto, los conceptos "urgencia", "flagrancia" y "motivos suficientes", en cuanto situaciones que autorizan a presumir que alguien oculta cosas relacionadas con un delito y justificantes de una requisa llevada a cabo por la autoridad policial sin autorización judicial, no solamente debe inferirse de datos objetivos, sino que deben consignarse debidamente a fin del control jurisdiccional de tales fundamentos. Los motivos suficientes no pueden resultar de un acto de valoración arbitrario del funcionario, sino que deben tener base o sustento objetivo. En otras palabras, la decisión de requisa debe apoyarse en circunstancias concretas del caso, que razonablemente hagan pensar en la existencia de un delito que sea cometido en "flagrancia".

Los motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito —un estándar menor, pero emparentado al de indicios vehementes de culpabilidad y estipulado como requisito para autorizar una requisa personal sin orden judicial— admiten una comprobación y deben ser contrastados judicialmente, por ejemplo, analizando los rastros del delito cometido y anudando los indicios advertidos por los funcionarios policiales y los elementos secuestrados en poder del sospechoso con la versión del imputado. Si los motivos expresados son válidos, el supuesto fáctico es comprobable con igual rigor que los anteriores **(73)**. Sin embargo, nada de ello sucede en los casos en análisis.

Ahora bien, si se piensa que una persona guarda cosas relacionadas con un delito, ello se da solo en tanto y en cuanto la comisión del delito sea exteriormente reconocible, o sea, *ex ante*. Pero si hubo que recurrir a la requisa, es precisamente porque no era posible saber, desde lo externo, qué tenían Fernández Prieto y Tumbeiro vinculado a un delito, o si, en suma, tenían algo. En efecto, lo vinculado a lo delictual (el material estupefaciente de ambos) solo se pudo conocer o inferir después de realizada la requisa; previamente no existía ningún indicio de que los nombrados poseyeran estupefacientes. Si bien va a ser tratado en un apartado ulterior, menciono que el acto de requisa no se justifica por sus resultados, sino por los datos objetivos que, previo a él, dan fundamento a tal intromisión en la esfera de privacidad de las personas. En otras palabras, el hecho de que se secuestren cosas vinculadas con el delito no implica automáticamente que ello constituya una justificación del acto.

Más allá de lo expuesto, relacionado con las requisas, tampoco nos encontramos en la hipótesis de las "circunstancias concomitantes" que razonable y objetivamente permitan justificar dicha medida respecto de una persona determinada. En efecto, las circunstancias previas o concomitantes son un requisito ineludible que

regular las atribuciones de los funcionarios de la Policía, facultaba a los mismos a llevar a cabo 'las requisas urgentes con arreglo al art. 230, dando inmediato aviso al órgano judicial competente'. Corresponde destacar la calidad de 'urgente' que debía tener la requisa. Este requisito fue suprimido por la ley 25.434, a la vez que incorporó el art. 230 bis" (PESSOA, Nelson R., "La nulidad en el proceso penal. Estudio de los 'silencios normativos aparentes'", 3ª ed. ampl. y actual., Ed. Rubinzal-Culzoni, 2013, ps. 324-325). Sin perjuicio de la opinión del distinguido autor, considero que cuando las fuerzas de seguridad disponen la realización de una requisa personal sin orden judicial, el requisito de urgencia debe estar presente. De no existir, el funcionario policial actuaría conforme a su propio criterio, sin importarle obtener una orden emanada de un juez competente para conculcar garantías individuales. Además, si no se exige la urgencia, el policía va a actuar siempre sin orden y no se va a molestar en solicitarla. Sin perjuicio de ello, sería de correcta técnica legislativa no solo la incorporación sino también una definición sobre qué se debe entender por "urgencia".

(73) VALLONE, Fernando A., "La verificación del supuesto que contiene la causa habilitante de la actuación policial autónoma: un requisito ineludible para un control judicial efectivo", DPyC 2013 (mayo), 01/05/2013, 121; LL AR/DOC/1582/2013.

autoriza a prescindir de la orden judicial, pero coexistiendo con la facultad de los jueces en su posterior valoración en atención a las circunstancias fácticas narradas. Asimismo, las circunstancias aludidas deben entenderse como aquellas que se advierten durante la requisa o la inspección motivada por elementos objetivos previos y que refuerzan la convicción de encontrar elementos constitutivos o provenientes de un delito.

En este orden de ideas, se afirma que es importante analizar en particular el requisito identificado como circunstancias concomitantes, ya que podría predicarse como innecesario que aquellos motivos que den fundamento a la requisa se encuentren presentes con anterioridad al comienzo de la diligencia, resultando suficiente con su aparición en forma coetánea al desarrollo de la medida. Sin embargo, dicha interpretación conduciría a una situación irregular, en donde la Policía comience una requisa sin tener una razón previa y que ese motivo se manifieste de manera simultánea o en forma contemporánea con la realización de la medida, y que así esta se legitime. Es evidente que los motivos suficientes debieron ser previos y no contemporáneos a la requisa; por tanto, corresponde asignar a las circunstancias concomitantes un alcance que armonice con la sistemática de las restantes medidas de coerción (detención, allanamiento y requisas del art. 230 del Cód. Proc. Penal), donde se establece que los motivos para proceder sin orden judicial siempre deben ser anteriores a la diligencia; ello, por supuesto, además de razonables y objetivos. De allí que la frase "circunstancias concomitantes" refleja aquella situación en la cual, en el marco de una interceptación en la vía pública o durante una requisa personal ya iniciada (y basada en motivos suficientes o circunstancias previas), el personal policial advierta otras circunstancias que refuercen la convicción de encontrar cosas provenientes o constitutivas de un delito **(74)**.

Con independencia de que el lenguaje utilizado resulta confuso, al referirse a "circunstancias concomitantes", esta norma no altera el esquema básico según el cual los oficiales de la Policía no están autorizados a restringir los derechos de los habitantes sobre la base de meras subjetividades. Los motivos para actuar en la vía pública deben ser "objetivos" y "razonables", y no circunstancias tan azarosas como el "nerviosismo" **(75)**.

Las diáfanas mandas, encapsuladas en la ley procedimental, en tanto reclaman, para viabilizar una requisa personal, la "concurrencia de circunstancias previas y concomitantes que, razonablemente y objetivamente, permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado", han centelleado por su ausencia en las circunstancias fácticas ocurrentes, irregularidades que —por su naturaleza y proyección— no pueden —ni deben— ser consentidas, pues de lo contrario se estaría vulnerado, ominosamente, el debido proceso legal, así como un abanico de ancestrales principios y garantías de rancio abolengo constitucional. Es que, en nuestro universo jurídico, la búsqueda de cosas emparentadas con un presunto ilícito —esencialmente cuando se involucra el cuerpo o la ropa de una persona— se encuentra sometida a rigurosas restricciones, pues, sin dubitación alguna, se incursiona en el ámbito de la intimidad, constitucionalmente resguardado, en función de lo estatuido por los arts. 18 y 19 de la CN, conceptuación esta que exige, inexorablemente, un mesurado análisis de los motivos que puedan habilitar un comportamiento tan delicado, ya que, no mediando debidas razones de premura —que, de existir, podrían aconsejar la no postergación del acto durante el tiempo indispensable para que un juez emita una orden que lo bendiga—, el Estado no puede aprovecharse para acopiar pruebas en desmedro de un mero sospechoso, en una ultrajante conculcación, no solo del debido proceso, sino también del derecho de la defensa en juicio **(76)**.

Por otra senda, existe la manda para requisar: "b) en la vía pública o en lugares de acceso pú-

(74) TODARELLO, Guillermo A. — CARLEVARO, Germán, "Acerca de la validez de una requisa personal motivada en la existencia de antecedentes penales", LA LEY, *Supl. Penal 2009 (setiembre), 01/01/2009, 13*; LA LEY 2009-E, 1158; LL AR/DOC/3114/2009.

(75) CARRIÓ, Alejandro, "Garantías constitucionales...", ob. cit., p. 308.

(76) KENT, Jorge, "Tres votos disidentes que tutelan, encomiásticamente, el debido proceso legal", DJ del 03/03/2010, 483; LA LEY del 05/04/2010, 10; LA LEY 2010-B, 562; LL AR/DOC/4540/2009.

blico (...). Tratándose de un operativo público de prevención podrán proceder a la inspección de vehículos". Nótese que, en otras palabras, la primera parte del art. 230 bis faculta al funcionario policial para requisar sin previa orden judicial a una persona, los objetos que lleve consigo y el interior de los vehículos "con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo siempre que sean realizadas: a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; y, b) en la vía pública o en lugares de acceso público". Pero en el último párrafo de ese artículo aparece una hipótesis que dice: "Tratándose de un operativo público de prevención podrán proceder a la inspección de vehículos".

Ante ello, en primer lugar, conviene mencionar que se trata de un supuesto desconectado del anterior, puesto que si tal inspección solo pudiese estar justificada cuando se reúnen las circunstancias del primer párrafo, entonces no se advierte cuál es la situación reglada en el último no comprendida en el primero **(77)**.

En segundo término, la redacción es demasiado amplia, dado que no está comprendida por los mismos recaudos antes enunciados, al punto de que de su literalidad podría sellarse una hipótesis interpretativa peligrosa, mediante la cual se autorice a la Policía a inspeccionar vehículos por la sola referencia de tratarse, como se lo ha reglamentado, de "un operativo público de prevención", lo que infringe el principio de "legalidad procesal" o "de formas". Es que nada dice el enunciado en relación con el mínimo recaudo al que la autoridad preventora debe constreñir su proceder **(78)**.

En tercer lugar, la arbitrariedad en la injerencia surge de su irrazonabilidad, que consiste en otorgar mayores facultades a las fuerzas policiales que a los propios jueces, miembros de un poder del Estado independiente e imparcial, a quienes sí se les exige un estado de sospecha objetivo y previo para fundamentar ese tipo de medidas. De ahí que se haya aceptado que los funcionarios públicos realicen injerencias en los derechos sin orden judicial en determinados casos (por ejemplo, flagrancia), pero nunca prescindir de la sospecha previa. Además, la restricción a un derecho debe perseguir una finalidad legítima. Por el contrario, la finalidad de "prevenir ilícitos" es abstracta, indeterminada y genérica. Esta clase de operativos no tienen como finalidad investigar ilícitos más o menos concretos basados en sospechas previas, sino simplemente "ir de pesca" o la ejecución de razias o redadas, al encuentro, por casualidad, de alguna actividad ilícita. No existe relación alguna con la actividad de cotejo de la documentación vehicular o de verificación mecánica y de funcionamiento de los automotores que aleatoriamente se detengan en la vía pública. Y es bueno recordar que las razias —que comparten la misma naturaleza que el último párrafo del art. 230 bis, Cód. Proc. Penal, ya que consisten en una requisa indiscriminada— están prohibidas por la Convención Americana **(79)**.

Un modo de conciliar la literalidad de la norma podría ser que se presente cuando, a partir de un control de documentación o funcionamiento vehicular —legítimo—, surja alguna situación objetiva de la comisión de un delito que permita fundar la necesidad de proceder a la requisa del automóvil o pertenencias. Esa es la vieja doctrina del *plain view*, del descubrimiento "a simple vista" durante la ejecución de una actividad lícita de la Policía. O es esa la situación cuando se detiene la marcha de todos y cada uno de los rodados que reúnen determinadas características porque existe una noticia previa de la comisión de un delito de parte de los tripulantes de un rodado similar (allí no existe una expedición de pesca o redada) **(80)**.

(77) Cfr. el voto del juez Luis García en la CN Casación Penal, sala II, 31/03/2010, "Achimo Cárdenas, Asir s/ recurso de casación", causa 11.423, reg. 16.192.

(78) BIANCHI, Luciano, "Requisa de vehículos sin orden judicial", DPyC 2019 (marzo), 15/03/2019, 107; LL AR/DOC/35/2019.

(79) Cfr. Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nº 4, en los autos N° 15.723 del registro de la Sala I, caratulados: "MACHADO, Aníbal Ismael s/recurso de casación", Dictamen N° 6762.

(80) Cfr. Javier De Luca en su dictamen citado.

También, a los fines de asignarle logicidad a este último párrafo, y sin disminuir esfuerzos para conseguir una explicación coherente de semejante holgura y mantener vigente el texto en su totalidad, parecería que el legislador ha introducido normativamente la hipótesis que tiene estricta relación con lo que se denomina "inspecciones metódicas" o "inspecciones sistemáticas", que se realizan con fines de seguridad general preventiva (seguridad, sanitaria, económica). Es decir, aquellas inspecciones que no se practican a consecuencia de circunstancias previas o concomitantes, en el marco de una investigación de un delito en particular, o bajo sospecha de alguien o algo, sino que, por el contrario, son efectuadas en aras de la prevención general en lugares públicos, sujetos a especiales condiciones de seguridad, restringidos, o en lugares privados de acceso público **(81)**.

En este orden de ideas, se considera interpretar el art. 230 bis, *in fine*, aceptando que la ley permite la inspección de vehículos en sus partes internas sin razones de urgencia ni motivos previos en los supuestos que la jurisprudencia calificó de "requisas sistemáticas". Ellas han sido explicadas como las que no se efectúan en el marco de la averiguación de un delito en particular, sino que son dispuestas con carácter de prevención general; tal como lo señalara la jurisprudencia, son medidas de prevención general en lugares de acceso restringido e implican controles y revisaciones derivados de la prevención general, que se practican sistemáticamente y sin estar fundadas en sospecha alguna, en lugares de ingreso restringido. En efecto, en tales supuestos, el acceso al lugar determinado está sujeto a la condición de someterse al registro. Ejemplos de ello son las hipótesis de ingreso o egreso de una cárcel, una central nuclear, un cuartel o cualquier otra instalación militar, una aduana, un estadio de fútbol, un museo o un supermercado, o cuando se aborda un avión. Alguna de estas situaciones admite la posibilidad de circular en un automóvil, por lo que para ellos devendría aplicable el art. 230 bis, *in fine*. Téngase en cuenta que esta interpretación es además coherente con la filosofía de gran parte de la ley 25.434, que ha venido a dar carácter legal a diversas prácticas aceptadas jurisprudencialmente. Así también, lo que implicaría optar por esta interpretación sería otorgar una interpretación restrictiva a los términos "operativo público de prevención", pero sin tornarlos absurdos, respetando la pauta interpretativa general del art. 2º del Cód. Proc. Penal. Estos operativos serían únicamente los que se instalaren en los ingresos de lugares de acceso público restringido, no violentándose de tal forma ni el sentido de esos términos ni la coherencia general del articulado. Es decir, cada persona a bordo de un vehículo con pretensiones de ingresar con él a un lugar cuyo acceso público, por sus especiales características, se encuentre restringido, podrá optar por someterse voluntariamente a la requisa, no solo personal, sino también del vehículo, o bien ingresar sin él, o incluso no ingresar **(82)**.

(81) BIANCHI, Luciano, "Requisa de vehículos sin orden judicial", ob. cit. Sin embargo, el autor expresa: "Pero, aun cuando fuera ello así, nos parece un poco mucho la amplitud con la que se ha legislado este último supuesto, justamente, porque de su literalidad podría, también, explicarse de otra manera el enunciado, permitiéndose arbitrariedades o licencias en blanco intolerables en un Estado de derecho. Piénsese, para el caso que, bajo el pretexto que se alegue la causa 'operativo público de prevención', las fuerzas de seguridad comiencen a interceptar vehículos, cuales quieran, y procedan a inspeccionarlos sin otro motivo que el —pura y exclusivamente— reglamentario. De allí, sin perjuicio de lo censurable de esa última exégesis, consideramos que una futura reforma debería contemplar un cambio en la obra de este artículo, fundamentalmente en lo que tiene estricta relación con este último párrafo, en aras de despejar cualquier duda o hipótesis que el texto pueda presentar. Salvo, claro está, que lo que se quiera decir o instrumentar, sean todo tipo de inspecciones libres o circunstanciales".

(82) MARTÍN, Adrián N., "Requisa de automotores en 'operativos públicos de prevención'. Artículo 230 bis *in fine del Código Procesal Penal de la Nación* (Un análisis basado en la expectativa de privacidad y el límite estatal respecto de injerencias arbitrarias)", en *Justiniano.com, http://www.justiniano.com/revista_doctrina/requisa.html*, consultado el 05/02/2021. Asimismo, sostiene: "Párrafo aparte entonces merece la aplicación de esta norma se está haciendo con habitualidad sobre los ingresos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ¿Es, desde esta perspectiva, válido que personal policial añada al control de la documentación habilitante para conducir un vehículo el requisito de requisar el interior del vehículo o parte de él (por ejemplo, baúles)? Por lo explicado ya, a mi criterio la respuesta es negativa, excepto que existieren circunstancias previas a la detención del rodado, o concomitantes al momento del control vehicular, que razonable y objetivamente permitieran justificar dicha medida. Sin embargo, allí nos hallamos ante un supuesto distinto al que contempla en art. 230 bis *in fine*".

En síntesis, no debe confundirse la requisa procesal que regulan los Códigos Procesales con los cateos e inspecciones que a título preventivo pueden hacer las autoridades administrativas en virtud del poder de policía. Mientras la búsqueda que autoriza la ley procesal presupone la supuesta comisión de un delito y tiende a su investigación, en las administrativas, la fuente normativa son leyes, decretos, resoluciones o circulares con un fin eminentemente preventivo, que se encuentra justificado en un especial interés o problema de seguridad existente en el lugar (p. ej., una cárcel, aeropuerto, partido de fútbol, zona con altos índices delictivos, etc.). La requisa dispuesta en el marco del Código Procesal Penal recae sobre personas determinadas que se cree que llevan consigo elementos vinculados a un ilícito, y, de ser absolutamente necesario, puede llegar a implicar el examen completo de la persona (p. ej., obligarla a que se desnude) o su retención hasta que finalice el acto. En cambio, si es meramente preventiva, no requiere sospecha previa, debe ser mínimamente invasiva de la intimidad (superficial) y genérica (sobre un conjunto de personas que están en un lugar o situación). Además, ha de ser fugaz (no se puede demorar al requisado). Las modalidades más frecuentes son el palpado por encima de la vestimenta, el empleo de detectores de metales u otros elementos peligrosos y la utilización de perros adiestrados **(83)**.

Por otro lado, debe mencionarse aquí que la circunstancia de que durante un control válido se detecte que la documentación del automotor y/o del conductor no está en regla, o la existencia de irregularidades en algunos elementos mecánicos del vehículo "inspeccionado" —como podrían ser el funcionamiento de las luces, la falta de cinturones de seguridad, la incorrecta combustión, el profundo polarizado de las ventanas, mayor peso que el tolerado por el camino, la carga mal embalada o asida, etc.—, no autorizan la revisación de gavetas, guantera, baúl, compartimentos, etc., ni la de las pertenencias de los tripulantes, como bolsos, carteras, maletines, etc. En algunos casos, y con otros fines, las leyes autorizan el acarreo del vehículo y su depósito en playas oficiales hasta que el titular o la persona autorizada lo retiren, luego de regularizar la infracción detectada, pero de ningún modo a requisar el vehículo de que se trate. Algunos vehículos de transportes de pasajeros o de carga pueden ser inspeccionados, pero solo en las partes relacionadas con el destino del rodado. Un camión que lleva ganado no puede ser inspeccionado en la cabina o debajo de los asientos del conductor **(84)**.

En definitiva, el personal de las fuerzas de seguridad necesariamente debe tener en su poder datos objetivos suficientes que permitan conjeturar razonablemente que el individuo a quien se pretende requisar guarda en su persona o vehículo alguno de los elementos que indica la norma, y, además, que la urgencia del caso imposibilita requerir al juez competente la orden judicial respectiva. De lo antes dicho se colige que el legislador exige un determinado grado de sospecha para validar la aprehensión y requisa personal. En otras palabras, más allá de la excepcionalidad, la Policía no se encuentra facultada para llevar a cabo interceptaciones, requisas o inspecciones irrazonables, pues su actuar funcional se deberá adecuar a la exigencia de la ley procesal, que requiere un particular nivel de sospecha. Pero, además de encontrarse en la situación objetiva a la cual hace mención la norma, el agente policial deberá dar cuenta objetivamente de cuáles fueron las circunstancias a partir de las cuales funda ese estado de sospecha. Es decir, se debe tratar de situaciones evidenciadas y explicadas, y no de meras conjeturas o datos carentes de asidero objetivo **(85)**.

VII. La detención y requisa bajo la Ley Orgánica de la Policía

En lo que aquí interesa, la "detención por averiguación de antecedentes" estuvo regulada hasta el año 1991, para la jurisdicción federal, por el dec.-ley 333/1958, ratificado por ley 14.467 **(86)**. En aquella normativa se facultaba a los funcionarios policiales a "detener con fines de identificación en circunstancias que lo justifiquen y por un lapso no mayor de 24 horas a toda persona de la cual sea necesario co-

(83) HAIRABEDIÁN, Maximiliano, "Requisa preventiva y procesal", DPyC 2013 (junio), 01/06/2013, 153; LL AR/DOC/1666/2013.

(84) Cfr. Javier De Luca en su dictamen citado.

(85) BIANCHI, Luciano, "Requisa de vehículos sin orden judicial", ob. cit.

(86) La Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina.

nocer sus antecedentes". En 1991, el Congreso de la Nación reformó esta Ley Orgánica a través de la ley 23.950, que, a su vez, modifica la finalidad de la detención, que no perseguiría la "averiguación de antecedentes", sino la "averiguación de identidad". La "detención por averiguación de identidad" tiene como *conditio sine qua non* que la persona no acredite "fehacientemente su identidad", lo que pretendía limitar los casos en los que procediera esta privación de la libertad. Asimismo, es necesario, de conformidad con esta ley, que "existan circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional".

Asimismo, la reforma legal establece que el tiempo de la detención debe ser el "mínimo necesario para establecer la identidad", sin superar las 10 horas. Por otro lado, el nuevo texto legal otorga a la persona detenida por averiguación de su identidad el derecho de comunicarse inmediatamente "con un familiar o persona de su confianza a fin de informar su situación". De esta forma, se pretendió asegurar la "transparencia" del procedimiento policial. Finalmente, el nuevo texto legal impuso a los funcionarios policiales intervinientes la obligación de dar "noticia al juez con competencia en lo Correccional de turno". Se observa la intención de generar un mecanismo de control judicial de la utilización de esta facultad policial **(87)**.

No obstante dicha normativa local, no debe olvidarse que la Constitución Nacional reconoce la libertad ambulatoria, que solo puede ser limitada en los supuestos contemplados en el art. 284 del Cód. Proc. Penal de la Nación cuando faculta a las fuerzas de seguridad a detener, excepcionalmente, aun sin orden judicial, a una persona contra la cual hubiera indicios vehementes de culpabilidad y peligro inminente de fuga, o serio entorpecimiento de la investigación.

Ahora bien, la norma vigente de manera excepcional habilita la detención de los ciudadanos en la vía pública y sin orden judicial cuando se aprecien indicios vehementes de culpabilidad o circunstancias debidamente fundadas de que hubieran participado de un hecho ilícito. Dentro de ese marco se inscribe la ley 23.950, que en su inc. 1º estableció: "Si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependen-

(87) Asimismo, desde 1870, el jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires —luego de la Policía Federal Argentina— redactaba los edictos policiales, instrumentos normativos en los que se especificaban prohibiciones y sanciones de carácter contravencional. Los tipos contravencionales estaban formulados arbitrariamente, con términos vagos y ambiguos, que muchas veces describían caracteres personales típicos de ciertos grupos de personas —en función de su orientación sexual, condición social o edad—, más que comportamientos. Las personas que cometían una infracción eran aprehendidas, procesadas y condenadas por la autoridad policial, sin intervención de la institución judicial. Si bien existía la posibilidad legal de apelar al control judicial del proceso policial, el escaso tiempo para hacerlo la tornaba prácticamente imposible. En este proceso policial no se encontraba asegurado el derecho de defensa ni las mínimas garantías del debido proceso. Las sanciones que se imponían podían ser multa o arresto, que no podía exceder de ocho días. Con la aprobación del Código de Instrucción Criminal de 1889, dicho máximo fue aumentado a 30 días. Esta estructura normativa funcionó hasta marzo de 1998, por vía de los edictos policiales y del Reglamento de Procedimientos Contravencionales emanado de la Jefatura de la Policía Federal. A partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y de la sanción de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, se abrió un escenario en el que se insertó el debate político y jurídico acerca de la necesidad de abolir el sistema de edictos policiales. En marzo de 1998 se sancionó por unanimidad el Código de Convivencia Urbana de la Ciudad de Buenos Aires, un instrumento legal respetuoso de los principios del Estado de derecho, que regula las conductas que vulneren o pongan en riesgo diversos bienes jurídicos. Las tipificaciones contravencionales establecidas en este instrumento legal, a diferencia de las recogidas en los edictos policiales, revelaron una clara orientación hacia el "acto", más que hacia el "actor", con un fuerte contenido "objetivizante" de las infracciones. En cuanto a las sanciones, es excepcional la privación de la libertad como sanción contravencional. Por otro lado, en el mismo mes de marzo de 1998, la Legislatura de la ciudad de Buenos Aires sancionó la Ley de Procedimiento Contravencional, en la que se concreta la completa judicialización de la materia contravencional. La Policía abandona su doble rol de "legislador" y "juez" en materia contravencional, y se suprime la posibilidad de que los funcionarios policiales detengan personas fuera del control de los fiscales. Además, la persona detenida debe ser "informada de las causas de su aprehensión, de los cargos que se le formulan, del juez o jueza y el o la fiscal interviniente y de los derechos que le asisten" (cfr. Corte IDH, 18/09/2003, "Caso Bulacio vs. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, Serie C, nro. 100, parág. 53).

cia policial que correspondiese, con noticia al juez" **(88)**.

La detención es a los fines de acreditar la identidad de una persona que, debidamente requerida, no lo hace de manera fehaciente. Eso quiere decir que una detención en los términos de esta norma no será ya posible respecto de quien tenga en su poder su documento de identidad. Además, es necesario que existan razones que hagan presumir que la persona requerida cometió o puede cometer un hecho delictivo o contravencional. Si un policía tiene razones para sospechar que alguien cometió un delito, no parece objetable que se lo faculte a detenerlo si, encima, dicha persona no acredita su identidad. Puesto que en esos casos la Policía está facultada por el ordenamiento procesal a detener de todas maneras, la potestad para hacerlo por averiguación de antecedentes resulta algo casi implícito **(89)**.

En este orden de ideas, el origen histórico, la letra, el espíritu y el sentido de la ley 23.950 confluyen para establecer, sin dejar dudas, que la facultad policial para proceder a la detención de una persona encuentra un límite infranqueable en la existencia de circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien ha cometido o podría cometer un hecho delictivo o contravencional. La ley citada realiza así una reglamentación razonable de las facultades de detención de personas que posee la Policía Federal Argentina, una reglamentación que no solo atiende a la garantía de la libertad ambulatoria, sino que, además, enmarca a esas facultades en el sistema de derecho penal que la Constitución Nacional adopta e impone, pues las limita al ámbito de acciones que no se halla reservado a la decisión individual de los habitantes de la Nación (conforme a la primera parte del art. 19, CN); de allí la clara exigencia legal de que siempre debe verificarse la comisión o el comienzo de realización de "un hecho delictivo o contravencional" **(90)**.

Además, que exista la posibilidad de que la Policía pueda detener a una persona, en modo alguno logra interpretarse a manera de licencia en blanco, reconocida —en lo que aquí interesa— a los funcionarios estatales en su práctica de labor; por el contrario, legitima cualquier injerencia que se haga sobre una persona, pero siempre al amparo y dentro de los límites que las leyes preexistentes impongan al Estado en el ejercicio de la coacción procesal. En tal sentido, uno de los supuestos en los cuales los funcionarios policiales "deben" detener a una persona es cuando "hubiere indicios vehementes de culpabilidad" **(91)**. Asimismo, los arts. 230 bis y 284 del Cód. Proc. Penal y el art. 1º de la ley 23.950 no constituyeron una autorización en blanco para detener a los ciudadanos según el antojo de la autoridad policial, sino que es necesario que estén reunidas las circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención **(92)**.

La ley 23.950 insiste en la necesidad de que existan requisitos objetivos previos para proceder a la detención, tal vez con una fórmula legal más clara (además de limitar el plazo de detención a 10 horas). Esta ley determina que solo

(88) También el dec. 150/1999, del 13/03/1999, prevé que, a fin de reforzar la tarea de prevención tendiente a asegurar una mayor seguridad y protección de las personas y bienes en el ámbito de la Capital de la República, resultó necesario instruir a la Policía Federal Argentina para que, en cumplimiento de sus funciones de policía de seguridad, proceda a prevenir e impedir aquellas conductas que, sin constituir delitos ni infracciones previstas en el Código Contravencional dictado por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deben ser evitadas, como son las especificadas en el presente acto, acudiendo para ello a la estricta aplicación de la ley 23.950. Por lo tanto, se encomienda a la Policía Federal Argentina el estricto cumplimiento de lo dispuesto en la norma del inc. 1º del art. 5º del dec.-ley 333/1958, ratificado por ley 14.467 (texto según ley 23.950), debiendo en consecuencia proceder a conducir a la dependencia policial que correspondiese, en las condiciones y bajo las circunstancias establecidas, a quien o quienes incurrieren, entre otras, en alguna de las conductas siguientes: "...h) los sujetos conocidos como profesionales del delito que se encontraren merodeando en lugares públicos o sitios expuestos al público sin causa justificada".

(89) CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías constitucionales...", ob. cit., p. 236.

(90) MAGARIÑOS, Héctor M., "La detención de personas sin orden escrita de autoridad competente y la Constitución Nacional", LA LEY 1999-D, 661; LL AR/DOC/16916/2001.

(91) BIANCHI, Luciano, "Detenciones ilegales...", ob. cit., p. 149.

(92) DIEGUES, Jorge A., "Requisa personal sin orden judicial", DPyC 2011 (diciembre), 01/12/2011, 163; LL AR/DOC/6041/2011.

"...si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional" podrá ser demorado en su marcha, detenido, aprehendido, arrestado, en fin, privado de su libertad ambulatoria, a los fines de acreditar la identidad. Por lo tanto, lo que esta ley dispuso sobre la materia en análisis es, por una parte, una facultad que ya surge implícita del Código Procesal Penal de la Nación, si de lo que se trata es de razones objetivas que hagan presumir que se ha cometido o se está por cometer un delito. A su vez, esta ley establece una autorización de arresto adicional a la que surge del Código Procesal Penal, si de lo que se trata es de la existencia de pautas objetivas que hagan sospechar que se ha cometido o se está por cometer un hecho contravencional. Sin embargo, en todos los casos es evidente que la ley sujeta la facultad que otorga a los funcionarios policiales a la concurrencia de las pautas objetivas que la propia ley establece **(93)**.

En tal sentido, lo problemático es que el lenguaje utilizado, además de abarcar las infracciones ya cometidas, comprende la situación de quien "pudiere cometer un hecho delictivo o contravencional". En abstracto, es claro que todos los habitantes estamos en esa situación. Por tal razón, será de suma importancia que los tribunales exijan, llegado el caso, que el policía que cumplió la detención identifique cuáles fueron las "circunstancias debidamente fundadas" que lo llevaron a presumir que estaba ante la inminencia de la comisión de un hecho ilícito **(94)**.

Una opinión particular es la que esboza García, quien expresa que la Policía Federal está autorizada a identificar personas, pero la negativa a identificarse no puede ser fundamento por sí solo suficiente para justificar su detención para identificación. En primer lugar, porque, para poder privar a la persona de su libertad, las leyes requieren en general a la Policía otros presupuestos de hecho adicionales, tales como indicios generales de comisión de un delito o contravención (art. 5º, inc. 1º, según ley 23.950), flagrancia (art. 284, incs. 1º y 4º), indicios vehementes de culpabilidad (art. 284, inc. 3º), conocimiento de que es un prófugo a quien se busca para su captura (art. 284, inc. 2º), indicios de peligro físico o psíquico que justifiquen su internamiento en un centro de salud [según Código Civil y ley 22.914, arts. 1º, inc. c), y 3º], etc. En resumen, la Policía Federal no necesita obrar sobre la base de ningún indicio o sospecha de la comisión de delitos o contravenciones para requerir a una persona que se identifique, pero la mera identificación insuficiente, a juicio de la Policía, o la imposibilidad de identificarse con un documento hábil, o la negativa o rebeldía a identificarse, no constituyen un supuesto de hecho que habilite a conducir a la persona a la comisaría para proceder a tal identificación **(95)**.

---

(93) MAGARIÑOS, Héctor M., "La detención de personas...", ob. cit. Por tal razón, el autor expresa que será de suma importancia que los tribunales exijan, llegado el caso, que el policía que cumplió la detención identifique cuáles fueron las "circunstancias debidamente fundadas" que lo llevaron a presumir que estaba ante la inminencia de la comisión de un hecho ilícito. En consecuencia, esa normativa no difiere de lo establecido sobre el punto por los Códigos de Procedimiento.

(94) CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías constitucionales...", ob. cit., p. 237.

(95) GARCÍA, Luis M., "Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la Policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso 'Tumbeiro'", LA LEY 2003-A, 470; LA LEY, Supl. Penal 2002 (diciembre), 01/01/2002, 1; LL AR/DOC/20657/2001. Asimismo, sostiene: "Un control oportuno de la identidad de personas puede ser útil, en ciertos casos, para reunir informaciones que permitan a la Policía conocer en detalle las personas que pueden estar a punto de cometer un delito o infracción al orden —contravención— y funcionar incluso como medio disuasivo para emprender conductas ilícitas porque ya no se goza del anonimato y se sabe observado. Eventualmente puede servir para establecer los registros de vecindad, o para determinar la identidad de eventuales testigos. También, si es sistemático y repetitivo, un control reiterado y recalcitrante de la identidad sobre una misma persona puede constituir un verdadero hostigamiento. En este aspecto, la Policía puede ejercer facultades de identificación, pero no goza de una absoluta discrecionalidad. He dicho antes que es el procedimiento de identificación, y no la finalidad misma el que permite definir si se trata de una verdadera detención u otra forma de privación de libertad. Una mera interceptación fugaz en la vía pública no constituye un arresto o detención en los términos de los arts. 18, CN, o una privación de libertad en los de los arts. 7º, CADH, y 9º, PIDCyP, bajo dos condiciones: de que no pase de una simple interrupción momentánea de la circulación y de que la persona requerida para identificarse tenga la libertad irse una vez que lo ha hecho, e incluso de negarse a identificarse. Si la negativa a identificarse autoriza a la Policía a conducir al requerido a

En el caso "Tumbeiro", el nombrado se identifica correctamente, y por ese acto debió cesar la intrusión de las fuerzas de seguridad, porque una vez que mostró su documento de identidad al funcionario, el policía —cuando actúa bajo la ley 23.950— no tenía más nada que hacer.

No desconozco la opinión contraria vertida en un dictamen del procurador fiscal **(96)** y por el Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires **(97)**; sin embargo, entiendo que no existe en el ordenamiento legal argentino una normativa que obligue a las personas a portar el documento nacional de identidad y, por lo tanto, no se puede crear una obligación (portarlo) elípticamente por medio de una facultad conferida —con sus recaudos— a la Policía, y así crear una obligación de exhibirlo bajo pena de detención. Lamentablemente, para despejar las dudas que recaen sobre el tema, hubiera sido una buena oportunidad que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidiera tanto en el caso "Corituma Malache" como en el caso "Vera" **(98)**.

Sin embargo, el Centro de Estudios en Política Criminal expresa que no existe ninguna norma legal que obligue a los ciudadanos a portar el documento nacional de identidad en la vía pública, y critica a las fuerzas de seguridad por identificar a personas por su aspecto físico. La práctica que habilita a la Policía a pedir la exhibición del documento de identidad en lugares públicos y que surge de la Ley Orgánica de la Policía Federal es discutida por su carácter discriminatorio y estigmatizante, puesto que el eje central de la discusión radica en los parámetros que utilizan las fuerzas de seguridad para demorar a una persona para su posterior identificación, porque "no lo hacen al azar". En general, identifican a algunas personas por su aspecto físico, porque les parecen particularmente sospechosas, porque se visten de determinada manera, porque tienen determinada edad, tienen

---

una dependencia policial, no cabe duda alguna de que le corresponden todas las garantías de los artículos antes citados". Sin perjuicio de ello, destaco que el distinguido jurista expuso su opinión con anterioridad al precedente "Torres Millacura" de la Corte Interamericana (en donde se sostiene que la mera demora a los fines de identificación es una detención).

(96) Dictamen del 22/10/2013 del Dr. Eduardo E. Casal en la causa C.875.XLVIII, caratulada "Corituma Malache, José Luis; Godoy Calderón, Yesenia Altualeg s/ recurso de casación", del 30/09/2014. La Corte no habilita la instancia extraordinaria en virtud de que el recurso extraordinario presentado por el fiscal era inadmisible (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Por ello, se lo declaró improcedente. Firmaron Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni.

(97) 23/12/2015, "Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sur de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vera, Lucas Abel s/ infr. art. 85, CC'", expte. 11.835/15.

(98) La Corte declara abstracta la cuestión sometida a ella debido a que en la instancia local se sobresee al imputado por prescripción; cfr. 05/09/2017, "Vera, Lucas Abel s/ infracción art. 85, CC", CSJ 642/2016/RH1. Firmaron los ministros Elena Highton de Nolasco, Horacio Rosatti, Ricardo L. Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Carlos F. Rosenkrantz. Interesa mencionar que no hubo dictamen de la Procuración General de la Nación. En relación con lo abstracto de la cuestión, destacamos que Carrió sostuvo: "...en la medida en que nuestros tribunales no modifiquen su criterio acerca de cómo definir las llamadas 'cuestiones abstractas', facultades del tipo de las que acordaba el dec.-ley 333/1958 difícilmente podrán ser cuestionadas ante la justicia, pese a su muy dudoso sustento constitucional" (cfr. CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías constitucionales...", ob. cit., p. 235). Mas el óbice de lo "abstracto" hubiera sido fácil de esquivar en virtud de lo esgrimido por el Supremo Tribunal en el caso "F., A. L." (Fallos 335:197, consid. 5º, aplicado mutatis mutandis) y la valiosa disidencia del ministro Maqueda del 23/12/2004, "Alonso, Rolando Roberto Omar s/ recurso de queja", causa A.627.XXXIX. En tal sentido, el ministro Maqueda en su disidencia sostiene: "4º) Que si bien los agravios del recurrente carecen de actualidad, con motivo del pronunciamiento dictado por el Juzgado de Ejecución un año y medio después del inicio del incidente, ello no debe ser óbice para su actual tratamiento, por cuanto situaciones como la de autos, es harto difícil que lleguen a estudio del tribunal en tiempo útil, lo que implicaría que no considerarlas hoy, se correría el riesgo de que importantes cuestiones constitucionales nunca obtengan una merituada respuesta de esta Corte [doctrina de los votos de los jueces Cavagna Martínez, Belluscio y Petracchi in re 'Bahamondez' (Fallos 316:479)]. En sentido coincidente la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que tal doctrina es aplicable cuando las cuestiones planteadas son de susceptible repetición [en 'Southern Pacific Terminal Co. vs. ICC', 219 US 498 (1911); 'Bus Employees vs. Missouri', 374 US 74 (1963); 'Caroll vs. Princess Anne', 393 US 175 (1968); 'County os Los Angeles vs. Davis', 440 US 625 (1979)]. Ello, adquiere especial interés en el sub lite si se tiene en cuenta que gran parte de los reclamos que provienen de las cárceles responden a la lentitud de los procesos (FREIXAS, Eugenio, 'La Procuración Penitenciaria. Balance y perspectivas', en Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, 1994, p. 53)".

gorrita, son pibes que andan con mochila, personas humildes **(99)**.

Además, la falta del documento de identidad no es un delito, falta o contravención, como tampoco debe asimilarse a ellos. El problema principal es tener en cuenta estos extremos como los únicos motivos habilitantes para la privación de libertad. Desde un enfoque lógico, me pongo a pensar en aquellos casos en que el ciudadano se encuentra dentro de su casa y la Policía logra ingresar a su domicilio, contando con su consentimiento, y no encuentra ningún elemento proveniente de algún ilícito, pero... no tiene el DNI porque lo dejó en casa de su suegra, madre o novia. Pregunto, ¿debe detenerlo la Policía? Imagínese otro caso donde a una persona le roban su billetera en altas horas de la noche y de repente aparece la Policía y le pide el documento. ¿Le creerá la Policía a un joven que acaba de salir del boliche y que ha tomado algunas copas de más? **(100)**.

Por otra parte, considero que no es gratis la detención al efecto de exhibir el documento de identidad, puesto que la Corte Interamericana, en el caso "Torres Millacura y otros vs. Argentina" **(101)**, considera que, a los efectos del art. 7º de la Convención, una "demora", así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación de la libertad física de la persona; por lo tanto, toda limitación a ella debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando esta sea compatible con la Convención **(102)**.

Por lo tanto, si un individuo es abordado por un funcionario policial, esa circunstancia, aunque sea breve, limita su libertad de alejarse voluntariamente, y dicho proceder estará sometido al escrutinio del art. 18 de la CN Nacional para determinar que la intrusión en la libertad responda a una causa razonable de la sociedad, y no a un acto arbitrario o irregular del funcionario policial. En otras palabras, cabe decir que el accionar policial tendiente a identificar a una persona —y, por ende, a limitar su libertad, aunque sea por un instante— se encuentra habilitado, para los casos no previstos en el Código de rito, cuando existan circunstancias debidamente fundadas que logren crear en el preventor una presunción de que alguien ha cometido o podría cometer un ilícito **(103)**.

En esta misma línea, toda interceptación policial que tuviera como objetivo una identificación personal constituirá una detención. Si bien se trata de una privación legítima de la libertad, siempre que se cumplan los requisitos legales correspondientes, lo cierto es que tal derecho se encuentra restringido. Aunque fuera momentáneamente, se tratará igualmente de una detención sin orden judicial, con todas las consecuencias y responsabilidades que ello acarrea. Así, si la persona decide desobedecer la orden y continuar circulando, ¿podrá hacerlo libremente? O, lo que es lo mismo, ¿el personal policial permitirá que esa persona continúe su camino luego de ordenarle que se detuviera? La respuesta es no. Y si la respuesta es no, es porque esa persona, durante la interceptación, ya no podrá ejercer libremente su derecho ambulatorio sin interferencias **(104)**.

En efecto, que la Policía tenga atribuciones para interceptar a una persona en la vía pública y requerirle la exhibición de sus documentos aparece como discutible. ¿Qué sucede si el destinatario de ese requerimiento no tiene documentos encima, o simplemente está apurado y no tiene deseos de que la Policía lo importune a falta de una buena razón? Distinto sería el caso si el oficial actuante le manifestara al interesado que puede no colaborar con sus indagaciones si lo desea y que en todo momento él es libre de retirarse del lugar. Claro que una admonición así sería justamente lo contrario de lo

(99) ESCALANTE, Daniel A., "Llevar el documento nacional de identidad, ¿previene el delito?"; LA LEY NOA 2017 (septiembre), 9; LL AR/DOC/1317/2017.

(100) ESCALANTE, Daniel A., "Llevar el documento...", ob. cit.

(101) Fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 229.

(102) Conf. parág. 76.

(103) AGUIRRE, Guido J., "Requisa personal", LA LEY del 05/12/2005, 6; LA LEY 2005-F, 660; DJ del 26/04/2006, 1120; LL AR/DOC/3596/2005.

(104) FAVAROTTO, Ricardo S., "Detención por averiguación de identidad. El control jurisdiccional sobre potestades policiales", LA LEY del 24/11/2017, 5; LA LEY 2017-F, 281; DPyC 2018 (febrero), 06/02/2018, 100; LL AR/DOC/2636/2017. Con cita de Gómez Urso (2013:142).

que los oficiales de Policía buscan cuando, con criterios probablemente teñidos de arbitrariedad, seleccionan en las estaciones de trenes y en otros lugares de ese tipo, a quién dirigir sus procedimientos de "prevención" **(105)**.

Por lo demás, ni que hablar de que la Policía aplica la normativa en cuestión a jóvenes que pertenecen a los sectores más carenciados de la sociedad, quienes —precisamente por esa circunstancia— se encuentran en mayores condiciones de vulnerabilidad para hacer valer sus derechos **(106)**. En este sentido, Bidart Campos —con aguda sinceridad— señala: "Es siempre la identificación de los seres humanos por sus características externas: la barba, el cabello, la indumentaria, el arito, las zapatillas, los jeans, la musculosa... ¡Qué difícil resulta entender que las investigaciones no pueden tener base constitucional sino en actos u omisiones tipificadas como delitos o como contravenciones; jamás en los modos de vida o estilos personales que tanto gustan al derecho penal de autor para perseguir y reprimir!" **(107)**.

Así las cosas, la atribución policial de detener por averiguación de antecedentes se emplea como un instrumento para detener indiscriminadamente personas sin motivo o razón alguna, con la única finalidad de demostrar cierto accionar policial en épocas de inseguridad ciudadana, con un muy informal criterio selectivo, basado, en la mayoría de los casos, en la pertenencia a cierto grupo social o por la edad, la vestimenta o el "olfato policial"; el fallo reseñado contradice lo dispuesto en la actual normativa sobre los requisitos para concretar esta facultad policial, desconociendo los estándares internacionales sobre la materia, lo que ya le ha valido la responsabilidad internacional al Estado argentino en el caso "Bulacio" **(108)**.

Por otro lado, y a todo evento, debe recordarse que la disposición expresa que la detención en cuestión procede "en circunstancias que lo justifiquen". Es sabido que la Policía cuenta hoy en día con métodos de identificación de personas mucho más avanzados que los que tenía cuando, en el año 1958, se sanciona el decreto-ley primigenio (luego modificado). De allí que, para que ahora se justifique una detención para averiguar los antecedentes de una persona, debe estarse frente a una situación excepcional, tal como que el "averiguado" no tenga ningún documento a mano o en su casa que acredite quién es, o que la Policía sospeche que aquel tiene razones para ocultar su verdadera identidad, etc. Vale decir, la norma invocada no autoriza hoy en día a detener a alguien porque al oficial de Policía interviniente no le gusta la cara de un ciudadano. En todo caso, me preocuparía mucho que así se la interpretase **(109)**.

Así, la circulación de varios transeúntes por la calle en horas de la noche o la presencia de alguien en las puertas de un local bailable, durante la madrugada, no configuran la situación legal que autoriza una sospecha verosímil sobre la comisión (cierta o inminente) de un hecho ilícito (delito o contravención), por tratarse de actividades en convivencia que forman parte del ámbito de libertad y privacidad garantizado por el sistema republicano de gobierno. Luego, falta la condición expresa de acceso (*input*) a la norma, que fundamenta el deber concreto de acreditar la identidad personal y permite —frente a una eventual negativa— la conducción del remiso a la dependencia correspondiente (*output* del reglamento). Dicho de modo más sencillo, tras la reforma legal, no existe la facultad policíaca de identificación "pura" o "directa" frente al ciudadano que recorre o se detiene en las calles o lugares públicos, y la demora de una persona con ese propósito está ahora supeditada, rigurosamente, al presupuesto genérico del arresto sin orden judicial ("indicios vehementes de culpabilidad" o, en el vocabulario de la

(105) CARRIÓ, Alejandro, "Garantías constitucionales...", ob. cit., p. 306.

(106) LEGUIZAMÓN, Facundo M., "Detención policial sin orden judicial: una problemática común a las provincias", DPyC 2019 (marzo), 15/03/2019, 55; LL AR/DOC/2789/2018.

(107) Cfr. LEGUIZAMÓN, Facundo M., "Detención policial...", ob. cit., con cita de BIDART CAMPOS, Germán J., "Lo nulo y lo válido en una causa por drogas", ED 161-324-325.

(108) EDWARDS, Carlos E., "Un retroceso en la detención por averiguación de antecedentes", LA LEY del 11/02/2016, 5; LA LEY 2016-A, 306; LL AR/DOC/365/2016.

(109) CARRIÓ, Alejandro, "Facultades policiales en materia de arrestos y requisas...", ob. cit., p. 269.

jurisprudencia norteamericana, "causa probable") **(110)**.

Para finalizar, la actividad de la Policía de solicitar documentos de identidad se encubre bajo el cliché de estar realizando "un control poblacional" **(111)**; sin embargo, dicho mandato no surge de ninguna normativa, por lo que se está arrogando facultades que nadie le confiere y que se utilizan como una "patente de corso" para identificar a diestra y siniestra a cualquier persona, o —mejor dicho— para detener a los fines de identificación a los estratos más vulnerables de la sociedad argentina. De hecho, no existe ninguna causa donde las fuerzas de seguridad hubieran realizado un "control poblacional" o "razia" **(112)** y los perjudicados sean personas de estrato social alto.

Sostener lo contrario —esto es, que de todos modos el personal policial, ante tales circunstancias, se halla facultado para proceder a la detención de una persona y exigir su identificación, pues, como se suele afirmar, así se lo indican su experiencia, la problemática criminal de la zona y su entrenamiento profesional— constituye una interpretación normativa que otorga una amplitud tal a las disposiciones legales aplicables que las torna claramente incompatibles con el contenido y la finalidad de la garantía constitucional que esas leyes reglamentan.

(110) SANDRO, Jorge A., "Síndrome del maleante e intervención policial drástica", LA LEY 1998-E, 309; LL AR/DOC/21923/2001.

(111) Como ejemplo de ello, cfr. 23/12/2015, "Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sur de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vera, Lucas Abel s/ infr. art. 85, CC'", expte. 11.835/15.

(112) Al estilo de la causa "Bulacio", donde el 19/04/1991 la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva o "razia" de "más de ochenta personas" en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones del estadio Club Obras Sanitarias de la Nación (cfr. Corte IDH, 18/09/2003, "Caso Bulacio vs. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, Serie C, nro. 100, específicamente parág. 3º de la sentencia). O sea, no tengo conocimiento de que se hubiera llevado a cabo, por ejemplo, una "detención masiva o razia" en el Abierto Argentino de Polo realizado en el barrio de Palermo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o un "control poblacional" en el barrio de Puerto Madero de la misma ciudad.

VIII. La invalidez del procedimiento no se legitima por su resultado

La Corte Interamericana, en la sentencia que se comenta, critica certeramente que los procedimientos se justifiquen por el resultado obtenido. Mas esa crítica es directa hacia un modo de pensar que tenía la Corte Suprema de Justicia de la Nación no solamente en los precedentes "Fernández Prieto" y "Tumbeiro", sino que se extendió a otros precedentes, como, por ejemplo, "Monzón" **(113)** y "Szmilowsky" **(114)**.

Con el siguiente latiguillo, en cuanto a que el fin justifica los medios, la Corte Suprema intentaba justificar la validez de los procedimientos: resulta conveniente recordar que los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, "la razón de justicia, que exige que el delito comprobado, no rinda beneficios". Por lo demás, tampoco es posible olvidar que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado "el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio", ya que aquel no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia. Es por ello que una solución diferente no implicaría un aseguramiento de la defensa en juicio, sino desconocer la verdad material revelada en el proceso, toda vez que se trata de medios probatorios que no exhiben tacha original alguna, más aún si se tiene en cuenta que el procesado, al prestar declaración indagatoria, reconoció que en ocasión de ser detenido transportaba estupefacientes **(115)**.

Como una muestra más, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su oportunidad decide abrir un recurso deducido por el fiscal (y revocar la sentencia recurrida) en las causas "Mora-

(113) 12/12/2002, "Monzón, Rubén Manuel s/ recurso de casación", causa M.420.XXXV.

(114) 06/02/2003, "Szmilowsky, Tomás Alejandro s/ causa Nº 4606/2000", causa S.304.XXXVII.

(115) Del consid. 19 del voto de la mayoría del precedente de Fallos 321:2947 ("Fernández Prieto").

les Agüero" **(116)** y "Flores Núñez" **(117)**, bajo el fundamento de que la decisión del tribunal anterior en grado (la Cámara Nacional de Casación Penal) había dejado firme una resolución que impide el descubrimiento de la verdad jurídica objetiva.

Con ese proceder, la Corte Suprema no estaba interesada en cómo se habían obtenido los medios probatorios, ya que el resultado obnubilaba cualquier tipo de decisión. Sin embargo, considero que de la vulneración de una garantía fundamental no puede derivarse un perjuicio para el imputado, pues sería tanto como volver a desconocer aquella garantía al aprovechar lo que resulta de su quebrantamiento. Por lo tanto, el fin nunca puede justificar los medios **(118)**.

De hecho, con anterioridad a "Fernández Prieto" y "Tumbeiro", la Corte Suprema sostenía que lo expuesto precedentemente es así porque

(116) Registrado el 07/05/1998, "Morales Agüero, Luis Alberto s/ art. 5º, inc. c), de la ley 23.737 (causa Nº 368)", causa M.54.XXXIII, Fallos 321:1385. Firmaron los ministros Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto C. Belluscio (en disidencia), Enrique S. Petracchi (en disidencia), Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert (en disidencia) y Adolfo R. Vázquez (por su voto).

(117) 22/12/1998, "Flores Núñez, María Aurelia s/ art. 5º —inc. c)—, ley 23.737 —causa Nº 1036—", causa F.274. XXXIII, Fallos 321:3663. Firmaron: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt (en disidencia), Augusto C. Belluscio (en disidencia), Enrique S. Petracchi (en disidencia), Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert (en disidencia) y Adolfo R. Vázquez. La disidencia, al unísono, sostuvo: "...Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, no refuta todos y cada uno de los argumentos de la sentencia apelada. Por ello y oído el Sr. procurador fiscal, se desestima la queja".

(118) Al contrario de esa postura, al momento de relativizar la regla de exclusión probatoria, texto de ineludible lectura, Morgenstern dice que se sigue este razonamiento: "...el Estado obtuvo un bien (información) violando una norma. La primera consecuencia es que esa información, como bien, como valor, le sea sustraída a quien la obtuvo sin derecho, siendo superfluos los argumentos deontológicos y consecuencialistas, porque uno no se pregunta con argumentos deontológicos o consecuencialistas sobre la conservación del objeto robado por el ladrón. Se lo priva de ello solo porque él no tiene derecho a tener la cosa. Podría contraargumentarse que un deontologista que tiene algo que obtuvo ilícitamente debería usarlo de todas maneras si tiene por delante otra norma imperativa categórica que cumplir. Pero eso sería incorrecto, porque desconsidera que el deontológico no lo es solo antes de la acción (¿puedo obtener la evidencia?) sino después de la acción (¿qué hago con la evidencia que obtuve en violación de mis deberes?). Y, en todo caso, el conflicto de deberes no es sincrónico, sino progresivo: primero hay que resolver la violación del primer deber. También me parece problemática la justificación de la regla de exclusión en función de que consiguió que los argentinos estemos al tanto del alcance de nuestros derechos y que los policías conozcan sus límites, y que permitió un rico desarrollo jurisprudencial en materia de garantías. Además de ser un dato absolutamente contingente para sustentar la exclusión probatoria, estas afirmaciones no son contrastables por vía empírica, y, de todas formas, esos resultados se pudieron haber alcanzado con otras herramientas. Comparto el núcleo de las ideas de Carrió sobre la denuncia civil o penal a los policías. En estas situaciones, se vislumbra el problema de las asimetrías informativas: si las instituciones en general, y las argentinas en particular, no se caracterizaran por su opacidad y la falta de accountability, la regla de exclusión, como está diseñada, no tendría mucho sentido, porque alcanzaría con sancionar a la persona física responsable de la violación en el caso puntual. El problema es que, en general, no se sabe quién cometió la lesión y por eso tiene sentido atacar o sancionar a la institución (con la misma lógica que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas), porque esta tiene mucha más información que el observador externo. En el caso de la exclusión, no es justificable que por la falta de una o varias personas tenga que responder toda la comunidad, que tiene claramente un interés en que el delito efectivamente cometido no quede sin castigo, porque la impunidad se lleva mal con todas las finalidades de la pena, salvo tal vez con la prevención especial positiva, en el caso de que la persona no necesite ser resocializada. Por eso, el régimen actual podría sustituirse por uno en el que la persona individual infractora del derecho fundamental sea sancionada y también lo sea el ente colectivo al que pertenece, si es que tuvo algún tipo de culpa in eligendo/vigilando. Si no se puede determinar la responsabilidad individual, siempre que se conceda que la exclusión es un remedio apropiado y necesario (cosa que no hago), entonces sí se justificaría excluir la información obtenida mediante infracción de derechos, porque en caso contrario se favorecería que los entes colectivos pueden tolerar excepcionalmente tales infracciones y 'repartir/fraccionar el daño', pero si hay un infractor individual y el ente colectivo no participó de la lesión, el argumento a favor de la exclusión se debilita muchísimo". Asimismo, expresa: "La posibilidad de que la prueba ilegal sea admitida y se aplique una sanción penal o administrativa a los responsables de la violación, o se disponga una compensación económica para el acusado por la infracción a sus derechos desvirtúa la conclusión de que el derecho se vuelve deshonesto y malo porque supuestamente las normas se ignoran sin mayores consecuencias" (MORGENSTERN, Federico, "Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal", RDP 2014-8, 04/08/2014, 1551; LL AR/DOC/5225/2014).

la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales **(119)**. En tal sentido, otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito **(120)**.

Así delineada la cuestión, se plantea el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad: su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley. Pero cumplir en forma correcta la labor de prevención de delitos por parte de las fuerzas de seguridad es totalmente compatible con las garantías constitucionales del imputado. De hecho, es una cuestión fáctica: existen incontables expedientes que logran una condena penal con un trabajo de prevención conforme al ordenamiento jurídico y sin quebrantar las garantías constitucionales.

En este orden de ideas, la idea de que el derecho procesal tenga por finalidad la satisfacción del derecho material refleja una realidad que no puede ser discutida, pero que conviene precisar. De un lado, el proceso no es simple instrumento al servicio de fines ajenos que le serían impuestos por normas materiales. De otro, no solo el interés de prosecución penal justifica la restricción de los derechos de los particulares en el proceso, pues la actuación de los órganos del Estado puede ir dirigida a la satisfacción de otros intereses constitucionalmente protegidos. En tal sentido, el derecho procesal penal no tiene exclusivamente una función instrumental respecto del derecho penal material, de forma tal que resulte superfluo preguntarse por la justicia propia de las normas procesales **(121)**.

Así, vemos que el derecho procesal penal está presidido por los principios de verdad y de justicia, y ciertamente la determinación de los hechos que resulten relevantes, desde el punto de vista de la aplicación de sus normas, se desprende de consideraciones propias del derecho penal material. Sin embargo, circunscribir la finalidad del proceso a la obtención de una "verdad" que permita fundamentar una decisión jurídicamente correcta desde la perspectiva del derecho material conduce a un claro predominio del derecho penal, en detrimento del derecho procesal, y, con ello, el derecho procesal penal sería reducido a una función meramente técnica o instrumental que actualmente no es aceptada con este carácter absoluto por la doctrina. Si el proceso fuera tan solo "instrumental" carecería de sentido preguntarse por su justicia y no se justificaría la necesaria realización de una ponderación de valores en su aplicación. Todo lo cual demuestra que las normas procesales pueden ser interpretadas desde el punto de vista de la "justicia procesal", lo que significa que no son simples instrumentos puestos al servicio de la pretensión punitiva del Estado **(122)**. Se aseveró, en el mismo entendimiento, que el derecho procesal penal no puede ser simplemente un medio carente de un fin en sí mismo. Su fin propio se pone en evidencia si se advierte que su conjunto normativo tiende a asegurar la garantía judicial en la realización del orden jurídico penal, reestableciéndose en cuanto fuere alterado. Se persigue la vigencia del derecho y la eliminación de la justicia de hecho. Esto permite afirmar que, no obstante su carácter secundario, debe asignársele la nota de autonomía **(123)**.

Pero reitero lo medular: para que una detención y la requisa sean válidas, hace falta que se den los motivos previos que las leyes mencionan, y no alcanza con corroborar, luego de que se la efectúa, si fue razonable o no estuvo guiada

(119) Del precedente de Fallos 46:36 ("Charles Hermanos") y del consid. 7º del precedente de Fallos 306:1752 ("Fiorentino").

(120) Del consid. 5º del precedente de Fallos 303:1938 ("Montenegro") y del consid. 7º del precedente de Fallos 306:1752 ("Fiorentino").

(121) LA ROSA, Mariano R., "Razones que imponen anular una requisa ilegal", ob. cit.

(122) LA ROSA, Mariano R., "Razones que imponen anular una requisa ilegal", ob. cit.

(123) LA ROSA, Mariano R., "Razones que imponen anular una requisa ilegal", ob. cit.

por parámetros discriminatorios. De ese modo, lo que se pretende es disuadir a las autoridades de realizar detenciones arbitrarias y evitar que un análisis de "razonabilidad" posterior a su realización —que incluya, por ejemplo, una ponderación entre la detención y el hecho de que la persona era efectivamente autora de un delito, aunque ello pierda de vista los numerosos "falsos positivos" que suelen generarse— permita convalidarlas **(124)**. Así, la inexistencia de fundamentos para actuar no puede legitimarse por el resultado que se obtiene, desde que las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo. De lo contrario, razones de conveniencia se impondrán por sobre los derechos individuales previstos en la Ley Fundamental **(125)**.

En este orden de ideas, si personas culpables de la comisión de un delito no reciben sanción, en realidad ello no es imputable a la regla de exclusión, sino a las garantías que la Constitución enuncia. Son estas las que impiden a la Policía extraer declaraciones compulsivas, allanar domicilios sin orden judicial, detener a individuos sin pruebas, etc. Por supuesto, si eliminamos tales garantías, habrá más delincuentes sancionados. Pero entonces la cuestión pasará a ser si deseamos vivir en una sociedad regida por tales principios. En síntesis, no es la regla de exclusión la que determina que ciertos culpables no sean penados, sino la Constitución misma. Por aplicación de aquella regla, lo único que cambia es que en algún caso en particular sabremos los nombres de esos culpables. Pero si la Policía hubiese observado la ley y la Constitución —que es, se supone, lo que la mayoría de los habitantes desea—, la situación no habría cambiado en lo sustancial. Tales culpables, ahora anónimos, quedarían igualmente sin sanción, sin provocar la alarma de nadie **(126)**.

Aquí es de suma importancia lo que manda a crear la Corte Interamericana, que es un siste-

(124) LARSEN, Pablo, "¿Qué se pierde y qué se gana cuando ampliamos la discrecionalidad de la Policía? Réplica a Maximiliano Hairabedián", *DPI Cuántico, Diario Penal*, nro. 111, 03/06/2016, consultado el 21/01/2021, https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/06/Doctrina-Penal-Nro-111-03.05.2016.pdf.

(125) LLERA, Carlos E., "Detención y requisa sin orden judicial...", ob. cit.

(126) CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías constitucionales...", ob. cit., ps. 317-318. En este mismo orden de ideas, el autor indica que la Corte en el "...caso 'Daray' ha venido a reafirmar que lo que cuenta es si ha existido o no una transgresión constitucional inicial. Si la ha habido (en este caso una detención policial arbitraria), la prueba obtenida a partir de esa transgresión debe por imperativo ético excluirse. La excepción a esta regla es que exista un cauce de investigación autónomo del que derive la posibilidad concreta (y no solo conjetural) de que la prueba cuestionada se hubiere adquirido por una vía independiente. Por supuesto con más razón valdrá la prueba que es efectivamente adquirida por una vía autónoma. Pero que la prueba 'en sí misma' sea el resultado de una violación constitucional, no es un principio jurídico válido. La demostración más palpable de ello es este caso, donde se declaró la nulidad del secuestro de un automóvil sobre la base de una orden judicial de allanamiento. Nada hubo en ese procedimiento que pueda tildarse como de 'en sí mismo' violatorio de la Constitución. La orden se había dictado y el procedimiento se cumplió de acuerdo con la misma. Pero lo que hubo, y con ello alcanza, fue 'un solo cauce de investigación (...) viciado de ilegalidad, y que contamina de nulidad todas las pruebas originadas a partir de aquel" (cfr. CARRIÓ, Alejandro, "Detenciones arbitrarias y regla de exclusión: Cuando la Corte habla así, da gusto oírla", LA LEY 1995-B, 349; LL AR/DOC/17792/2001). Al contrario de ello, Morgenstern expresa que tiene "...divergencias con la argumentación de Carrió. Primero, creo que da un salto injustificado, porque no hay una derivación lógica entre la violación de un derecho individual y la exclusión de la prueba, y no aporta fundamentos normativos constitucionales suficientes para apoyar su postura. Falta un nexo necesario entre las garantías constitucionales y la exclusión probatoria, que no es impuesta por la Constitución Nacional. En realidad, a diferencia de otras instancias en las que la Carta Magna se pronuncia con claridad (por ejemplo, la indemnización por expropiación), en esta materia no dice nada sobre el tema, a diferencia de otros textos constitucionales latinoamericanos que explícitamente mandan remover del proceso las pruebas obtenidas por vías irregulares. La Convención Americana de Derechos Humanos tampoco brinda una solución específica y el art. 18, CN, es explícito en torno a otras facetas del debido proceso, como la prohibición de la autoincriminación o las condiciones para producir arrestos, pero es mudo respecto del camino a seguir con la prueba ilegal" (MORGENSTERN, Federico, "Argumentos a favor de la relativización...", ob. cit.). Además, expresa: "...Carrió dice que, si aceptar la prueba ilegal equivale a comprometer la buena administración de justicia, ese mal se erradica con vigor si queda claro que es la Constitución misma la que impone la exclusión. Es probable que en su razonamiento haya una falacia argumental. En sentido amplio, el non sequitur (no se sigue) abarca todas las falacias informales, porque en cada una de ellas la conclusión no se sigue lógicamente de las premisas ofrecidas. En el non sequitur propiamente dicho, la premisa puede ser relevante para

ma de recopilación de datos y cifras vinculadas a detenciones, registros y requisas cuando no media orden judicial **(127)**.

En definitiva, en palabras de Fayt, la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido —el hallazgo de los estupefacientes antes referidos—, pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo, y no posteriormente. En estas condiciones, es forzoso concluir que las injerencias cuestionadas han sido dispuestas a extramuros de los arts. 18 y 19 de la CN **(128)**.

Para finalizar, entiendo que resulta legítimo investigar hechos delictivos para determinar quiénes son los responsables; al contrario, resulta inválido proceder a la inversa: investigar a un particular para cerciorarse de si incurre en algún episodio jurídico penalmente relevante.

Enhorabuena, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que la ausencia de parámetros objetivos que legítimamente pudiesen justificar una detención sobre la configuración de los elementos previstos por la normativa y la inexistencia de una obligación posterior de justificar un registro o una requisa con independencia de los resultados obtenidos por ella generan un espacio amplio de discrecionalidad que deriva en una aplicación arbitraria de las facultades en cabeza de las autoridades policiales, lo cual, además, es avalado mediante una práctica judicial que convalida dichas detenciones sobre la base de criterios generales, como la prevención del delito, o *ex post*, por las pruebas obtenidas **(129)**. En definitiva, una actuación originariamente inconvencional no puede derivar, en función de los resultados obtenidos, en la formulación válida de imputaciones penales.

IX. Conclusión

No quiero agotar más al lector. Como últimas palabras, considero acertada la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casi todas sus consideraciones.

En primer lugar, me parece correcta la sanción a la República Argentina por dos precedentes emblema de la década del noventa, en cuanto a que validaron, por el manido olfato policial, detenciones y requisas arbitrarias e ilegales.

En tal sentido, reitera que la detención se origina en contra del principio de legalidad, pero no solamente ello, sino que las normas que permitían la detención (y requisa) eran ambiguas, por lo que afirma que existe una insuficiencia normativa y la existencia de una práctica inconvencional en ambos casos. Va de suyo que estoy de acuerdo en exigir un motivo previo, algo que parece obvio, al momento de detener a una persona, aunque sea a los fines de identificación. Motivo que debe surgir de una situación objetiva descripta *ex ante* de la injerencia y no por el olfato policial.

Además, el precedente proporciona como novedad la asimilación de la protección del ámbito de privacidad personal y familiar del domicilio y la correspondencia, protegida por el art. 11 de la Convención Americana, con la de las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública y dentro de un automóvil. En virtud de ello, afirma que no pueden ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o las autoridades, acreditando en ambos supuestos la violación de la protección de la honra y dignidad, no solo por el respectivo accionar policial, sino también por la normativa aplicable.

Para finalizar, recalco la preocupación de la Corte Interamericana **(130)** en cuanto al plazo del proceso en el sistema interamericano. Ello, puesto que entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte transcurrieron dieciocho años en el caso del Sr. Fernández Prieto, y ca-

---

la conclusión, pero esta no se sigue lógicamente de aquella, es decir, no hay una relación lógica entre dos proposiciones y se relacionan con el uso espurio del entonces y el por lo tanto. Conjeturo que, metiendo el tema en la Constitución Nacional, Carrió busca garantizar que la regla de exclusión no pueda ser reformada o suprimida por vía legislativa" (MORGENSTERN, Federico, "Argumentos a favor de la relativización...", ob. cit.).

(127) Conf. parág. 127.

(128) Del consid. 10 del precedente de Fallos 321:2947 ("Fernández Prieto").

(129) Conf. parág. 97.

(130) Conf. parág. 5º de la sentencia que se comenta.

torce años en el caso del Sr. Tumbeiro; ambos fallecieron durante el trámite en el sistema interamericano de derechos humanos: Tumbeiro durante la sustanciación en la Comisión Interamericana, mientras que Fernández Prieto aproximadamente un mes antes de la audiencia pública en la Corte Interamericana. Esto no es solo atinente a este caso, sino que el retraso de las peticiones en el sistema interamericano es moneda corriente, máxime en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Igual, parecería un contrasentido que mientras la Corte y la Comisión emiten frondosas sentencias e informes condenando a un Estado por violar el plazo razonable de un proceso, ninguna sanción tenga cuando ello sucede en casa (en el sistema interamericano de derechos humanos). El "téngase presente" no sirve de nada **(131)**.

Por último, conviene aclarar que, si bien la integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación varió por completo desde "Fernández Prieto" **(132)** y "Tumbeiro" **(133)**, de hecho, en la actualidad no hay ningún juez que haya firmado esas resoluciones; no es menos cierto que sus opiniones en cuanto a las detenciones y requisas variaron considerablemente **(134)**; por lo tanto, habría que ver qué repercusión tiene el caso de la Corte Interamericana en la Corte local.

---

(131) Aunque considero que no es con motivo de las décadas que pasaron los casos en el sistema interamericano de derechos humanos, Adler y Murad dicen: "Uno de los motivos que causó dicha demora fueron los distintos acercamientos y distanciamientos entre los representantes de las víctimas y el Estado, los que se vieron atravesados por los cambios de gobierno y sus visiones contrapuestas respecto de su posicionamiento ante el SIDH, y en general frente a temáticas de derechos humanos. En efecto, en varias oportunidades se avanzó en instancias tendientes a arribar a un acuerdo amistoso, fracasando, en definitiva, todas ellas. Por consiguiente, debido a la sistematicidad y persistencia de prácticas como las denunciadas en todo el territorio argentino y la falta de jurisprudencia sobre el punto específico por la Corte Interamericana, es que la Comisión resolvió someter el caso. Los vaivenes del Estado respecto de su posición en el caso también merecen una reflexión. En líneas generales se compadecen con su actuación general en los diversos períodos presidenciales ante el sistema interamericano. En esta dirección, resulta significativo el cambio radical en su posicionamiento, a partir de la asunción como presidente del Sr. Alberto Fernández. De hecho, la sentencia da cuenta de esta sustancial modificación. Así es que relata que, en el mes de julio de 2019, el Estado presentó su escrito de contestación, como sus observaciones a las solicitudes y argumentos de los representantes y de la Comisión, oponiéndose a las violaciones alegadas y a las medidas reparatorias peticionadas. No obstante, describe, en marzo de 2020 —con la reciente asunción del nuevo gobierno—, presentó un nuevo escrito en el que reconoció su responsabilidad internacional por violación de los arts. 7º, 8º, 11 y 25 de la CADH en perjuicio de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro" (cfr. ADLER, Federico — MURAD, Andrés, "Hacia nuevos límites internacionales...", ob. cit., p. 6).

(132) 12 de noviembre de 1998, "Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/ infracción ley 23.737 causa Nº 10.099", Fallos 321:2947, causa F.140.XXXIII. Firmaron los ministros Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt (en disidencia), Augusto C. Belluscio, Enrique S. Petracchi (en disidencia), Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert (en disidencia) y Adolfo R. Vázquez.

(133) 03/10/2002, "Tumbeiro, Carlos Alejandro s/ recurso extraordinario", causa T.135.XXXV, Fallos 325:2485. Firmaron los ministros Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt (en disidencia), Augusto C. Belluscio, Enrique S. Petracchi (en disidencia), Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert (en disidencia) y Adolfo R. Vázquez.

(134) Como ejemplo, la disidencia de Maqueda en "Waltta" (2004) y la disidencia de Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni en "Ciraolo" (2009).

JURISPRUDENCIA ANOTADA

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Calificación jurídica del hecho asignada por el Ministerio Público Fiscal. Imposibilidad del órgano jurisdiccional de revisarla. Imputación excluyente del acusador público. Potestades de los jueces. Control de legalidad de la acusación. Vinculación con el ejercicio de la acción penal. Cuestiones propias de la celebración del debate. Posibilidad de apartamiento del dictamen del Ministerio Público Fiscal. Calificación legal manifiestamente irrazonable. Disidencia.

Con nota de Fernando Peña

1. — Al determinar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, conforme el análisis que imponen las normas que regulan el instituto, el tribunal oral carece de facultades jurisdiccionales para revisar la calificación típico-jurídica asignada al suceso por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio, debido a la ausencia de una disposición normativa que habilite al órgano jurisdiccional a proceder de ese modo (del voto del Dr. Magariños).

2. — La audiencia prevista por el art. 293 del Cód. Proc. Penal de la Nación no está destinada a discutir la calificación legal asignada a los hechos atribuidos al imputado en el requerimiento de elevación a juicio, sino a evaluar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en el caso concreto, para lo cual resulta excluyente que la imputación y la calificación jurídica formulada en dicha requisitoria permita tal posibilidad; más aún si la suspensión del juicio a prueba puede ser solicitada hasta el momento mismo en que el fiscal concrete la acusación en la discusión final, en la medida en que se verifiquen determinadas y precisas circunstancias (del voto del Dr. Huarte Petite).

3. — El posicionamiento de la fiscalía frente al caso es determinante de la suerte del pedido de *probation;* y la labor jurisdiccional se limita al necesario control de legalidad para establecer si la postura de la acusación constituye una derivación razonada de los hechos de la causa o del derecho de aplicación al caso (del voto de la Dra. Llerena).

4. — El mero desacuerdo del magistrado con la postura de la fiscalía sobre alguna de las diferentes variables a analizar en la viabilidad de la suspensión del proceso a prueba, entre las que se encuentra la calificación legal, no habilita a apartarse de la propuesta formulada por el acusador si este ha expuesto criterios válidos sobre cada una, puesto que al tratarse de un instituto vinculado al ejercicio de la acción penal, la palabra de quien debe llevar adelante ese rol resulta fundamental (del voto de la Dra. Llerena).

5. — En la instancia prevista en el art. 293, Cód. Proc. Penal, para la concesión de la suspensión del juicio a prueba, el órgano jurisdiccional tiene vedado analizar la supuesta corrección de la subsunción jurídica propuesta por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio, puesto que ello importaría para el tribunal adentrarse prematuramente en el conocimiento de cuestiones fácticas y probatorias que son propias de la celebración del debate (del voto del Dr. Bruzzone).

6. — Si el tribunal, al momento de analizar los requisitos del art. 76 bis, Cód. Penal, advirtiere de la sola lectura de la descripción fáctica contenida en el requerimiento, que la calificación propuesta por la acusación en esa pieza deviene manifiestamente irrazonable, será entonces ese mismo control de logicidad y fundamentación del dictamen fiscal el que le permitirá, excepcionalmente en ese caso, anular el dictamen y apartarse de la calificación propuesta por acusador, por resultar palmariamente arbitraria (del voto del Dr. Bruzzone).

7. — La descripción de los hechos y su calificación, en el requerimiento de elevación a juicio, marca el límite de la pretensión punitiva estatal en el caso, que los jueces no pueden superar sin romper con el principio acusatorio y la igualdad de armas; pero ese marco puede ser discutido por la defensa y definido por los jueces, en la medida que exista un interés jurídico (del voto en disidencia del Dr. Jantus).

CNCasCrim. y Correc., en pleno, 03/12/2019. - Recurso de inaplicabilidad de ley en causa C., R. M. s/ robo de automotor o vehículo en la vía pública.

[Cita on line: AR/JUR/47499/2019]

El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com.

Atribuciones decisorias del fiscal, o cuando el juez está "atado de pies y manos" frente al requerimiento acusatorio

Comentario al fallo plenario n.° 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional

Fernando Peña (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Descripción del caso y fundamentos del plenario.— III. ¿Por qué un fallo plenario?— IV. Doctrina plenaria: el tribunal (y el imputado) se atiene a lo establecido por el agente fiscal.— V. El caso concreto. La agravante del art. 41 quater del Cód. Penal.— VI. Una salida alternativa.— VII. Con la mirada puesta en lo que va a (o debería) venir: el nuevo Código Procesal Penal Federal.— VIII. Sobre el *iura novit curia*.— IX. La debatida aplicabilidad del fallo "Acosta".— X. Conclusiones.

I. Introducción

La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió el 03/12/2019 un recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto en la causa CCC 500.000.371/2012/TO1/1, caratulada "Recurso de inaplicabilidad de ley en causa C. s/ robo de automotor o vehículo en la vía pública", dictando, en consecuencia, lo que resultó ser el primer fallo plenario del referido órgano jurisdiccional. Con el alcance que ello implica, y con la única disidencia del juez Jantus, el tribunal estableció que "a los fines de determinar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis, Cód. Penal), los jueces carecen de autonomía para modificar la calificación jurídica sostenida por el Ministerio Público en el requerimiento de elevación a juicio".

Se intentará demostrar que la doctrina que emerge del plenario resulta contraria a varios de los postulados acusatorios con los que se intenta *aggiornar* nuestro proceso inquisitivo mitigado **(1)**, así como los que informan el nuevo ordenamiento procesal (ley 27.063, modif. por ley 27.482), a pesar de encontrar cierto sustento —pero no únicamente— en la división de funciones requirentes y decisorias dentro del proceso, como pilar de un sistema que se diga acusatorio.

Si bien se ha sostenido que los paradigmas procesales hegemónicos son dos: inquisitivo y acusatorio (aunque como modelos teóricos

(*) Abogado, UBA, 2006. Prosecretario letrado en la Defensoría General de la Nación. Magíster en Derecho Penal por la Universidad Austral (título en trámite). Alumno regular de la Especialización en Derecho Penal, UBA.

(1) CAFFERATA NORES, José I., "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 3.

ideales no existen, en puridad), y que los "sistemas mixtos son auténticos anatemas" que "actúan como pactos entre caballeros (...) generando la falsa idea de avance y progreso" **(2)**, en la medida en que el nuestro (o los nuestros) pertenece a esta categoría gris, con tendencia hacia el acusatorio [que es el modelo estipulado constitucionalmente **(3)**], se debe prestar atención a las diversas acepciones o aplicaciones de lo "acusatorio" para que no entren en contradicción entre sí.

II. Descripción del caso y fundamentos del plenario

Conforme se puede recrear a partir de los términos del fallo, la representante del Ministerio Público Fiscal ante el Tribunal de Menores se había opuesto a la concesión de la suspensión del juicio a prueba que habría solicitado la defensa de C., sobre la base de la calificación jurídica del hecho efectuada en el requerimiento de elevación a juicio —robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y con la participación de un menor de 18 años (arts. 167, inc. 2º, y 41 quater, del Cód. Penal)—, la cual no permitía la aplicación al caso (o la concesión al imputado) de la suspensión del juicio a prueba, en la medida en que con esa subordinación legal de los hechos la pena mínima partía de los cuatro años de prisión.

El Tribunal Oral de Menores, por su parte, entendió que la oposición fiscal no se encontraba debidamente fundada y, sobre la base de una interpretación mayoritaria respecto a la improcedencia de la agravante genérica del art. 41 quater del Cód. Penal para casos como el presente (cuyo sustrato fáctico no surge del fallo comentado), entendió que correspondía modificar la calificación legal descartando ese agravante y, dado que, entonces, la sanción penal hipotética partiría de los tres años de prisión, concedió la suspensión del juicio a prueba.

Arribada la causa a la Cámara de Casación, el juez Jantus —quien, siendo juez de un Tribunal de Menores, ya había expresado el mismo criterio que el del Tribunal Oral que dio motivo al recurso— rechazó la impugnación interpuesta por la Fiscalía, contando entonces con el apoyo del juez Niño, retirado ahora de la magistratura. Por esta razón es que quedó en absoluta soledad cuando, posteriormente, mantuvo aquel criterio —disidente— en el plenario comentado.

El magistrado mencionado recordó, en primer término, su postura en cuanto a que la oposición del fiscal, superado el control jurisdiccional de fundamentación, resulta vinculante para el tribunal y, por lo tanto, torna inoperante el instituto de la *probation*.

Sin embargo, para que esa negativa sea considerada "razonable" —continuó—, debe hallar sustento en razones de política criminal, según las características del caso de que se trate, como, por ejemplo, la relativa gravedad del hecho o las condiciones del imputado. Con apoyo en doctrina **(4)**, sostuvo que la suspensión del juicio a prueba tiene por finalidad (político-criminal) "evitar las consecuencias negativas que la intervención penal produce en la persona del imputado, de satisfacer los intereses reparatorios de la víctima y, por último, de colaborar en la racionalización de la política estatal de persecución penal". Esto no debiera ser soslayado por el representante del Ministerio Público Fiscal dentro de la valoración subjetiva del caso que el legislador puso a su cargo como ámbito de discreción o decisión autónoma para determinar qué casos llevar a juicio y cuáles no. Es decir, el consentimiento que exige la norma se correspondería con un juicio de conveniencia y oportunidad político-criminal acerca de la continuación o suspensión de la persecución penal, mas no acerca de los requisitos legales que habilitan dicha suspensión. Con referencia a los mismos autores citados, convino que esos requisitos ya fueron objeto de un juicio previo de conveniencia y oportunidad por parte del legislador que

(2) BREGANTIC, Jonatan L., "*Iura novit curia*. Poder y verdad. Análisis de los paradigmas procesales donde el brocardo y la congruencia son requisitos inquisitivos", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 24.

(3) En lo que sigue se atenderá a las diferencias, pero, en puridad, debe tenerse presente que "el proceso que el constituyente tuvo en mente es un proceso adversarial" (ALLIAUD, Alejandra M., "Audiencias preliminares", Ed. Didot, Buenos Aires, 2016, p. 21).

(4) BOVINO — LOPARDO — ROVATTI, "Suspensión del procedimiento a prueba: teoría y práctica", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2013.

los estableció, por lo que la verificación efectiva de su existencia corresponde al tribunal en cada caso concreto.

De allí concluyó en que el consentimiento fiscal, "para no usurpar la función de control de legalidad, atribución propia de la función jurisdiccional, debe tener por objeto, necesariamente, algo distinto a las exigencias legales..."; y más adelante reiteró, también con sustento en la obra mencionada, que "[el] juez es quien tiene el poder exclusivo para determinar la legalidad de la situación fáctica. *En tanto se trate de supuestos de legalidad,* el fiscal, *como cualquier parte ante un tribunal imparcial*, solo puede alegar, pero la decisión acerca de la legalidad corresponde únicamente al tribunal (función jurisdiccional). La consecuencia: si el fiscal solo se opone a la suspensión alegando ausencia de requisitos, y el tribunal los considera cumplidos, *equivale a consentimiento*" (destacado en el original).

En cumplimiento de este "poder-deber" (función) jurisdiccional de determinar la legalidad de la situación fáctica, según Jantus, el juez debe tener presentes los parámetros recomendados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Acosta" (Fallos 331:858), conforme al cual una interpretación que limita el instituto (de acuerdo con el punto resolutivo I del plenario "Kosuta") "se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega *un derecho* que la propia ley reconoce" (el destacado es propio). Pero, además —se afirmó allí—, la validez de la interpretación de una norma debe cuidar "que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho", ya que "el principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio de *ultima ratio* del ordenamiento jurídico y con el principio *pro homine* que impone privilegiar una interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal".

Asimismo, afirmó su postura sobre la base de que, a su juicio, aquella constituía la última oportunidad válida para solicitar y conceder la suspensión del juicio a prueba. En esa línea, sostuvo que ese límite temporal se encuentra en la apertura del debate, toda vez que, conforme al art. 365 del Cód. Proc. Penal, aquel no se puede suspender por más de 10 días y, siendo que la suspensión del juicio a prueba se concede por un mínimo de un año, el incumplimiento de alguna pauta de conducta allí impuesta llevaría a la imposibilidad de reanudar el debate por imperio del referido art. 365 y a la consecuente absolución del imputado por imposibilidad de reeditar un debate que devino nulo por su prolongada suspensión.

Retomadas las circunstancias particulares del caso, recordó que las impugnantes habían afirmado que el tribunal carece de atribuciones para apartarse de la calificación legal contenida en el requerimiento de elevación a juicio, aunque reconocieron que eso no significa que la calificación deba permanecer inmutable a lo largo del proceso, sino que se hace necesario discutir "sobre los hechos y la prueba" en el debate, etapa en la que el tribunal *recupera* su jurisdicción, ya que cualquier manifestación anterior sobre la subsunción legal importaría un "adelantamiento de opinión".

Contra estos argumentos, el juez Jantus observó que no existe ninguna norma que obligue al tribunal a prescindir de la calificación que estime correcta para permitir una solución alternativa del conflicto haciendo efectivos los valores mencionados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Acosta". Y destacó que "para quienes sostienen la *plena vigencia* del principio *iura novit curia* resulta paradojal que al mismo tiempo se vean obligados a decidir estas cuestiones sobre la base de la utilización de una calificación provisoria que la parte acusadora menciona en el requerimiento de elevación a juicio, cuando *lo que obliga a los jueces es la descripción de los hechos y no su significado jurídico.* Ningún principio pregona que la opinión jurídica de una parte —la Fiscalía— deba permanecer incólume y sin ninguna discusión hasta la sentencia, máxime cuando esa posición importe la denegatoria sin más de un instituto como la suspensión del juicio a prueba que permite dar al conflicto una solución como la enunciada" (el destacado nos pertenece).

A criterio de este magistrado, "interpretar con ese grado de rigidez una calificación provisoria (...) no solo vulnera el derecho de defen-

sa del imputado (...) sino que también termina generando una situación paradojal": el tribunal debe aferrarse al significado jurídico asignado al hecho que no permite la suspensión del juicio a prueba, "a pesar de que el mismo tribunal, la defensa y la Fiscalía saben que, de realizarse el juicio, esa calificación no perduraría y que la que los jueces estimen correcta tornaría viable el instituto", momento en el que, como anticipó, sería extemporánea su postulación.

En definitiva, el juez Jantus afirmó en su voto que "la descripción de los hechos y su calificación en el requerimiento de elevación a juicio marcan el límite de la pretensión punitiva estatal en el caso, que los jueces no pueden superar sin romper con el principio acusatorio y la igualdad de armas. Pero ese marco puede ser discutido por la defensa y definido —también provisoriamente— por los jueces, en la medida en que exista un interés jurídico".

El voto que lidera la postura mayoritaria, esto es, que el Tribunal Oral carece de facultades jurisdiccionales para revisar la calificación típico-jurídica asignada al suceso por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento, encuentra un primer fundamento en la "absoluta ausencia de una disposición normativa que habilite al órgano jurisdiccional a proceder de ese modo". En tal sentido, el juez Magariños afirmó que los arts. 76 bis del Cód. Penal y 293 del Cód. Proc. Penal definen cuál es la tarea del tribunal al decidir sobre la procedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba, y no prevén como potestad de la magistratura la de evaluar y determinar la subordinación legal asignada al sustrato fáctico formulada en el requerimiento de elevación a juicio.

El hecho de que el Código Procesal Penal contemple de manera expresa las oportunidades en las cuales una imputación debe ser precisada —continuó— y, junto con ello, defina cuál es el órgano encargado de asignar la calificación legal dada a cada supuesto avalaría su postura. Ejemplificó su teoría con los supuestos de los arts. 316 —cuando aún no se cuenta con un auto de procesamiento, corresponde al juez calificar los hechos provisoriamente a fin de decidir sobre la libertad del imputado—, 308 —referido al procesamiento— y 347 —requerimiento de elevación a juicio—.

Esto implicaría, a su juicio, que, "según el momento en que se solicite la suspensión del juicio a prueba, el acto procesal relevante con el objetivo de establecer cuál es el delito atribuido de manera provisoria y su escala correspondiente, variará".

Por otro lado, descartó que la doctrina del precedente "Acosta" resulte aplicable o de alguna utilidad al presente caso, y afirmó que reconocer la facultad jurisdiccional de evaluar, en el marco del procedimiento de suspensión del juicio a prueba, el acierto o error de la calificación jurídica asignada "supone la creación pretoriana de una atribución no concedida por el orden legal y, por consiguiente, contraria a las razones de índole institucional que determinan el ejercicio de la jurisdicción bajo la sujeción exclusiva y excluyente a la ley, a efectos de garantizar que toda resolución de un caso posea fundamento, explicación y resulte derivación razonable de la letra de las normas legales aplicables, como único límite frente a la arbitrariedad o al capricho de quien juzga".

Ello no obstante, en el siguiente acápite se encargó de aclarar que lo dicho hasta ese momento "ninguna contradicción supone con la plena aplicabilidad del principio *iura novit curia*". Según este principio, dado el carácter público del derecho penal, es función propia del juzgador la de determinar si un cierto comportamiento posee o no significado criminal y, en su caso, establecer el sentido jurídico penal preciso de la norma aplicable. Por el contrario, "entender que la judicatura se encuentra sujeta a lo postulado por la o el representante del Ministerio Público Fiscal, importaría un quebrantamiento de la exigencia de sometimiento exclusivo a la ley, que solo alcanza a quien juzga, como garantía para el ciudadano sometido a su jurisdicción y, a su vez, como exigencia derivada de la independencia impuesta por virtud del principio republicano de división de poderes, así como por la garantía fundamental del juez natural (arts. 1º, 18 y 33 de la CN)".

Ahora bien, como se sostiene desde el inicio de este voto, el ejercicio de la jurisdicción para el que se encuentran facultados normativamente los jueces también se encontraría circunscripto, por la misma vía legal, a un momento procesal oportuno, cual es el momento de dictar senten-

cia: "acto procesal en el cual le corresponderá definir precisamente la correcta subsunción típico-jurídica de los hechos sometidos a juzgamiento (...) (conf. arts. 396 y ss. del Cód. Proc. Penal)". Más claramente, adujo que "el reconocimiento, como actividad propia de la función jurisdiccional, de la tarea de decidir y aplicar las leyes penales no supone una facultad absoluta que permita a la magistratura prescindir de los límites impuestos por la propia ley en punto a la oportunidad de su ejercicio".

Sin embargo, concede que en el marco de la audiencia prevista por el art. 293 del ordenamiento ritual la magistratura pueda ejercer ciertas facultades jurisdiccionales. En ese orden, afirmó que "a efectos de atender a los fines preventivos especiales que subyacen al instituto de la suspensión del juicio a prueba, a quien juzga corresponde el análisis y definición sobre la entidad o gravedad del hecho típico imputado por el acusador, con el objeto de evaluar si, además, de las condiciones personales del acusado, la pena en concreto podría ser de ejecución condicional, extremos ambos que constituyen la base y el sentido de la institución.

"Asimismo, de conformidad con lo dispuesto expresamente por la letra del tercer párrafo del citado art. 76 bis del Cód. Penal, al juzgador compete también decidir acerca de la razonabilidad del ofrecimiento de reparación del daño presuntamente ocasionado...", así como también debe determinar si el comportamiento imputado importa el ejercicio de violencia contra la mujer "y, en consecuencia, excluye por ello (...) la aplicación de un mecanismo alternativo al juicio...".

En todos estos aspectos referidos, "la atribución de conocer y decidir, en definitiva, si el caso está o no comprendido en el marco del instituto, conferida a la jurisdicción, forma parte de la lógica jurídica propia de su regulación legal (...) y no supone la arrogación indebida por parte del juzgador de una función que, por definición de la Constitución y la ley ha sido concedida al sujeto procesal que tiene a su cargo el ejercicio de la acusación penal pública...".

Sostiene que es incorrecto pretender suplir la falta de previsión legal de una etapa intermedia donde discutir y controlar el contenido de la acusación, con la de un instituto "cuya función y sentido normativo son absolutamente diferentes".

Tampoco considera posible que se pueda abrir el juicio con un requerimiento de elevación a juicio inválido —por tener una calificación jurídica de los hechos absolutamente irrazonable—, ya que en tal supuesto el órgano jurisdiccional cuenta con las facultades conferidas por los arts. 166 y 354 del Cód. Proc. Penal.

En definitiva, se consideró que corregir o redefinir la calificación jurídica postulada por el acusador en el requerimiento de elevación importa el ejercicio de una función que la Constitución y la ley no atribuyen al tribunal en la instancia procesal de que se trata y, en cambio, sí le confieren al acusador.

Del mismo modo, el juez Huarte Petite consideró que "la audiencia prevista por el art. 293 del Cód. Proc. Penal no está destinada a discutir la calificación legal asignada a los hechos atribuidos al imputado en el requerimiento de elevación a juicio, sino a evaluar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en el caso concreto, para lo cual, resulta excluyente que la imputación y la calificación jurídica formulada en dicha requisitoria permitan tal posibilidad".

Dejando a salvo su opinión en contrario en cuanto a la inteligencia asignada al art. 7º, inc. f), de la Convención de Belém do Pará, en relación con los hechos que importarían el ejercicio de violencia debido al género, adhirió a los fundamentos expuestos por el juez Magariños.

Admitió, empero, que un cambio de calificación propiciada por una o ambas partes en el curso de la audiencia de suspensión del juicio puede ser aceptada "si ello se deriva, sin más esfuerzo, de la objetiva lectura de la oportuna pretensión requirente, como en los supuestos en los cuales se advirtiese, a simple vista de la descripción de los hechos, un claro y evidente error material al momento de la subsunción típica".

Asimismo, se manifestó a favor de la procedencia del planteo de la suspensión del juicio a prueba hasta el final del debate, ya que si allí opera un cambio de calificación por parte del fiscal que cupiera recién entonces dentro de

los requisitos legales establecidos, aquella era la primera oportunidad para su solicitud, y no sería viable sostener una interpretación irrazonable del derecho que anulara derechos subjetivos. Argumentó por qué, en caso de que se revocase la *probation* y se reanudara el juicio, esa solución tampoco afectaría el resguardo contra el doble juzgamiento, toda vez que "la pretensión de que la garantía en estudio opere antes del dictado de una sentencia firme carece de sustento normativo" (legal, constitucional y convencional).

Por su parte, la jueza Llerena también entendió que "la posición de la acusación pública resulta vinculante, salvo que aparezca ilegal o irrazonable. Este es el baremo de la cuestión: la razonabilidad y legalidad del dictamen fiscal". Agregó que, a su juicio, la única variable de viabilidad de la suspensión del juicio a prueba que es de exclusivo resorte jurisdiccional es la razonabilidad de la reparación ofrecida; sobre todas las restantes, la opinión fundada y razonable del fiscal sella la suerte el instituto. Invocó, asimismo, las normas pertinentes del Proyecto de Código Penal de 2019 —cuya Comisión Redactora integró—, las que pondrían en cabeza del Ministerio Público Fiscal la posibilidad de alcanzar un acuerdo con el imputado, y, en la del tribunal, la labor de evaluar su "legalidad".

Por ello, (también) con excepción de cuanto sostuvo el juez Magariños en punto a los hechos con significación de violencia contra la mujer y la posibilidad de suspender el juicio a prueba en esos casos, compartió los restantes fundamentos de ese voto, al que adhirió.

En el mismo sentido, el juez Bruzzone consideró que "en la instancia prevista en el art. 293, Cód. Proc. Penal, el órgano jurisdiccional tiene vedado analizar la corrección o incorrección de la subsunción jurídica propuesta por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación, o, debo aclarar, la que proponga la Fiscalía en ese momento", pues importaría un adelantamiento de opinión prematuro.

Sin embargo, también hizo la salvedad respecto de la calificación legal que de la simple lectura de la pieza acusatoria se advirtiera como irrazonable, lo que permitiría "excepcionalmente, anular el dictamen y apartarse" de aquella.

Destacó, asimismo, que todo ello "no acarrea ninguna contradicción con el principio *iura novit curia*, sino que, por el contrario, se reafirma su plena vigencia para el momento del dictado de la sentencia (…) solo después de un completo y acabado conocimiento de los hechos y la prueba…".

El juez Rimondi, después de coincidir en lo sustancial con el voto del juez Magariños, agregó que esta solución "responde a la estructura del sistema de enjuiciamiento penal vigente", en el que el titular de la acción penal es el Ministerio Público Fiscal, por lo que la suspensión del juicio a prueba depende exclusivamente de la voluntad de su titular en los casos en que la ley lo autorice. Con ello dice hacer prevalecer el "principio acusatorio" por sobre los criterios del juez, e invocó ciertos precedentes en los que, al contrario de lo acontecido en este supuesto, se había rechazado la suspensión del juicio a prueba a pesar del consentimiento del fiscal; y, pese a compartir el criterio denegatorio del juez de la instancia anterior, hizo primar la falta de contradictorio al respecto y la concedió.

El magistrado Días, a su vez, también sostuvo que la audiencia establecida en el art. 293 no es la oportunidad procesal en la que pueda invocarse ni aplicarse la facultad propia de los jueces de decir el derecho, al igual que los jueces Sarrabayrouse y Morin, quienes entienden que el momento para que el tribunal analice la calificación jurídica de un caso es el debate oral y público, y no durante actos preliminares.

III. ¿Por qué un fallo plenario?

Como se sabe, el origen de la casación (del modelo francés) estuvo determinado por la necesidad de "proteger la autoridad de quienes habían dictado las leyes y la de quienes tenían la función judicial suprema de establecer la interpretación legal única (…); posteriormente, al recurso de casación le fue atribuida, como parte de la función nomofiláctica, la misión de unificar la jurisprudencia, y así quedó definido el contenido de la función política (extraprocesal) del recurso de casación: asegurar la vigencia uniforme del derecho objetivo. Por último, junto a la protección de las reglas materiales, el legislador francés colocó en pie de igualdad las formas por él impuestas para el juicio, y la casa-

ción fue extendida también a los *vitia in procedendo*" **(5)**.

Si bien en la actualidad esta función ha quedado relegada a un segundo plano frente a la búsqueda de la justicia en el caso concreto, el derecho a obtener una sentencia justa y, en definitiva, a un debido proceso (a todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos), todo tribunal superior tiene por misión la unificación de la interpretación normativa y de los criterios jurisprudenciales. Para asegurar estos objetivos, los justiciables cuentan, además, con el recurso de inaplicabilidad de ley **(6)**.

Particularmente, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal tiene la facultad de dictar fallos plenarios para: a) reglamentar su labor o distribuir la labor de sus salas; b) unificar la jurisprudencia de sus salas o evitar sentencias contradictorias; y c) fijar la interpretación de la ley aplicable cuando la Cámara, a iniciativa de cualquiera de sus salas, entendiera que es conveniente (conf. art. 10, en función del art. 11 bis de la ley 24.050). Asimismo, el art. 11 de la misma ley dispone que "también darán lugar a la reunión de la Cámara de Casación en pleno las sentencias que contradigan otra anterior de la misma Cámara, cuando el precedente hay sido expresamente invocado por el recurrente antes de la sentencia definitiva...". La trascendencia o relevancia de estos pronunciamientos deriva de la segunda parte del art. 10 citado, según la cual "la interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la Cámara, para los Tribunales Orales, Cámaras de Apelaciones y para todo otro órgano jurisdiccional que dependa de ella, sin perjuicio de que los jueces que no compartan su criterio dejen a salvo su opinión personal".

Bajo el supuesto establecido en el art. 11 recientemente aludido, las representantes del Ministerio Público Fiscal que intervinieron en este caso plantearon la necesidad de que la Cámara de Casación recurra a este cuestionado **(7)** remedio procesal, dada la disparidad de opiniones que se venían suscitando entre las distintas salas del Tribunal en relación con la posibilidad de que el Tribunal Oral pudiese determinar o modificar la calificación legal del hecho atribuido en el requerimiento de elevación a juicio por el fiscal de la etapa anterior cuando, en esa instancia, se solicitaba la suspensión del juicio a prueba.

Como se aprecia, si el dictado de un pronunciamiento plenario es, de por sí, excepcional **(8)**, la cuestión debatida en este lo hace aún más singular, ya que abarca una disparidad de casos tan grande como la existencia misma de todos aquellos cuya calificación legal atribuida en el requerimiento de elevación a juicio impida la imposición de una pena de ejecución condicional y, por ende, la suspensión del juicio a prueba (salvo que esa subsunción legal sea modificada al final del debate de modo que se permita esa vía de solución alternativa, aunque también habría que unificar este criterio). Es decir, sin importar la naturaleza del hecho y

(5) Del dictamen del Procurador General de la Nación en el caso de la CS, "Casal", Fallos 328:3355.

(6) MAIER, Julio B. J., "Derecho procesal penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, t. I: "Fundamentos", p. 124, donde, además de entender que este recurso debió ser legislado en el Código de Procedimientos, y no en una ley sobre organización judicial (ley 24.050), afirma que "este remedio ha fracasado si se lo mide a través del cumplimiento de sus dos fines políticos fundamentales: la mayoría de los fallos plenarios con el propósito de unificar la jurisprudencia proviene de la convocatoria oficial (...); y el recurso establecido para impugnar decisiones, por las excesivas condiciones fijadas para su admisibilidad y lo engorroso del acuerdo para la decisión (...) no ha resultado un medio idóneo para controlar la aplicación de la ley".

(7) *Vid.* BIDART CAMPOS, Germán, "Los fallos plenarios en materia penal (Ley penal previa e interpretación judicial posterior)", ED 150-1993, p. 604, y ARÁOZ DE LAMADRID, Octavio, "Los fallos plenarios de la Cámara Nacional de Casación Penal: ¿son constitucionales?", Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2004 —sostienen que son constitucionales—; MAIER, Julio B. J., "Derecho procesal penal", ob. cit., ps. 125 y ss., y GRASSI, Adrián P., "El problema de la constitucionalidad de los fallos plenarios obligatorios, en especial referencia a la materia penal y a la política criminal; la alternativa de la casación penal", *El Derecho Penal, enero 2004, p*s. 24 y ss. —sostienen la inconstitucionalidad—.

(8) Nótese que desde la puesta en funcionamiento del tribunal en el año 2015 solo se ha dictado este fallo plenario. Aunque lleve el número de registro 3/19, los correspondientes al 1 y 2 fueron declarados inadmisibles. La Cámara Federal de Casación Penal, en funciones desde el año 1992, ha dictado tan solo 14 fallos plenarios.

de qué tipo de calificación legal se trate, siempre que se encuentre "razonablemente fundada" en el requerimiento de elevación a juicio, no podrá ser revisada por el Tribunal Oral interviniente. Como se ve, la casuística comprendida es tan grande como la de su competencia. Sea el hecho que sea, si razonablemente pudo ser subsumido en la figura legal que excluye la posibilidad de una suspensión del juicio a prueba, habrá que esperar a la audiencia de debate oral para cuestionarla. No se trata de desentrañar la interpretación o la acepción de un término o concepto normativo de algún artículo en particular (ya sea este procesal o de la parte general o especial del Código Penal) para definir la correcta subsunción de un hecho al tipo, como en la generalidad de los casos plenarios, sino que de lo que se trata es de interpretar un vacío legal que, por tal motivo, estaba invariablemente sujeto a una práctica judicial determinada en relación con cada caso concreto.

IV. Doctrina plenaria: el tribunal (y el imputado) se atiene a lo establecido por el agente fiscal

Como puede advertirse de los dos principales votos antagónicos, parten estos de un mismo punto en común: la falta de previsión legal respecto de la posibilidad de discutir la calificación legal del hecho imputado en la audiencia que prevé el art. 293 del Cód. Proc. Penal. Uno interpreta que el tribunal puede hacerlo, porque no hay una norma que lo impida, y el otro, que no puede hacerlo, ya que falta esa habilitación normativa expresa.

Para refirmar el "sí, se puede", se agrega que el fiscal no puede fundar su oposición en la inexistencia de los requisitos legales, cuya verificación es función del juez, sino únicamente en cuestiones de "política criminal". Ello no significa que el fiscal no pueda referirse a la concurrencia de las exigencias legales, sino que lo hará en igualdad de condiciones con su contraparte (contradictorio), luego de lo cual el juez decidirá al respecto. La opinión del fiscal que sí prevalecerá, siempre que cuente con razones fundadas, será la referida a la "conveniencia de la suspensión". Esto es, aun cuando la calificación admita la suspensión del juicio a prueba, es sobre la base de la gravedad o entidad del hecho o de las condiciones personales del imputado que el fiscal puede exigir la realización del juicio.

A su vez, en esa tarea de constatación de los requisitos de procedencia del instituto, el juzgador debe efectuar una interpretación restrictiva de conformidad con los principios rectores de *ultima ratio* y *pro homine*, conforme a la inteligencia que les otorgó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Acosta". Por último, indicó, en dudosa correspondencia con todo lo anterior y con fundamentación opinable **(9)**, que ese era el último momento oportuno para solicitar la suspensión del juicio a prueba, ya que, una vez iniciado el debate, por imperio del art. 365, este no podría válidamente suspenderse en los términos del art. 76 bis del Cód. Penal.

Por el otro lado, en abono del "no se puede", se sostuvo que el Código adjetivo prevé expresamente las oportunidades en las que a cada sujeto procesal (juez o fiscal) incumbe la tarea de precisar la calificación legal, por lo que, según la etapa en la que se encontraba el caso sometido a votación plenaria, esta le correspondería al representante del Ministerio Público Fiscal, conforme al art. 347, Cód. Proc. Penal, y concluyó, de modo ciertamente circular, que la falta de una prohibición expresa para que el tribunal revise la subordinación legal de los hechos no debe ser interpretada como una autorización para ello.

Señaló, asimismo, que lo resuelto en el fallo "Acosta" por la Corte Suprema no resulta aplicable a este caso, toda vez que "lo que estaba en juego en [aquel] era la interpretación y aplicación de una norma de derecho común [art. 76 bis, Cód. Penal], por definición ajenas al recurso extraordinario federal…". A su juicio, el *holding* de dicho precedente "consistió en la afirmación de arbitrariedad que importa la opción por una interpretación restrictiva acerca de la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, frente a otra posible y razonable hermenéutica que le otorgase más amplio alcance, y, además, sin haberse llevado a cabo un examen de los principios constitucionales que informan el sistema penal de nuestro país".

(9) El juez Huarte Petite, en su voto, expuso un criterio divergente al respecto.

Luego de señalar que su postura no afecta la plena aplicabilidad del *iura novit curia* al momento de dictar sentencia, reconoció que, dados los fines preventivos especiales que subyacen a la suspensión del juicio a prueba, el juez debe definir la entidad o gravedad del hecho imputado, con el objeto de determinar si, en función de las condiciones personales del acusado, la pena en concreto podría ser de ejecución condicional. Asimismo, deberá decidir sobre la razonabilidad del ofrecimiento de reparación del daño presuntamente causado, así como determinar si se trata de un caso de violencia de género y, por tanto, excluido también de alcanzar esta vía alternativa.

V. El caso concreto. La agravante del art. 41 quater del Cód. Penal

Si nos abstraemos de la cuestión sometida a votación de la Cámara en pleno, que, ya por la propia función nomofiláctica que ese órgano tiene asignada, tiende a unificar la interpretación normativa que deberá ser respetada por los tribunales inferiores bajo su órbita de competencia, vemos que el caso particular presenta aristas que vale la pena analizar de forma aislada. Si bien no tenemos, como se dijo, una descripción de los hechos en juzgamiento (no ya una clara, precisa y circunstanciada descripción, sino ninguna), se sabe que el fiscal de la etapa escrita los calificó como "robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y por la participación en el hecho de un menor de 18 años". Esta última circunstancia agravante es la que generó el disímil criterio manifestado por el tribunal de juicio y, en consecuencia, el dictado del fallo en cuestión. Es decir, la Cámara de Casación admitió la apertura del fallo plenario para establecer una interpretación general de la ley o, antes bien, de un vacío legal, sobre la base de un caso particular. Por eso no debe perderse de vista la particularidad del caso concreto, por lo cual será necesario hacer una breve referencia al tópico de la disputa, esto es, la aplicabilidad de la agravante genérica prevista en el art. 41 quater del Cód. Penal.

La primera singularidad que presenta la agravante es que, en la medida en que el niño, niña o adolescente involucrado en el ilícito tenga entre 16 y 18 años y esté a derecho, será competente para juzgarlo un tribunal especializado en la materia, mientras que, por el contrario, la especialidad de la Alzada sobre el punto resulta más difusa, por su mayor amplitud. En este sentido, es de resaltar que la única voz disidente proviene de un juez que integró con anterioridad un tribunal de la materia especial minoril. Si bien esto último no es determinante, ya que hay infinidad de otros casos en los que la agravante referida es aplicada por los tribunales ordinarios de mayores, es un dato a tener en cuenta.

El texto de la norma en cuestión —en lo pertinente— reza: "cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará (...) respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo". Múltiples han sido las críticas que se le han formulado en sus ya casi diecisiete años de vida **(10)**, por lo que procuraré ceñir su tratamiento a aquellas más relevantes, como la de determinar el aspecto subjetivo requerido por la agravante y si es que esta cumple con el objetivo declamado de proteger a la infancia.

Alexis Simaz **(11)** sostiene que "de la 'voluntad del legislador' parece desprenderse que el mayor debe usar, utilizar o valerse del menor para la comisión del ilícito (...) frente a un sentido literal que parece no requerir tal circunstancia, ello se complementa con una interpretación teleológica. Cada vez que se introducen agravantes en el Código Penal las mismas tienen —o deberían tener—, un fundamento o fin que implique un mayor desvalor de acto y, en consecuencia, una mayor penalidad"; lo cual se encuentra en sintonía con lo expresado en los votos disidentes de los ministros Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni en el fallo "Núñez, Maximiliano s/ causa 12.183", del 24/09/2013: "...el art. 1º de la CN establece el principio republicano de gobierno y, como es sabido, una de las consecuencias de este principio en el marco de todo Estado de derecho, es que los actos de cualquiera de los poderes del Estado deben ser racionales, o sea, que deben tener una explicación que resulte mínimamente convincente para la ciu-

(10) Incorporada por ley 25.767, del 01/09/2003.

(11) SIMAZ, Alexis, "Algunas cuestiones interpretativas de la 'agravante genérica' del art. 41 quater del Cód. Penal", AP AP/DOC/3998/2012.

dadanía". De ello se derivaría que la mera intervención en el hecho de un menor de edad y otro mayor no basta para aplicarle la agravante a este último, ya que el principio de culpabilidad veda la consagración de una tal responsabilidad objetiva que le abriría el camino al *versari in re illicita*, sino que debería aun corroborarse el requerimiento de tipicidad subjetiva (dolo). Sin esta demostración del conocimiento y voluntad del partícipe mayor de edad de querer valerse de un menor de 18 años, o de la influencia que hubiere ejercido sobre el niño o adolescente para determinarlo a delinquir, la punición agravada encontraría sustento únicamente en la tipicidad objetiva, es decir, una responsabilidad meramente objetiva, lo que significa que carece de explicación racional.

Así lo exponen Damián Muñoz y Maia Plotno **(12)** al comentar el fallo referido: "Si la agravante genérica busca su fundamento en la necesidad de otorgarle protección al colectivo de la infancia y adolescencia, en aquellos supuestos en los que los niños, niñas y adolescentes son utilizados por el agente mayor de edad, necesariamente debe concluirse en que la norma no puede aplicarse en aquellos casos en los que se mantiene la responsabilidad penal de las personas menores de edad, por ejemplo, en supuestos de coautoría u otro tipo de participación criminal.

"Una interpretación racional y razonable del art. 41 quater del Cód. Penal impide su aplicación en aquellos casos en los que el sujeto menor de edad, punible conforme al régimen vigente, participa con libertad en un hecho criminal en el que también participa un mayor de edad, circunstancia que descarta que lo haya utilizado o servido para su comisión".

A partir del análisis efectuado por estos dos autores se concluye que existen cuatro posibles interpretaciones de la agravante en cuestión: "1) la mera intervención o aplicación automática; 2) el —obvio— reconocimiento del tipo subjetivo de la figura; 3) el supuesto del *plus* subjetivo; y 4) la hipótesis de autoría mediata".

Si bien los autores se inclinan por la última alternativa —la que consideran, echando mano a las pautas hermenéuticas dadas por la Corte Suprema en el citado caso "Acosta", entre otros argumentos, la más razonable—, lo cierto es que las últimas dos opciones son las únicas que se ajustarían al principio de razonabilidad republicano antes mencionado. Por lo tanto, se trata de una cuestión que *en no pocos casos* se podrá determinar incluso antes del (sobrevalorado) debate oral y público.

El mismo juez Magariños, que aquí se inclina por la imposibilidad de cuestionar la calificación legal, considera que la agravante del art. 41 quater del Cód. Penal se aplica en "aquellos supuestos en los que el mayor intervenga en la ejecución del hecho mediante una 'instrumentalización' del menor (autoría mediata)". Y formula una distinción según se trate de menores de 16 años o de aquellos que se encuentren entre los 16 y los 18 años. En el primer supuesto, "la aplicación de la agravante resulta ineludible pues lo menores de 16 años son, por definición legal (art. 1º de la ley 22.278) inimputables y, por consiguiente, su instrumentalización en la ejecución del hecho por parte del adulto —autor— deriva de modo directo (...) en la medida, claro está, que el adulto posea conocimiento de la condición de instrumento derivada de la minoridad. En cambio, en los supuestos en que se trata de menores considerados responsables (...) (art. 2º de la ley 22.278), la condición de instrumento no es posible derivarla directamente de la edad del menor, razón por la cual, la aplicación de la calificante dependerá de la verificación, en cada caso, de circunstancias que determinen una efectiva instrumentalización del menor (responsable) por parte del mayor (autor mediato)" (cfr. causa CCC 43603/2013/TO1/CNC1, "Villodres, Daniel Esteban y otro s/ robo con armas", reg. 592/2016, del 05/08/2016).

El problema se genera porque, en la medida en que la literalidad del texto normativo referido lo permite, también es múltiple la jurisprudencia según la cual la mera participación de un menor y un mayor de edad en un hecho torna aplicable el aumento punitivo.

(12) MUÑOZ, Damián — PLOTNO, Maia, "El art. 41 quater del Código Penal. Una búsqueda de sentido ante la inmadurez punitiva", en PITLEVNIK (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, t. 18, ps. 103 y ss.

Ahora bien, que la aplicación de la agravante requiera la obvia demostración de las circunstancias enunciadas anteriormente no significa que también se necesite, siempre y en todos los casos, de un debate para determinar su inaplicabilidad, ya que es posible imaginar situaciones de las que se derive tanto la imposibilidad de afirmar una autoría mediata como tan siquiera un plus subjetivo distinto del dolo correspondiente.

Es que, como gran parte de la doctrina sostiene **(13)**, el dolo no se prueba, sino que se imputa a partir de determinados datos objetivos que sí se deben probar y que —nuevamente—, en ocasiones, pueden llegar no controvertidos a la etapa de debate. Esto significa que, dadas determinadas circunstancias fácticas, como ser una ínfima diferencia etaria en la cual uno de los coimputados tuviese dieciocho, diecinueve o veinte años (por ejemplo), y el otro diecisiete, que se conozcan hace mucho tiempo, entre muchísimas otras de donde se podría inferir que no existió esa relación de ascendencia del mayor sobre el menor que necesariamente debió mediar entre ellos para sostener la aplicación de la agravante; o que incluso se invoque la preponderancia por parte del menor; o que directamente se halle probada o no discutida la libre participación de quien no es mayor de edad; es posible tener por descartada la aplicación de la agravante sin necesidad de alcanzar la etapa de debate oral, independientemente de la opinión en contrario del fiscal de instrucción, que podrá llevar su pretensión hasta la última etapa recursiva posible.

Quizás la conclusión más relevante de toda esta disquisición sea que resultaba más necesario un fallo plenario sobre la interpretación del art. 41 quater del Cód. Penal que el que en definitiva se dictó.

En síntesis, dada la posibilidad semántica de pretender aplicar la agravante comentada de manera irrazonable, o de cualquier otra figura legal que admita ser suficientemente cuestionada antes del debate oral, público, contradictorio y continuo, resulta conveniente habilitar su revisión en —por ejemplo— la audiencia del art. 293 del Cód. Proc. Penal.

VI. Una salida alternativa

Pero, aun sin alterar la doctrina que emana del plenario Nº 3 en comentario, también se puede llegar a la conclusión contraria en el caso concreto.

En efecto, si, como todos los jueces que conforman la opinión mayoritaria concuerdan, es posible apartarse del "dictamen" **(14)** fiscal en caso de que de su simple lectura se advierta su objetiva irrazonabilidad, habrá de predicarse tal connotación negativa de su opinión contraria a la suspensión del procedimiento a prueba fundada en la sola calificación legal si es que, además, se postula la irrazonable aplicación automática de la agravante antes citada.

Conforme a lo desarrollado precedentemente, es factible encontrar un requerimiento de elevación a juicio en el que se califique el hecho atribuido con la agravante del art. 41 quater por la objetiva participación de un menor (lo que para algunos estará "fundado") y que el tribunal, que tiene un criterio contrario a este, lo considere irrazonable, se aparte de él y conceda la suspensión del juicio a prueba ante el pedido de la defensa en esa dirección. Es lo que resolvió el Tribunal Oral de Menores Nº 2 en este caso: consideró infundado el dictamen fiscal de oposición a la suspensión del juicio y descartó la agravante. Como dijo la jueza Llerena, si el baremo de la cuestión está en la razonabilidad o legalidad del dictamen fiscal, habrá que ser estricto en su análisis de modo de dotar al baremo de una capacidad de rendimiento que permita descartar calificaciones que no se ajusten a un estándar de razonabilidad republicana como el aludido en los votos en disidencia del precedente "Núñez, Maximiliano" antes citado. De lo

(13) LAPORTA, Mario H., "El dolo y su determinación. Casación. Normativización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 6.

(14) Vale recordar la postura que sostiene que el consentimiento fiscal requerido en el art. 76 bis del Cód. Penal, en la medida en que eso es lo que se exige, debe ser diferenciado de los "requerimientos y conclusiones motivados" de los que habla el art. 69 del Cód. Proc. Penal, que serían canalizados a través de los "dictámenes". Cfr. voto de Luis M. García en causa CCC 41974/2014/TO1/CNC1, "Ojeda, Daniel de Jesús s/ robo", del 26/05/2015, reg. 98/2015 y sus citas.

contrario, de considerar *cualquier* interpretación *posible* como *razonable*, se concedería un poder discrecional de decisión al fiscal demasiado amplio.

Lo desconcertante del caso es que el tribunal de juicio descartó la agravante propiciada por el fiscal y el juez Magariños, como ejemplo de los que sostienen la postura extrema de la autoría mediata; sin embargo, no admitió su revisión.

Sintetizando, si el fiscal sostiene la aplicación del art. 41 quater, Cód. Penal, de una manera automática, por la simple participación del menor de edad en el hecho, y el tribunal sostiene alguna de las últimas dos interpretaciones posibles (razonables) antes enunciadas, resulta ilógico e incoherente con un sistema de justicia eficiente realizar obligadamente la audiencia de debate para que, una vez llegado a su final, el tribunal sea quien habilite la suspensión del juicio a prueba mediante el cambio de calificación aludido. Especialmente porque tampoco faltará el juez que sostenga que ya en esa oportunidad precluyó la facultad de suspender el juicio a prueba (juez Jantus, por ejemplo).

En efecto, otro argumento a favor de la necesidad práctica de posibilitar la discusión sobre la calificación legal del hecho atribuido se encuentra en un uso más racional de los recursos que logre un sistema judicial más eficiente, lo que comprende otro de los sentidos o acepciones de lo "acusatorio": "...no se trata simplemente de un cambio legal, sino que implica el desarrollo de una política pública integral (...) la eficiencia consiste en una de las ideas rectoras de cualquier política pública" **(15)**. Por ello, no sería coherente sostener que debe necesariamente realizarse la audiencia de debate para definir una circunstancia sobre la que el tribunal ya tiene un criterio fijado y se tenga que llegar al final de este para recién ahí modificar la subordinación jurídica del hecho y habilitar la solicitud de suspensión del juicio a prueba, independientemente de los recursos que interpondrá el fiscal que sostenga lo contrario.

Como se puede observar, se habla aquí de "otro de los sentidos o acepciones de lo acusatorio", lo que nos recuerda la propuesta analítica que nos ofrece Máximo Langer en su conocido artículo intitulado "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado" **(16)**. En el sentido aquí utilizado, lo "acusatorio" excede incluso a la categoría de "modelo normativo" de proceso penal, pretendiéndose aplicar a un concepto más amplio como el de política pública, dentro de la que se busque un proceso penal más eficiente como lo acusatorio, siendo "inquisitivo" uno menos eficaz o más "burocrático".

Y, en este mismo sentido, cabe traer a colación —aunque sea de manera tangencial— la propuesta de otra autora que considera que la etapa intermedia de todo proceso penal, para cumplir con ese objetivo de eficiencia, debe servir de filtro para no llevar a juicio casos que pueden alcanzar una solución anticipada y, por ello, más eficaz. En sus palabras, "las consecuencias de seguir adelante con un proceso cuya voluntad persecutoria aparece como arbitraria e infundada resultan por demás gravosas para la libertad, el patrimonio (en caso de ser impuestas medidas cautelares como embargos o inhibiciones) e implican un costo muy alto para el honor de los imputados. La evitación de juicios injustos, aun cuando la titularidad de la acción obre en manos del fiscal, debe ser un deber funcional y moral de los jueces, deber que emerge en esta etapa y debe estar latente a lo largo del proceso. Esto en modo alguno implica un adelantamiento del juicio oral, sino que evita la persecución *injusta* y, como corolario, optimiza los recursos del Estado, que se destinarán más eficazmente a aquellos casos que así lo ameriten" **(17)**.

Ahora bien, aplicando la dicotomía enunciada como "mecanismos o subsistemas que cumplen cierta función en el sistema procesal", se advierte que los jueces que optaron por no habilitar la discusión sobre la calificación legal entendieron que ello (también) es una derivación

(15) GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel, "Justicia penal adversarial", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 159.

(16) En HENDLER, Edmundo (comp.), "Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, ps. 279 y ss.

(17) DE PAOLI, María Carolina, "La vital importancia del rol del juez en la etapa intermedia en el sistema acusatorio", Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2017, p. 17.

lógica de la titularidad de la acción en cabeza del fiscal como consecuencia de un sistema acusatorio formal como el nuestro, por lo que es él quien decide qué casos llevar a juicio y cuáles no.

Sin embargo, sobre la misma premisa acusatoria (formal), el juez Jantus entendió que ese alcance de lo acusatorio invadía otro de sus principios, como el de "igualdad", con el que las partes desarrollan su estrategia de litigación frente al juez. Por lo que otorgar primacía o efecto "vinculante" a la propuesta o "teoría del caso" de una de ellas importaba romper con esa igualdad que (también) se predica de un sistema acusatorio.

VII. Con la mirada puesta en lo que va a (o debería) venir: el nuevo Código Procesal Penal Federal

Quizás se diga que no es así que este objeto de discusión esté encubriendo la ausencia de previsión legal de una etapa intermedia de control jurisdiccional sobre el contenido de la acusación. En primer lugar, porque esta etapa, a pesar de las críticas que se le han enrostrado **(18)**, sí existe y dependerá de otra interpretación judicial el alcance que se otorgue al control de la acusación fiscal. En segundo lugar, porque no puede obviarse la normativa del Código Procesal Penal Federal, vigente a la fecha y aplicable en su totalidad en Salta y Jujuy y, parcialmente, en el resto del país (arts. 19, 21, 22, 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222, conforme a la res. 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal).

Según el art. 22 referido, "los jueces y los representantes del Ministerio Público Fiscal procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social".

Esto agrega una variable más, no contemplada, a lo aquí resuelto. En este caso particular no habría sido convocada la víctima a la audiencia de suspensión del juicio a prueba o, al menos, no hay referencia alguna de ello, pero, ya que se trata de un pronunciamiento plenario y dados sus efectos "para todos los casos", no puede desecharse la posibilidad de que la víctima, debidamente notificada y presente en esa oportunidad, se manifieste a favor de la concesión y de la oferta reparatoria. Esta eventualidad debilitaría aún más la falta de consentimiento fiscal fundado únicamente en la calificación legal dispuesta en el requerimiento de elevación a juicio.

A pesar de la ausencia de la víctima, es dable sostener que una solución alternativa del conflicto mediante la suspensión del juicio a prueba se ajustará mejor a este objetivo genérico de justicia restaurativa fijado por el Código **(19)**. Especialmente si se comparte la idea de quienes bregan por la conformación de un sistema de enjuiciamiento penal que responda al viejo espíritu de la voz "civilizar" (conversión de la acción penal en civil), esto es, por un derecho reductor de la violencia en el proceso de redefinición del conflicto que genere mayor integración comunitaria **(20)**.

(18) *Vid.*, por ejemplo, CASTEX, Francisco I., "El entrecruzamiento, inadecuado, de las funciones requirentes y decisorias durante la etapa intermedia. Una violación del Estado de derecho", *Lecciones y Ensayos*, Nº 67 y 68, 1997, Ed. AbeledoPerrot — Depto. de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, ps. 277 y ss.

(19) Verónica E. Vieito, en su análisis del fallo CS, 07/08/2007, "Fiscal c. Ramos Barros, Carlos H.", F.772. XL [en PITLEVNIK (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,* Ed. Hammurabi, 2012, t. 13, ps. 84 y ss.], resume los fines político-criminales reconocidos a la suspensión del juicio a prueba por Bovino, Vitale, Pitlevnik y García, entre los que pueden enunciarse: "a) evitar la continuación de la persecución penal y la eventual imposición de una sanción punitiva al imputado; b) atender a los intereses de la víctima; c) racionalizar los recursos de la justicia penal logrando, al mismo tiempo, y solo cuando sea necesario, efectos preventivos especiales sobre el presunto infractor" (Bovino), y concluye que "discutir los fines político-criminales atribuidos a la suspensión del juicio a prueba resulta una tarea indispensable, a efectos de comprender cómo debe ser operado el instituto, y en consecuencia, resolver los problemas prácticos en la aplicación de las normas sustantivas y formales que regulan la suspensión del procedimiento".

(20) Cfr. TEDESCO, Ignacio, "Hacia la civilización del derecho penal. En homenaje al pensamiento de Edmundo S. Hendler", en ANITUA — TEDESCO (comps.), *La cultura penal,* Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2009, ps. 569 y ss.

Si bien las "soluciones" al conflicto a que se refiere este dispositivo abarcan otras —además de la suspensión del juicio a prueba— que otorgan un mayor protagonismo a la presunta víctima (art. 30 del Cód. Proc. Penal Federal), por exceder el tema que se plantea no me referiré a ellas (criterios de oportunidad, conversión de la acción y conciliación). Lo importante es destacar que la suspensión del juicio a prueba está contemplada dentro de esta solución al conflicto "primario" y que la doctrina plenaria la limita ciertamente.

La propia Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal ordena "…la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social" y establece que los fiscales deberán "…dirigir sus acciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, a quien deberá brindar amplia asistencia y respeto…" [art. 9º, incs. e) y f), de la ley 27.149]. Pues bien, si el tribunal no está facultado para revisar la calificación legal establecida en el requerimiento de elevación a juicio, se ve que la posibilidad de que la víctima o querella preste conformidad a una posible suspensión del juicio a prueba estará limitada hasta ese acto procesal.

Pero, si bien comparto los argumentos con los que se ha fundado la declaración de inconstitucionalidad **(21)** de la res. 2/2019 de la Comisión Bicameral aludida, es aún posible contemplar la nueva normativa procesal en su conjunto como guía axiológica para lo que vendrá. En tal sentido, cabe mencionar que distintos integrantes del tribunal constituido ahora en pleno para el dictado de este pronunciamiento ya se habían manifestado a favor de la aplicación del nuevo Código Procesal como "pautas orientadoras de la actividad estatal de los distintos poderes, en el sentido de que, pese a la pendiente entrada en vigencia, marcan la dirección hacia la que se dirige el nuevo esquema instrumental para la aplicación de la ley penal" (cfr. CCC 61537/2014/TO1/4/CNC1, "Arias, Ricardo Héctor s/ incidente de excarcelación", reg. 489/2015). Con ese mismo razonamiento, es dable comprender la audiencia prevista en el art. 293, Cód. Proc. Penal, como una de aquellas caracterizadas por el nuevo ordenamiento ritual como "multipropósito", entre los que se incluiría, especialmente, la discusión de la calificación legal.

Entre los principios fundamentales de la nueva normativa procesal destaca en esta dirección el art. 2º: "*Principios del proceso acusatorio.* Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización". Como se anticipó con base en el artículo de Langer, es dable remarcar aquí los principios de igualdad, de oralidad, contradicción y concentración, como aquellos que hacen a lo "acusatorio", para oponerse a la idea que superpone a todos ellos la autonomía e independencia del fiscal como titular de la acción penal pública, para, en definitiva, sostener que su opinión es la que debe prevalecer frente a la del juez en la materia aquí en discusión. Por el contrario, una tal interpretación implicaría intercambiar la inquisición judicial por una de tipo fiscal. En efecto, entender con esa rigidez lo "acusatorio" quiebra la necesaria igualdad y equidistancia que debe mediar entre las partes y el juez, además de restringir indebidamente los principios de contradicción, concentración, simplicidad y desformalización. Maier destaca: "El Estado, por medio de sus órganos públicos preestablecidos, es quien, por regla, persigue penalmente, según nuestro sistema (Cód. Penal, 71). Igualar el poder de la organización estatal, puesta al servicio de la persecución penal, resulta imposible (…). Se trata así de un ideal —quizá utópico pero plausible— el intentar acercarse en la mayor medida posible al *proceso de partes*, dotando al imputado —aun de manera parcial— de facultades equivalentes a las de los órganos de persecución del Estado…" **(22)**. Demasiado se inclina la balanza en contra del imputado si no se le permite cuestionar una subsunción legal para permitirle acceder a la suspensión del juicio a prueba antes del juicio oral.

Por otra parte, y nuevamente en referencia al caso concreto bajo estudio, se puede agregar que el art. 275 del nuevo Cód. Proc. Penal Federal habilita al acusador a formular acusaciones alternativas (o subsidiarias).

(21) Ver TOral Crim. Nº 1, 06/12/2019, "V. S., J. G. s/ excarcelación", CCC 43905/2019/TO1/2.

(22) Ob. cit., ps. 542 y ss.

Encontrándose zanjada la discusión sobre su constitucionalidad por imperio legal **(23)**, y siendo que las acusaciones agravadas son los ejemplos más comunes de este tipo de acusaciones, es dable concluir que la acusación por robo agravado por su comisión en lugares poblados y en banda y por la participación de un menor de edad comprende a aquella prevista únicamente por el art. 167, inc. 2º, del Cód. Penal. Maier, que siempre se manifestó a favor de las acusaciones alternativas como método para salvar el *ne bis in idem* y, al mismo tiempo, el derecho de defensa, advierte esta relación de contención de figuras en los delitos agravados y privilegiados, en las prohibiciones alternativas que incluyen comportamientos numéricamente indiferentes, en las relaciones de subsidiariedad tácita o expresa ("conexión que se caracteriza porque unas infracciones son residuales respecto de otras"), así como en las infracciones progresivas **(24)**.

Por lo tanto, la imputación por la figura agravada presupone y, por lo tanto, comprende a la figura de base, por lo que, desde esta perspectiva, decantarse por esta última descartando la agravante no supone estrictamente el ejercicio de un poder reservado únicamente para el representante del Ministerio Público Fiscal en la oportunidad del art. 293, Cód. Proc. Penal. Por el contrario, sería una opción siempre viable para el órgano jurisdiccional el decidirse por una parte de la calificación propuesta y desechando la restante **(25)**.

Por último, es oportuno señalar que en la práctica diaria forense se celebran acuerdos de juicio abreviado con cambios de calificaciones legales más beneficiosas en relación con las establecidas en los requerimientos de elevación a juicio, lo que desmiente que sea solo después de un debate oral que se encuentre habilitado el ejercicio propio de la jurisdicción de establecer la significación jurídica de los hechos.

VIII. Sobre el *iura novit curia*

Asimismo, ya que todos los jueces que suscribieron la doctrina plenaria se ocuparon de dejar asentado que ella no afecta en lo más mínimo su "poder-deber" de decir el derecho una vez finalizado el juicio propiamente dicho, creo conveniente hacer referencia a aquella "manifestación de la microfísica del poder estructurada en el proceso" que el brocardo *iura novit curia* representa, al decir de Bregantic **(26)**.

En primer lugar, considero que el conflicto principal suscitado en estos casos no pasa por determinar quién tiene el poder de determinar la significación jurídica del hecho. Si es el juez o el fiscal, es indistinto. La cuestión es si se puede limitar o cercenar el derecho a evitar el juicio —y, con él, la "pena del banquillo"— que tiene el imputado con la mera remisión a la calificación legal seleccionada en el requerimiento de elevación a juicio. Porque si la oposición del fiscal se funda en, por ejemplo, la violencia ejercida sobre la víctima en la comisión del hecho o en cualquier circunstancia que prefigure la necesidad de solicitar o imponer —según el caso— una pena de cumplimiento efectivo, la discusión seguramente requerirá de la amplitud que ofrece la audiencia de juicio. Pero si la razón es la calificación legal, se debe poder habilitar el debate sobre su razonabilidad con antelación a fin de resguardar ese derecho.

Ahora bien, si la cuestión fuera la de determinar a cargo de quién estará la resolución de la controversia, se pueden agregar otros argumentos a los expuestos para sostener que este es un deber del juez, en el sentido que expresa el principio *iura novit curia*.

Parafraseando nuevamente la obra de Bregantic, cabe recordar que el Código Procesal Pe-

(23) La CS ya se había pronunciado por su constitucionalidad en el caso "Luque", Fallos 325:3118. Para mayor claridad y desarrollo del tema, ver voto del juez Bruzzone en CCC 10451/2013/TO3/CFC1-CFC2, "Beltrán Muñoz, Jorge y otra s/ hurto", del 10/11/2015, reg. 637/2015.

(24) MAIER, Julio B. J., "Derecho procesal penal", ob. cit., ps. 536 y ss. También desarrolladas en la obra de BREGANTIC, Jonatan L., "*Iura novit curia*...", ob. cit., nota al pie 79.

(25) En igual sentido, MAIER, Julio B. J., "Derecho procesal penal", ob. cit., p. 540: "...se torna ahora necesario aclarar que el tribunal puede, en la sentencia y de oficio, introducir circunstancias que eliminan o aminoran la imputación, esto es, que benefician al imputado (...) incluso es posible para la sentencia disminuir del tipo básico al privilegiado, o del agravado al básico o al privilegiado, o, en las infracciones progresivas, de la mayor a la menor...".

(26) BREGANTIC, Jonatan L., "*Iura novit curia*...", ob. cit., p. 108.

nal de la Nación, "como buen heredero de las corrientes inquisitivas, cristaliza dentro de su ingeniería procesal, en el art. 401, el brocardo *iura novit curia*" **(27)**, al momento de dictar la sentencia.

Sin desconocer las distintas teorías sobre el alcance dado al brocardo, bien descriptas en la obra de Bregantic antes referida (teorías arcaicas, clásicas, críticas y garantistas —en sus versiones moderada y disruptiva—, esta última, de la que participa el autor) y las críticas que le dirigen, especialmente este último, desde la teoría garantista disruptiva, es probable que su *inevitable procedencia* provenga más de la *especial naturaleza* del juicio penal, tantas veces recordada por la Corte Suprema de Justicia **(28)**, que de la lógica inquisitiva de la que se ven estructurados nuestros procedimientos penales.

Siempre en relación con el dictado de la sentencia, nos recuerda el jurista Almeyra en la publicación referida que "nuestra Corte tiene repetidamente dicho que (...) los jueces tienen no solo la facultad, sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen, con prescindencia de los argumentos jurídicos que enuncien las partes **(29)**; en breves palabras, como también lo señaló el Alto Tribunal: *es misión de los jueces aplicar el derecho con independencia de los planteos de las partes*" **(30)** (destacado en el original). Si bien esta postura se encuentra en el polo opuesto a la propiciada por la teoría garantista disruptiva, que brega por la desaparición del brocardo, desde aquí se propugna la primera de ellas, con el límite impuesto por la pretensión acusatoria, como se señaló.

Es decir, lo único "vinculante" sería la propuesta fiscal desincriminatoria o por una salida alternativa, ya que lo que no puede hacer el juez es obligarlo a continuar con un proceso penal en contra de su voluntad (CS, "Quiroga", Fallos 327:5863), mas no la situación contraria: por más que el representante del Ministerio Público Fiscal "quiera" llevar el caso a juicio, el juez puede desestimar esa pretensión de diversos modos. El hecho de que la mayoría sostenga que depende de la "razonabilidad" del dictamen fiscal es demostrativa de lo que sostengo. En definitiva, lo que para algunos luzca razonable para otros no lo será. Ahora bien, compartir los fundamentos de un dictamen fiscal no lo torna "vinculante".

Asimismo, existen razones para sostener que esa posibilidad de definir la subsunción legal correspondiente a los hechos atribuidos en función de una ponderación del mérito sustantivo de los elementos de prueba ofrecidos por el acusador se encuentra en cabeza del juez incluso antes de lo dispuesto por el artículo referido, esto es, antes del dictado final de la sentencia.

Siguiendo el razonamiento expuesto por el juez Magariños en el conocido caso "Levy, Víctor Rubén s/ amenazas coactivas y lesiones" (causa 1092 del registro del TOral Crim. Nº 23, sentencia del 17/05/2002), tomado parcialmente por la Corte Suprema en "Quiroga" (Fallos 327:5863), se puede sostener válidamente que, siempre que estemos en presencia de un *caso,* el juez cuenta con la potestad de revisar la calificación legal propuesta en relación con los hechos y las pruebas introducidos al proceso. Concretamente, se lee allí que "la Constitución Nacional asigna al Poder Judicial una clara competencia, esto es, conforme lo dispone el art. 116 de la Ley Suprema, corresponde a ese poder el *conocimiento* y *decisión* de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación; se trata, como lo explica Guastavino, de la 'función estadual de resolver *controversias* aplicando el derecho' (GUASTAVINO, Elías P., 'Recurso extraordinario de inconstitucionalidad', Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1992, p. 62).

(27) Ob. cit., p. 32.

(28) Reseña Miguel A. Almeyra que "es firme doctrina de nuestro Supremo Tribunal de Garantías, la que predica que la especial naturaleza del juicio criminal impide que puedan considerarse —a diferencia de lo que acontece en el proceso civil— limitadas las facultades jurisdiccionales por las respectivas pretensiones de las partes (CS, Fallos 270:336; 284:338; 302:1674 y muchos otros)"; en "La jurisdicción ¿ha perdido el poder-deber de decir el derecho? Sobre la sentencia penal condenatoria en el nuevo Código Procesal Penal", LA LEY del 15/12/2014; LA LEY 2015-A.

(29) CS, Fallos 310:1536 y 2733; 316:2383; 321:1167; 324:1590 y muchos otros.

(30) CS, Fallos 291:174.

"Ahora bien, esta función del Poder Judicial solo puede ejercerse en tanto una controversia haya sido previamente planteada, por lo cual, 'El ejercicio de la función judicial por los tribunales nacionales requiere la existencia de un juicio. Así resulta de los términos de los arts. 100 y 101 —actuales 116 y 117— de la CN. Si no existiera esa limitación, los jueces nacionales podrían, por propia iniciativa, revisar los actos de otros departamentos de gobierno...' (cfr. YMAZ, Esteban — REY, Ricardo, 'El recurso extraordinario', Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2000, p. 41).

"A este respecto, la propia Corte Suprema ha afirmado que (...) 'El Poder Judicial de la Nación, ha dicho Vedia (*Constitución Argentina,* párrs. 541 y 542), no se extiende a todas las violaciones posibles de la Constitución, sino a las que le son sometidas en la forma de un caso por una de las partes. Si así no sucede, no hay caso y no hay, por lo tanto, jurisdicción acordada' (Fallos 156:318)" **(31)**.

Por otro lado, el juez García consideraba que "una vez que se ha ejercido la acción penal pública por medio de un requerimiento de remisión a juicio que ha superado la etapa crítica (arts. 347, 349 y 351, Cód. Proc. Penal) hay un caso judicial que ha sido promovido por el Ministerio Público...". En efecto, el requerimiento fiscal de elevación a juicio, como contenido de acusación, fija el objeto máximo sobre el que el tribunal se podrá pronunciar. De este modo, se rechaza la posibilidad que otorga el art. 401 antes citado, que autorizaría, incluso, la aplicación de "penas más graves o medidas de seguridad", pero se recepta el principio establecido en el art. 307 del nuevo ordenamiento procesal: "La sentencia (...) tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto del debate"; críticamente, Bregantic considera que este artículo "admite una interpretación que hará subsistir el adagio, aunque sea solapadamente, como son las modalidades *ad minimum* del latinismo" **(32)**.

Por lo tanto, incluso para quienes sostienen la teoría de la dimensión espacial restringida de la acción penal y la definen como una *línea temporal corta*, que nace con el acto de acusación (requerimiento de elevación a juicio para el Código Procesal Penal) y muere con la sentencia, ya contaba con un *caso* el Tribunal de Menores que, desatendiendo a la oposición fiscal, concedió la suspensión del juicio a prueba descartando para ello la agravante genérica que la impedía.

IX. La debatida aplicabilidad del fallo "Acosta"

Por último, no quería dejar de referirme a la disputada invocación del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Acosta" (Fallos 331:858). Ello, porque no me parece tan claro, como se señala en el voto que lidera el acuerdo, que sea fácil advertir "que las condiciones presentes en el caso sometido aquí a examen en nada se vinculan con aquellas consideradas y resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo 'Acosta'".

Para ello, es importante destacar que en "Acosta" se anuló una decisión de la sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, que, por aplicación del plenario "Kosuta", denegaba la suspensión del juicio a prueba; que, para ello, la Corte recurrió a la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que, como señaló al tratar la procedencia del recurso, en la medida en que se discutía "la exégesis acordada a una norma de derecho común, no le cabe a esta Corte establecer su inteligencia (art. 15, ley 48) sino verificar si se configura un supuesto..." en el cual "...la aplicación inadecuada de una norma de derecho común, que la desvirtúa y la vuelve inoperante, equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos...".

En este sentido, es dable advertir el alcance limitado del fallo, del que no podría extraerse "una interpretación vinculante respecto de los alcances del instituto de la suspensión del juicio a prueba, sino, como máximo, la consideración de si cierta interpretación de este (la que aplicó el tribunal *a quo*), debe ser considerada arbitraria". Es que la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, como señaló la jueza Argibay al votar en disidencia en el precedente "Fiscal c. Vega, Adrián Raúl", "...se relaciona con la

(31) Citado por el mismo juez Magariños en su voto en la causa 3418 del TOral Crim. Nº 23 seguida a Marcelo G. Paternoster, resuelta el 05/11/2012, p. 60.

(32) Ob. cit., p. 62.

irrazonabilidad de los fundamentos de las decisiones…" recurridas en cada caso y, por ello, no puede considerarse que los fallos de la Corte fundados en la doctrina de la arbitrariedad "…constituyan un precedente jurisprudencial en materia federal cuya regla puede extenderse a casos similares" (Fallos 328:4497) **(33)**.

Pero del voto del juez Jantus no se desprende que, toda vez que la Corte consideró arbitraria la "tesis restringida" respecto del instituto de la suspensión del juicio a prueba, resultaba por tanto procedente la revisión de la calificación legal del requerimiento de elevación a juicio, ya que sería una conclusión lógicamente no extraíble de aquel. Por el contrario, lo que parece desprenderse de su razonamiento tiene más relación con la admisibilidad del caso "Acosta", esto es, que la aplicación inadecuada de *la misma* norma de derecho común no la desvirtúe ni la vuelva inoperante, de modo que equivalga a decidir en contra o con prescindencia de sus términos, es decir, de modo arbitrario. En tal sentido, resultará arbitraria toda sentencia que se desentienda de los hechos del caso y desoiga los planteos específicos, conducentes para su resolución, formulados por las partes. Esta parece ser la finalidad que persigue el juez Jantus con la fundamentación de su voto.

En esa línea, toda vez que la remisión a la primera fuente de exégesis (la letra de la ley) para determinar la validez de su interpretación resulta claramente insuficiente (inexistente, como se ha visto, ya que el juego armónico de los arts. 76 bis, Cód. Penal, y 293, Cód. Proc. Penal, no ofrece respuesta alguna), en lugar de recurrir, por analogía (*in malam partem*, toda vez que restringe el "derecho" de acceder a la suspensión del juicio), a otras normas del mismo nivel para llenar ese vacío, se recurrió a los principios constitucionales, convencionales y político-criminales allí invocados.

Aquí me permito una breve digresión sobre la base de un trabajo publicado por Juan Carlos Bayón **(34)** en el que —simplificándolo al máximo— se sugiere una posición alternativa entre los dos modelos de interpretación y aplicación del derecho tradicionalmente opuestos o "modelos de juez". En efecto, luego de señalar las diferencias entre el "juez formalista" y el "principalista", entiende que la mejor versión de ellos surgiría de una tercera posición, que sería la del "juez deferente".

El juez formalista sería aquel para quien el "imperio de la ley" sería el ingrediente del Estado de derecho que mejor garantizaría la autonomía personal y la idea de justicia a través de una mayor predictibilidad **(35)** o previsibilidad **(36)**. Para este, "una regla soluciona normativamente todos los casos individuales subsumibles en el supuesto de hecho, sin resquicio para abrir el razonamiento aplicativo a la consideración de las razones subyacentes". El principalista —según la denostada visión de los autores que allí se citan, que lo consideran un "peligro público"— "no solo no ve nunca en la ley una pauta llamada a controlar de manera concluyente sus decisiones, que para él han de resultar directamente de la ponderación —*su* ponderación— de las razones en juego, sino que, además, no toma en serio que dichas razones hayan de ser *las del legislador*, las que este haya tenido en cuenta y con el peso que haya pretendido darles. Más bien, alzando la mirada por encima de la ley, pretende recabarlas de su lectura de la Constitución (indistinguible a veces de su idea de justicia), con lo que en definitiva sustituye lo que el legislador ha decidido por lo que él estima que debería haber decidido".

(33) YAPUR, Ariel, "En torno a ciertos equívocos derivados de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de suspensión del juicio a prueba", en PITLEVNIK (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,* Ed. Hammurabi, 2014, t. 14, ps. 73 y ss.

(34) "El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del derecho: dos visiones", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Edición* Especial, 2017, ps. 67-72, disponible en *http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-imperio-de-la-ley-y-la-interpretacion-y-aplicacion-del-derecho-dos-visiones-876672/*.

(35) Se habla allí de "predictibilidad", pero como esa palabra no se encuentra en el *Diccionario* de la Real Academia Española, la sustituyo por esta otra.

(36) La predictibilidad "requeriría normas formuladas como reglas (…) dotadas de autonomía semántica, interpretadas literalmente (…) y aplicadas de manera formalista (subsumiendo sin más los casos individuales en el caso genérico regulado, sin entrar a considerar las razones subyacentes a las reglas para corregir posibles casos de supra-inclusión o infra-inclusión)".

Entre estos extremos, el autor referido antepone o invoca la figura del "juez deferente" para graficar el tipo de interpretación de quien "profesa lealtad a la ley, pero no la entiende como el formalista. Si la aplicación estricta de las reglas lleva a resultados contrarios a sus razones subyacentes, entiende que el legislador no ha querido dichos resultados y que la auténtica fidelidad a la ley consiste en decidir atendiendo a esas razones. Pero si va a hacer tal cosa, a diferencia del principalita, se toma muy en serio que le incumbe la carga de justificar en qué sentido podría afirmarse que esas son las razones del legislador y no meramente las suyas...".

Aplicado el contenido de este extenso paréntesis al caso bajo estudio, considero que el voto del juez Jantus es el que se asemeja más a la interpretación y aplicación "deferente". Y en *este* sentido es que el método exegético propugnado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Acosta" se torna operante para discernir (y eventualmente corregir un caso de infra-inclusión) cuál de las interpretaciones alternativas en pugna se condice mejor con aquella "exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal". Máxime tratándose del mismo "derecho" o instituto en cuestión en ambos casos.

A ello cabe agregar todos los demás argumentos desarrollados en este trabajo para reforzar la postura minoritaria y apuntalar aún más esa supuesta intención del legislador cuando esta no subyace de la letra normativa.

X. Conclusiones

Siguiendo una lógica falsacionista, se sostuvo que, en tanto exista la posibilidad de considerar "razonables" a calificaciones jurídicas de hechos cuando no lo son, como lo demuestra el caso de la agravante prevista en el art. 41 quater del Cód. Penal, debe permitirse al Tribunal Oral discutir esa subsunción legal propuesta por el fiscal de instrucción a los fines de acceder a la suspensión del juicio a prueba siempre que sea este el único motivo esgrimido para oponerse a su concesión y fundar la falta de consentimiento. Esto es, ante el vacío legal que disparó las opiniones encontradas en el fallo plenario, lo más razonable a fin de no presumir la imprevisión del legislador era considerar que se dejó librada la discusión conforme a las circunstancias particulares del caso concreto. Esta sería la interpretación que corresponde a la de un "juez deferente", conforme a la descripción precedente, y que, al mismo tiempo, resulta más respetuosa de los principios o fundamentos sobre los que se apoya un enjuiciamiento de corte acusatorio.

Es por ello por lo que no parece aconsejable el esfuerzo por "legislar" jurisprudencialmente (art. 10 de la ley 24.050) sobre cuestiones tan variables y dependientes del caso concreto.

Como se lee en la obra de Maier antes citada, "[e]s que aplicar la ley al caso concreto representa una actividad política muy diferente a sancionar la norma que regirá casos futuros, y los jueces que dictan estos fallos plenarios parecen tener que realizar una y otra labor, mandando a aplicar los criterios de justicia del caso concreto que fallan a otros distintos que sobrevendrán en el futuro y, muchas veces, no hacen ni una ni otra cosa" **(37)**. Y, más allá de que la cita se corresponde con un cuestionamiento de los fallos plenarios en general, es aquí trasladable precisamente porque el objeto de este, como se dijo, prescinde de las particularidades que se puedan presentar en la casuística infinita de casos posibles. O será que los fallos plenarios que recaigan sobre cuestiones relacionadas con la suspensión del juicio a prueba están destinados a generar las más diversas opiniones **(38)**.

Subsidiariamente, y a fin de mantener la incolumidad de la doctrina plenaria, habrá de concederse un margen mayor que la mera plausibilidad de los fundamentos para discutir la razonabilidad de una calificación legal propuesta por el acusador.

(37) MAIER, Julio B. J., "Derecho procesal penal", ob. cit., p. 128.

(38) El plenario Nº 5 de la CFed. Casación Penal, "Kosuta", ha dado lugar a las más variadas polémicas.

JURISPRUDENCIA

CORRUPCIÓN PÚBLICA

Privatizaciones. Prescripción de la acción penal. Suspensión de los plazos. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Disidencia.

1. — La circunstancia de que pudiera haber funcionarios públicos involucrados en la maniobra debe necesariamente ser atendida con máxima rigurosidad a efectos de evitar un trajinar judicial indiferente o, aún más, funcional a la comisión e impunidad de estos delitos.

2. — El derecho a ser juzgado sin dilaciones no puede traducirse para el órgano jurisdiccional en un número específico de días, meses o años, sino que es deber jurisdiccional evaluar en cada caso concreto ciertas pautas de razonabilidad que revelen si efectivamente se ha violado de un modo palmario e injustificado la garantía en trato, sin enfatizar con exclusividad en una mera referencia temporal en abstracto.

3. — Es insuficiente para tener por configurada la transgresión del plazo razonable la mera invocación de los tiempos transcurridos, como lo pretende la parte recurrente; y máxime en casos de la magnitud y trascendencia del presente, en el que se investiga la intervención del imputado en una grave maniobra fraudulenta, cometida en perjuicio del Estado. Por lo que la naturaleza del hecho investigado y la calidad de los involucrados —entre ellos, habría funcionarios estatales—, se presentan como elementos relevantes para una correcta resolución del caso a la luz de los lineamientos expuestos (del voto del Dr. Hornos).

4. — El examen de la vigencia de la acción penal respecto del imputado —quien, además, carece de antecedentes condenatorios—, no puede obviar su derecho a ser juzgado en un plazo razonable (del voto en disidencia del Dr. Borinsky).

5. — No se advierte suficientemente fundado el pronunciamiento impugnado, en cuanto sostiene la vigencia de la acción penal en autos, con invocación de la causal suspensiva del curso de la prescripción con relación al encartado, quien se encuentra sometido a proceso en calidad de "imputado", sin que a su respecto se haya alcanzado la etapa de juicio —a más de 13 años, computados desde el llamado a prestar declaración indagatoria— en orden a la presunta intervención delictiva del nombrado en hechos ocurridos hace veinte años (del voto en disidencia del Dr. Borinsky).

CFCasación Penal, sala IV, 21/10/2020. - F. P., J. A. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/57482/2020]

Causa CFP 12037/2009/16/CFC2

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 21 de 2020.

Resulta:

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Ciudad de Buenos Aires, en fecha 15 de julio de 2020, resolvió "REVOCAR la resolución recurrida (...)" por medio de la cual el juez federal de primera instancia había decidido, en fecha 19 de marzo de 2020, "Declarar la extinción de la acción penal por prescripción respecto de J. A. F. P., cuyas condiciones personales fueran enunciadas *ab initio* y, en consecuencia, dictar su sobreseimiento..." (cfr. sistema informático "Lex 100").

Contra el pronunciamiento dictado por el tribunal anterior, los abogados defensores de J. A. F. P., interpusieron el recurso de casación en estudio; el cual fue concedido por el *a quo* el 6 de agosto de 2020.

Luego de efectuar una reseña de los antecedentes de las presentes actuaciones, los recurrentes consideraron en primer lugar que el tribunal *a quo* incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva.

Sobre el punto, destacaron: "No se encuentra controvertido que F. P. fue convocado a prestar indagatoria el 28 de diciembre de 2006, siendo este el último acto procesal interruptivo del curso de la prescripción de la acción penal, respecto de hechos que fueron calificados como constitutivos de la figura típica del art. 174, inc. 5° del CP, cuya pena máxima es de 6 años de prisión, o que el principio de ejecución habría sido en el año 1991 y se habría consumado el 2 de enero de 2001, es decir 29 años luego de la licitación investigada y 19 luego de su concertación. Tampoco se encuentran controvertidos hechos como que F. P. no registra antecedentes".

Tras ello, sostuvieron que el adverbio "siempre" al que hace alusión el art. 2 del CP "da cuenta de la clara decisión del legislador respecto de la aplicabilidad universal del principio de irretroactividad de la ley penal a todos los delitos, inclusive los de carácter continuo, continuado o permanente, sin distinciones, ya que nada inhibe la posibilidad de que durante el transcurso desde que el imputado comenzó a desplegar la conducta típica hasta que cesó de hacerlo se dicte una ley más benigna y, con ello, se configuren las únicas condiciones a las que la norma referida supedita la aplicación de la ley más favorable".

Consideraron que "no estando vigente al momento del supuesto comienzo de ejecución de los hechos la ley N° 25.188, no podrá aplicarse esta de manera retroactiva, y en lo que refiere al caso concreto, no podrá hacerse extensible un supuesto de suspensión del curso de la prescripción que no se encontraba contemplado ab initio, so pena de violentar el principio de legalidad".

Los impugnantes afirmaron que la interpretación realizada por el tribunal *a quo* en el pronunciamiento recurrido vulneró el principio de legalidad en tanto, a su criterio, se aplicó retroactivamente una ley penal más perjudicial para el imputado, privando a su asistido de la ultraactividad de la ley penal más benigna.

Seguidamente, los recurrentes consideraron que el colegiado de la instancia previa efectuó una errónea interpretación del instituto de la prescripción.

Argumentaron que "el fundamento del instituto de la prescripción se encuentra enraizado en la garantía de toda persona a que el proceso se defina en un lapso razonable, y sin dilaciones indebidas".

En sustento de su posición, citaron jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH y remarcaron: "A todas luces, resulta inusitada la duración del proceso cuyo principio de ejecución habría sido en el año 1991 y se habría consumado el 2 de enero de 2001, es decir 29 años luego de la licitación investigada y 19 de su concertación, en un contexto donde la acusación no promovió medidas de prueba novedosas, y donde se pretende mantener a flote un proceso sin vistos de que aquello se vaya a modificar, de manera que se pueda llegar a alguna decisión de mérito distinta a la que han discutido (...)".

Finalmente, la defensa técnica de F. P. consideró que el fallo impugnado resulta arbitrario por contener una fundamentación aparente. Ello así en tanto, según su juicio, el tribunal *a quo* omitió dar tratamiento a cuestiones sustanciales oportunamente planteadas por esa parte.

Hicieron reserva del caso federal.

En la oportunidad prevista en el art. 465 bis en función de los arts. 454 y 455 del CPPN —según ley 26.374—, los abogados defensores de J. A. F. P. presentaron breves notas, ocasión en la que reiteraron los agravios expuestos en su recurso de casación (cfr. Sistema Informático "Lex 100").

Superada dicha etapa procesal, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas, y practicado el sorteo de estilo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos.

El doctor *Borinsky* dijo:

De manera liminar, cabe señalar que el pronunciamiento del colegiado de la instancia previa por medio del cual revocó el sobreseimiento por prescripción de la acción penal dictado en favor de J. A. F. P., por principio, no cumple con el requisito de impugnabilidad objetiva previsto por el artículo 457 del CPPN.

Sin embargo, la parte recurrente ha logrado demostrar que en el caso se presenta una cuestión de índole federal, al encontrarse en juego las garantías constitucionales de defensa en juicio, debido proceso y plazo razonable, en los términos de los artículos 18, 28, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 8.1 CADH y 14.3 P.I.D.C.y P. (CSJN, en lo pertinente y aplicable, *in re* "Goye", Fallos: 340:2001, rta. el 26/12/2017; "Espíndola", Fallos: 342:584, rta. el 09/04/2019; causa FCR 774/2013/CFC1-CS1, "Remolcoy, Héctor Miguel", de fecha 06/08/2015 y causa FCR 61/2014/1/CA1-CS1 "Almonacid, Gustavo Martín", de fecha 15/03/2016). Ello permite equiparar la decisión a una cuestión definitiva y habilitar así la intervención de esta Cámara (CSJN, Fallos: 328:1108 "Di Nunzio" y 343:113 "Schaab", entre otros).

Superado el test de admisibilidad, comenzaré por efectuar una reseña del trámite de la presente incidencia.

El 19 de marzo de 2020, el juez federal de primera instancia resolvió declarar la extinción de la acción penal por prescripción respecto de J. A. F. P. y dictó su sobreseimiento.

Para así decidir, el magistrado instructor señaló en primer lugar que F. P. "fue llamado a prestar declaración indagatoria el día 28/12/2006 —última secuela de juicio a su respecto— en orden a hechos que ya han sido calificados en autos N° 9233/99 como infracción al art. 174 inc. 5to del código sustantivo cuya pena máxima prevista es de seis años de prisión" y que "no registra antecedentes".

Tras ello, el juez de instrucción sostuvo que el 30 de diciembre de 2014 ya se había declarado la prescripción de la acción penal respecto de O. F. —consorte de causa en la misma situación que F. P.—; decisión que, conforme surge de la resolución de primera instancia, fue revocada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Ciudad de Buenos Aires a fin de que se corrobore si alguno de los imputados —incluso aquellos que habían sido

requeridos a juicio oral— revestían calidad de funcionarios públicos.

El magistrado instructor reseñó que, por resolución de fecha 16/04/2019 y tras comprobar que ninguno de los imputados revestía tal calidad, se había sobreseído a J. A. F. P. y a sus consortes de causa nuevamente por extinción de la acción penal; decisión que, recursos de apelación mediante, fue revocada por el colegiado previo en fecha 13/06/2019 al considerar incompleta la certificación efectuada respecto de la totalidad de los imputados, su posible calidad de funcionarios públicos y su consecuente capacidad para suspender el curso de la prescripción (con mención especial de ciertas personas que fueron miembros de la Comisión de Preadjudicación interviniente en la privatización de Tandanor, a quienes el Ministerio Público Fiscal había requerido que se les recibiera declaración indagatoria —tratándose de Carlos Alberto Carballo, Alejandro Canese, Néstor Omar Rosenfeld, Jorge Pereyra de Olazabal, como también del ex Presidente Carlos Saúl Menem—).

Seguidamente, el magistrado de primera instancia resaltó "la inusitada duración de un proceso con relación a hechos cuyo principio de ejecución fue el año 1991 y que conforme estableciera hace ya muchos años la Sala II, se habría consumado el 02/01/2001: veintinueve años desde la licitación de marras y diecinueve respectivamente. Conforme surge de los autos principales, esta causa fue formada a partir de testimonios de la causa N° 9233/99 donde en 2009 se elevó a juicio la situación procesal de los procesados en la misma, donde se dictó sentencia condenatoria respecto varios de ellos por parte del TOF 5 el 27/11/2018".

Remarcó que "la situación procesal de la causante [F. P.] y sus consortes fue resuelta varias veces por el magistrado que me precediera en los autos principales, al considerarlos ajenos a los hechos, y en cada oportunidad el Superior revocó tal decisión a partir de las apelaciones planteadas por la querella y la vindicta pública, motivadas en que disentían con el criterio del juzgador. La acusación no promovió medidas de prueba, y de la actividad jurisdiccional que surge de autos, no se advierte desidia procesal alguna que pudiera haber motivado la inusitada extensión temporal del proceso" y que "surge de la resolución dictada por el magistrado que me precediera en este incidente, que incluso computando el plazo prescriptivo de aplicación (6 años) a partir de la última secuela de juicio, se verifica la susodicha extinción de la acción penal (…)".

Posteriormente, el juez federal de primera instancia sostuvo: "estos lapsos temporales desde ya, y a mi criterio, resultan en una afectación del plazo razonable de duración del proceso, en desmedro del imputado en cuanto a su derecho obtener una definición de su situación procesal en un plazo razonable que ponga fin a su incertidumbre y restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (Fallos: 310:57 "Cardozo, Miguel"), que encuentra amparo en el art. 18 de nuestra Carta Magna, y por sí solo, constituye a mi criterio un elemento fortísimo para concluirlo mediante la declaración de la extinción de la acción penal. Este concepto, de pacífica y extendida aplicación, fue sentado en diversos fallos que apuntan justamente a evitar el perjuicio de los derechos de defensa en juicio y debido proceso en razón de una extensión inusitada del mismo (CSJN, Fallos: 327:327); sin dejar de tener en cuenta la consecuente debilitación de la prueba en cuanto al establecimiento de la verdad, en concepto de los ministros Fayt y Bossert (Fallos: 322:360 —considerando 17—)".

Citó una decisión de la Sala III de esta Cámara de fecha 27/12/2019 relativa a Carlos Saúl Menem, "cuya correlación temporal con los hechos de la presente es evidente".

El magistrado instructor sostuvo que "sin perjuicio de mi convicción —consignada *ut supra*— de que la acción penal se encuentra extinta en la especie solo teniendo en cuenta el factor temporal, debe elucidarse —en los términos expresados por el Superior— si se verifica la previsión del art. 67 del CP, 2° párrafo, conforme su redacción por la ley 25.188 (…).

Que de las cinco personas enunciadas por el Superior, no obstante el actual desempeño de Alejandro Canese como asesor en el Ministerio de Relaciones Exteriores (vid. autos principales) resalta el actual senador nacional Carlos Saúl Menem, Presidente de la Nación durante el proceso de privatización investigado. Tratando su caso podrá hacérselo extensivo al resto de los nombrados *ut supra* habida cuenta de la relevancia de su función en el Poder Legislativo".

A ello el juez de grado agregó que "estudiando la eventual aplicación de esta causal en la especie, no se avizora de qué manera concreta el senador de referencia pudiera influir para perjudicar la acción penal, toda vez que su función: no guarda relación con la judicatura; en nada podría influir su autoridad o influencia política respecto de hechos acaecidos a tanta distancia temporal, y que se encuentran completamente documentados, respecto de los cuales incluso ya se ha dictado sentencia condenatoria (Tribunal Oral Federal N° 5 en c. 9233/99/TO1 el 27/11/2018). Idéntica consideración cabe respecto de todas las demás personas mentadas en esa sentencia y esta causa 12.037/2009. Es de aclarar —como corolario y en función de lo antedicho— que la aplicación de la suspensión prevista en el art. 67, 2do párrafo del có-

digo sustantivo, no puede ser automática, sino que a mi comprensión debe ponderarse cómo podría en la realidad y en concreto, una función —administrativa o política— influir negativamente en la investigación o en la toma de decisiones inherente a dicho proceso. Y como se ha dicho, no se verifica tal posibilidad en este caso".

Finalmente, el magistrado instructor aclaró que "en aras de la debida celeridad y economía procesal, aventada que ha sido la aplicación de la suspensión antedicha, y tornando a la gravitante causal de extinción de la acción, que es el tiempo transcurrido, no se habrá de certificar antecedente ni desempeño funcional alguno respecto de ninguno de los otros imputados".

Dicha decisión fue apelada por la parte querellante Tandanor y por el Ministerio Público Fiscal.

En su recurso de apelación, el querellante Tandanor se alzó contra el decisorio de primera instancia en el entendimiento que los delitos de corrupción contra el Estado Nacional eran imprescriptibles. Citó el precedente "Cossio" de esta Sala IV de la CFCP.

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que "no procede en las presentes la extinción de la acción penal por prescripción respecto del imputado, y (...) corresponde obrar de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala II de la Excelentísima Cámara en el marco de las incidencias resueltas en el mes de junio del año próximo pasado".

Además, el fiscal de primera instancia destacó que "la interpretación que formula V.S. para descartar la operatividad de la causal de suspensión en virtud de la condición de funcionario público del senador nacional Carlos Saúl Menem resulta meramente conjetural, sin basamento en circunstancias concretas que permitan afirmarlo; tampoco esa interpretación dimana expresamente de la normativa aplicable —artículo 67 del CP—".

En fecha 15 de julio de 2020, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Ciudad de Buenos Aires, resolvió revocar la resolución de primera instancia "en todo cuanto decide y fue materia de apelación".

En su voto, el Dr. Bruglia recordó su intervención anterior en las presentes actuaciones, en la que revocó una decisión similar al destacar: "la necesidad de que se averiguara si todos los imputados habían seguido desempeñando funciones públicas. Y cuando se habló de 'imputados' se dijo expresamente que debían ser incluidos Alejandro Canese, Carlos Alberto Carballo y Néstor Omar Rosenfeld, dado que oportunamente la fiscalía había pedido sus indagatorias, sin resolución jurisdiccional posterior al respecto".

Remarcó que en la intervención anterior también se hizo hincapié en que el fiscal de primera instancia había requerido que se le recibiera declaración indagatoria a Carlos S. Menem y que "esa circunstancia adquiría significativa relevancia a la hora de evaluar si era aplicable o no aquí la causal suspensiva del curso de la prescripción".

Tras ello, el juez Bruglia sostuvo: "No está en discusión que desde el 10 de diciembre de 2005 hasta el presente, Carlos Saúl Menem ha sido Senador de la Nación. Como el agotamiento de la consumación del hecho se ha ubicado en el año 2001, la operatividad de la suspensión del art. 67, CP, significaría que los plazos de prescripción no hubieren sido superados".

Seguidamente, el magistrado anterior cuestionó el alcance atribuido por el juez federal de primera instancia a la cláusula prevista en el segundo párrafo del art. 67 del CP. Consideró que "por la naturaleza de las funciones que desempeñó en su momento Carlos S. Menem y las que siguió teniendo después, no pueda descartarse la operatividad de la suspensión del plazo de prescripción, por la naturaleza que le es propia. Es más, incluso si se siguiera la propia lógica aplicada en la anterior instancia, la derivación que allí se extrajo del devenir del caso sería infundada, pues no se advierte cómo la circunstancia que no hubiere obtenido respuesta jurisdiccional el pedido de citación a indagatoria de la fiscalía (realizado en el año 2006 y repetido después) llevaría a descartar sin más la razón que inspira a la institución legal en juego".

Con relación a la razonabilidad de la duración del proceso, el juez Bruglia citó jurisprudencia de la CIDH y de la CSJN; destacó la complejidad del caso; remarcó que "no es la fecha de los hechos la que cabe considerar, sino la de afectación efectiva a proceso de los actualmente implicados en la instrucción" y consideró que "no es válido analizar si se ha producido el tipo de injusticia contra la que garantiza el derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable, sin evaluar concienzudamente las particularidades del desarrollo de este procedimiento. Y en esa tarea, cuando es operativa la causal de suspensión de la prescripción del artículo 67, segundo párrafo, del CP, debe integrarse la indagación de la incidencia que pudiera haber tenido en la duración del proceso el tipo de extremos que constituyen el fundamento de la norma adoptada por el Congreso de la Nación, máxime cuando está en juego la responsabilidad internacional del Estado argentino en virtud de los compromisos asumidos mediante la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción".

A su turno, el Dr. Llorens señaló en la resolución traída a estudio que "[l]a función ejercida desde el año 2005 por Carlos Saúl Menem evidencia una gravitación incompatible con la interpretación que el juez concedió a la disposición legal para descartar su aplicación, máxime ante una figura que al tiempo de los hechos no ocupó un lugar marginal, sino una posición central al haber desempeñado la Primera Magistratura del país. Incluso, como se destaca en el voto anterior, el camino que hasta aquí han recorrido las actuaciones insinúa, justamente, la cristalización de los riesgos que la norma procura enfrentar, y que rechaza la lógica que ha inspirado la resolución en crisis".

Seguidamente, el juez Llorens destacó que la garantía que impone la necesidad de que el juzgamiento de los delitos se desarrolle dentro de un plazo razonable guarda una íntima relación con el instituto de la prescripción.

Sostuvo que "aunque los tribunales internacionales han reiterado que su aplicación no está atada a un cómputo rígido de días, meses o años, su convocatoria para la decisión de un caso viene entrañablemente unida a la formulación de un cálculo acerca del tiempo pasado.

Allí se afinca su familiaridad con la prescripción de la acción y, también, con la solución que a ambos se le reconoce. De verificarse el agotamiento de los plazos, la posibilidad de perseguir el hecho debe fenecer; la acción debe considerarse extinguida. Tal ha sido la pacífica jurisprudencia en todos aquellos casos en los cuales se comprobó que la tramitación de una causa había superado su cuota de razonabilidad. Sin embargo, entiendo que esos puntos de contacto soslayan que, más allá de sus coincidencias, ambas categorías responden a esencias distintas y conducen, por ende, a respuestas diferentes".

Tras ello, el Dr. Llorens argumentó: "la limitación que el Estado se impone para la represión de los delitos por sus raíces filosóficas, por su ubicación normativa, por sus requisitos de procedencia poseen una identidad sustancial, propia del derecho penal. Su ritmo no es el que puede registrar un expediente judicial, sino el que impone el paso del tiempo a partir del hecho ilícito del que se trate. Transcurrido ese plazo, se pierde la posibilidad de perseguir ese suceso: la acción se ha extinguido.

Por su parte, la garantía a ser juzgado en un plazo razonable tiene una dimensión diversa. Como su nombre lo indica, no constituye una figura del derecho sustancial, sino una garantía eminentemente procesal. Ella atiende a otros tiempos, propios de la marcha de una administración de justicia que está en movimiento. De ahí, sus propias condiciones de evaluación. La complejidad del asunto y la conducta tanto de las partes como de las autoridades judiciales son los obligados requisitos que aquí se deben ponderar".

A ello agregó que "el trámite del expediente sugiere que el proceder de los actores procesales no habría cooperado a la debida y oportuna sustanciación del caso. Ello lleva a rechazar, en una primera mirada, la procedencia del planteo deducido. No obstante, la cuestión se extiende más allá. Incluso de admitirse el planteo formulado, de verificarse una demora prolongada e injustificada, los caracteres propios de este imperativo tampoco pueden ser traducidos en la solución que se postula.

Con sus rasgos peculiares, su esencia y su propio ámbito de vigencia —ceñido al curso de un proceso penal—, la operatividad de la garantía no debiera proyectarse sin más en la extinción de la acción penal".

Señaló que "una verdadera garantía debe atender al resguardo de los derechos de los justiciables. A poner en marcha los mecanismos que tutelen sus intereses y su posición frente al Estado. El cómodo recurso de truncar el curso de un proceso no puede ser estimado como una respuesta satisfactoria a ese fin. Llamar a ello garantía, es menospreciar el real valor de esa palabra. Cuando la Corte Suprema de Justicia comenzó a esbozar este derecho, y que a este tiempo ha logrado su propia autonomía, sus términos no parecían sugerir tal conclusión. En el tantas veces recordado precedente 'Mattei' se incluía entonces dentro del derecho de defensa en juicio, '...el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve posible, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal' (Fallos: 272:188). La simple extinción de la acción luego de años de trámite de un proceso judicial deja un sabor amargo que no logra conciliarse con esa necesidad de definición ante la ley y ante la sociedad que reclamaba aquella Corte".

En esa línea, el Dr. Llorens resaltó: "invocada o advertida la posible extensión de un proceso más allá de lo razonable, la genuina respuesta debe hallarse en otro lugar. Debe reclamar un actuar expeditivo por parte de las autoridades judiciales que, en el modo más breve posible, se halle en condiciones de brindar esa definición. Solo sirviendo como una exhortación a la rápida actuación de la administración de justicia, la garantía a ser juzgado en un plazo razonable será digna de tal calificación, pues solo así servirá a la íntegra tutela de la persona imputada.

No desconozco que la velocidad en muchos casos puede ser enemiga de la eficiencia. Un actuar dema-

siado rápido y precipitado puede soslayar el vigor de otras garantías. Una justicia que tarda no es justicia; pero tampoco lo es una que se pronuncia mecánicamente, guiada por el impulso de ajustarse a un calendario. Es por ello que la garantía del plazo razonable en la tramitación de las causas debe armonizarse con otro ingrediente: el que el tiempo para ello haya sido un tiempo óptimo".

Para finalizar, el magistrado referido consideró que "el proceso tendrá una duración razonable en la medida en que su tiempo se ajuste a las circunstancias del caso. Y ese tiempo será óptimo en la medida en que sea fruto de una administración eficaz. En ello radica el compromiso de los tribunales. No se trata solo de resolver rápido sino, además, de hacerlo bien. Una respuesta pronta, en la que todas las garantías se vean representadas y la verdad honrada, es la real misión que se nos ha asignado.

De ahí que, entiendo, en esta dirección es que debe comprenderse la materia debatida. La revocatoria del decisorio venido en revisión debe acompañarse de una reacción que sea consonante con sus términos.

Es por ello que habrá de encomendarse al magistrado de la anterior instancia, y a los demás protagonistas del proceso, a que aporten sus mejores esfuerzos para que con la mayor celeridad y eficiencia se avance en el trámite de la causa y se establezca si el imputado ha sido o no responsable de los hechos por los cuales hasta aquí se lo ha perseguido. En que así sea se juega la cabal tutela de los derechos individuales".

Contra la decisión del colegiado previo, la defensa particular de J. A. F. P. interpuso el recurso de casación que se encuentra a estudio de esta Alzada.

Conforme surge de la reseña efectuada supra, en el caso de autos, el *a quo* entiende aplicable la causal suspensiva del curso de la prescripción de la acción penal por ejercicio de cargo público (art. 67, segundo párrafo, del CP), con relación a J. A. F. P., en función del carácter de funcionario público que reviste Carlos S. Menem en las actuaciones principales con relación a los hechos que constituyen su objeto.

Ingresando al examen del caso, es pertinente precisar que el expediente principal, actualmente en trámite ante la instrucción, resulta de carácter residual. En efecto, en él se investiga la presunta actuación delictiva de las personas actualmente imputadas en el proceso de privatización de la empresa Tandanor, en orden al delito de defraudación en perjuicio de la administración pública (art. 174, inc. 5°, del CP).

Respecto de dichos sucesos, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de esta Ciudad ya dictó sentencia condenatoria con relación a Eduardo Andrés Tesoriere, Alejandro Arturo Alejandro Bofill y Juan Andrés Vlastó (sentencia del 07/09/2018 —fundamentos 27/11/2018—). Dicha condena fue confirmada por esta Sala IV —cfr. Reg. 145/20.4 del 21/02/2020 y Reg. N° 800/20.4 del 12/06/2020, mediante los cuales se rechazaron las impugnaciones casatorias deducidas al respecto y se declararon inadmisibles los derivados recursos extraordinarios, respectivamente—).

Por otra parte, no es posible soslayar que en el citado pronunciamiento condenatorio se dispuso el decomiso y restitución al Estado Nacional del inmueble denominado "Planta I" de la empresa Tandanor (ver punto dispositivo XVIII de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de esta Ciudad; decisión que también fue convalidada por esta Sala IV de la CFCP, cfr. Reg. 145/20.4, ya citado).

La citada condena estableció que la maniobra defraudatoria investigada tuvo inicio en el año 1991 y se consumó en el año 2001.

Con relación a los sucesos referidos, J. A. F. P. fue convocado a prestar declaración indagatoria el 28/12/2006. Al resolver su situación procesal, fue sobreseído el 14/04/2010 (cfr. art. 336, inc. 4°, del CPPN), temperamento que fue revocado por el *a quo* el 16/05/2012 (quedando el nombrado con falta de mérito). Fue nuevamente sobreseído el 14/12/2012 (cfr. art. 336, inc. 4°, del CPPN), decisión que fue revocada por el colegiado anterior el 04/07/2013. Resultó nuevamente sobreseído el 29/12/2014 (cfr. art. 336, inc. 4°, del CPPN), temperamento que fue revocado el 16/07/2015. Luego fue sobreseído por prescripción de la acción penal el 16/04/2019 (cfr. art. 336, inc. 1°, del CPPN), decisión que fue revocada el 13/06/2019 (ver páginas 59/60 del incidente de prescripción de la acción penal que se encuentra digitalizado en el sistema informático "Lex 100" y constancias obrantes en el CIJ).

A la fecha, no se concretó el requerimiento de elevación de las actuaciones a juicio (art. 347 del CPPN), respecto de F. P. y tampoco con relación a los restantes imputados. En particular, en cuanto a Carlos S. Menem (Presidente de la Nación al momento de ocurrencia de los hechos), cuya continuidad en el desempeño en la función pública invoca el "*a quo*" para sustentar la aplicación de la causal suspensiva del curso de la prescripción en el presente incidente (art. 67, párr. 2°, del CP), es pertinente señalar que el nombrado no ha sido siquiera convocado a prestar declaración indagatoria (cfr. art. 294 del CPPN).

En función del particular contexto procesal que presenta el caso según lo hasta aquí señalado, se advierte que el examen de la vigencia de la acción penal

respecto de F. P. (quien, además, carece de antecedentes condenatorios), no puede obviar el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable invocado por su defensa en el recurso de casación bajo estudio.

La garantía a ser juzgado en un plazo razonable ha sido expresamente reconocida en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y, de forma implícita, en la Constitución Nacional, integrando el bloque constitucional de garantías (arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Estas normas se encuentran orientadas a limitar la afectación de derechos de quien es sometido a proceso y a reconocer aquel que tiene todo imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, con la finalidad de impedir que permanezca largo tiempo bajo acusación y asegurar que el juicio se decida prontamente.

Plazo razonable es aquel que los órganos de persecución penal necesitan para lograr, en permanente impulso de la causa, los objetivos del proceso penal —averiguación de la verdad y restablecimiento de la paz jurídica alterada de la manera más completa posible—.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al concepto de "plazo razonable", remitiéndose al criterio elaborado por la Corte Europea de Derechos Humanos —debido a que el art. 8.1 de la CADH es equivalente al art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales—, sostuvo que "…es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) las conductas de las autoridades judiciales" (cfr. casos "Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago", sentencia del 21 de junio de 2002; "Suárez Rosero", sentencia del 12 de noviembre de 1997; y "Genie Lacayo", sentencia del 29 de enero de 1997; entre otros, y en el continente europeo, "Eur. Court H.R., Motta Judgment of 19/02/1991", Serie A N° 195-A" y "Eur. Court H.R. Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23/06/1993", Serie A N° 262).

En el sentido indicado, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Salgado, Héctor y otros s/ defraudación a la Administración Pública - causa N° 15174-34341" causa SCS 167 XLIII (rta. el 23/06/2009, Fallos: 332:1512), con relación al alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir de los precedentes "Mattei" (Fallos: 272:188) y "Mozzatti" (Fallos: 300:1102) sostuvo que en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, "la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible" (con cita de la causa P. 1991, L. XL, "Paillot, Luis M. y otro s/ contrabando", rta. el 01/04/2009, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni). Asimismo, cabe tener en cuenta, en lo pertinente y aplicable, los pronunciamientos de la CSJN *in re* "Goye" (rta. el 26/12/2017) y "Espíndola" (rta. el 09/04/2019).

En virtud de las singulares circunstancias del caso en estudio supra detalladas, no se advierte suficientemente fundado el pronunciamiento impugnado, en cuanto sostiene la vigencia de la acción penal en autos, con invocación de la causal suspensiva del curso de la prescripción (cfr. art. 67, 2do. párr. del CP), con relación a A. F. P., quien se encuentra sometido a proceso en las presentes actuaciones, en calidad de "imputado", sin que a su respecto se haya alcanzado la etapa de juicio (a más de 13 años, computados desde el llamado a prestar declaración indagatoria del 28/12/2006 —último acto con virtualidad interruptiva del curso de la prescripción—), en orden a la presunta intervención delictiva del nombrado en hechos ocurridos entre los años 1991 y 2001 (es decir, a casi 20 años de la presunta comisión del delito que se le atribuye).

Por la resolución recurrida se omitió dar tratamiento a cuestiones sustanciales planteadas, conducentes para la dilucidación del pleito, extremo que configura un supuesto de arbitrariedad de sentencia (Fallos: 311:1438; 313:343; 322:2880; 326:3734; 330:4983; 331:2285, entre muchos otros), lo que priva al fallo de su necesario sostén legal y lo descalifica como acto jurisdiccional válido.

Por lo argumentado, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de J. A. F. P., anular la resolución recurrida y reenviar las presentes actuaciones al tribunal *a quo*, a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con los parámetros aquí esbozados. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del CPPN).

El doctor *Carbajo* dijo:

I. Reseñados precedentemente los pormenores del caso y los argumentos dados por el recurrente, observo, en esta nueva intervención en orden a la admisibilidad del remedio casatorio, que le asiste razón por cuanto, si bien las resoluciones que rechazan la prescripción de la acción penal —cuya consecuencia entre otras, es la obligación de continuar sometido a proceso crimina—, no presentan, por regla general, la calidad de sentencia definitiva, cierto es que,

en el caso, se ha invocado una cuestión federal cuyo tratamiento no podrá ser revisado con eficacia posteriormente.

En ese sentido, la defensa postuló que a la invocada cuestión de la prescripción se adunaba el extenso desarrollo del proceso y la posible afectación de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

En ese orden, por un lado, memoró que el mentado instituto de la prescripción es de orden público, opera de pleno derecho y puede ser aplicado en cualquier instancia del proceso, tal como fue reconocido oportunamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por el otro, recordó que la garantía de plazo razonable se halla expresamente contemplada en diversos Tratados de jerarquía constitucional y su vulneración constituye causal federal suficiente para sortear el requisito de admisibilidad del recurso.

Es así que discurrió sobre la cuestión federal y postuló que en el *sub lite* estaba suficientemente corroborada, debiendo intervenir esta Cámara Federal de Casación Penal de conformidad con los lineamientos expuestos en el precedente "Di Nunzio" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. Sentado lo expuesto, corresponde señalar que la resolución impugnada, que revoca la dictada por el juez federal de grado, se encuentra suficientemente sustentada y los agravios solo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (CSJN Fallos; 302:284; 304:415); decisión que cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 305:1103; 306:1368; 335:1779).

En efecto, la decisión del magistrado instructor desatiende aquella oportunamente dictada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal el 13 de junio de 2019.

En esa oportunidad, el *a quo* indicó que "…más allá de lo que corresponda resolver sobre el fondo de la cuestión planteada, asistía razón al Sr. Fiscal General, en punto a que previo a cualquier decisión al respecto, restaba determinar fehacientemente si alguno de los imputados —incluso aquellos que han sido elevados a juicio—, continuó desempeñando un cargo público, en los términos del artículo 67, segundo párrafo, del CP…".

En ese orden, subrayó que debía dilucidarse rigurosamente la posible participación de personas que se desempeñaban en la función pública —en particular, en cargos de alta jerarquía— y a su vez, evaluar con particular exhaustividad la posible aplicación de la causal suspensiva prevista en el segundo párrafo del art. 67 del CP.

Esto último con particular consideración de los reiterados pedidos cursados por el acusador público a los efectos de lograr la convocatoria de los imputados en los términos del art. 294 del ritual.

Sobre este punto, el juez de grado se limitó a indicar que en el *sub lite* "…de las cinco personas enunciadas por el Superior, no obstante el actual desempeño de Alejandro Canese como asesor en el Ministerio de Relaciones Exteriores (vid. autos principales), resalta el actual senador nacional Carlos Saúl Menem, Presidente de la Nación durante el proceso de privatización investigado. Tratando su caso podrá hacérselo extensivo al resto de los nombrados *ut supra* habida cuenta de la relevancia de su función en el Poder Legislativo…".

Agregó que en el caso "…no se avizora de qué manera concreta el senador de referencia pudiera influir para perjudicar la acción penal, toda vez que su función no guarda relación con la judicatura; en nada podría influir su autoridad o influencia política respecto de hechos acaecidos a tanta distancia temporal, y que se encuentran completamente documentados, respecto de los cuales incluso ya se ha dictado sentencia condenatoria (Tribunal Oral Federal N° 5 en c. 9233/99/TO1 el 27/11/2018). Idéntica consideración cabe respecto de todas las demás personas mentadas en esa sentencia y esta causa 12.037/2009. Es de aclarar —como corolario y en función de lo antedicho— que la aplicación de la suspensión prevista en el art. 67, 2do párrafo del código sustantivo, no puede ser automática, sino que a mi comprensión debe ponderarse cómo podría en la realidad y en concreto, una función —administrativa o política— influir negativamente en la investigación o en la toma de decisiones inherente a dicho proceso. Y como se ha dicho, no se verifica tal posibilidad en este caso…".

Aditó "(q)ue en aras de la debida celeridad y economía procesal, aventada que ha sido la aplicación de la suspensión antedicha, y tornando a la gravitante causal de extinción de la acción, que es el tiempo transcurrido, no se habrá de certificar antecedente ni desempeño funcional alguno respecto de ninguno de los otros imputados…".

Ahora bien, tal argumentación se observa insuficiente para desoír sin más la manda del segundo párrafo del ya citado art. 67 del código de fondo que expresa el interés del legislador nacional de que se investiguen adecuadamente, entre otros, los delitos

vinculados con la corrupción de los funcionarios públicos en perjuicio del Estado.

Desde tal perspectiva, la circunstancia de que pudiera haber funcionarios públicos involucrados en la maniobra debe necesariamente ser atendida con máxima rigurosidad a efectos de evitar un trajinar judicial indiferente o, aún más, funcional a la comisión e impunidad de estos delitos.

Así las cosas, habré de reiterar que no puede pasarse por alto la citada disposición legal ni los infructuosos pedidos cursados por el acusador público a los efectos de lograr la convocatoria de los acusados en los términos del art. 294 del CPPN, extremos que fueron particularmente señalados en la anterior intervención del *a quo* y que la decisión de primera instancia no evaluó razonablemente.

En segundo lugar, en lo atinente al plazo razonable, estimo conducente recordar que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve posible a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal, integra la garantía de defensa prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 272:188; 300:1102).

En oportunidad de pronunciarme sobre la materia ahora debatida, al emitir mi voto en las causas FSM 586/2010/TO1/CFC1, caratulada "Pedrouzo, Omar N. y otro s/ recurso de casación", Reg. 829/19, del 06/05/2019 y, posteriormente, FBB 22000231/2000/TO1/4/CFC1, "Montes, Pedro A. y otros s/ recurso de casación", Reg. 845/20, del 18/06/20, sostuve que la garantía a ser juzgado en un plazo razonable ha sido expresamente reconocida en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y, de forma implícita, en la Constitución Nacional, integrando el bloque constitucional de garantías (arts. 75, inc. 22, CN, arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 9.3 y 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Estas normas se encuentran orientadas a limitar la afectación de derechos de quien es sometido a proceso y a reconocer aquel que tiene todo imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, con la finalidad de impedir que permanezca largo tiempo bajo acusación y asegurar que el juicio se decida prontamente.

Plazo razonable es aquel que los órganos de persecución penal necesitan para lograr, en permanente impulso de la causa, los objetivos del proceso penal —averiguación de la verdad y restablecimiento de la paz jurídica alterada de la manera más completa posible—. Como contracara y cuando la duración efectiva del proceso excede la necesaria, se puede decir que se lesiona el mandato de celeridad (cfr. Roxin, Imme La excesiva duración del proceso penal en la nueva jurisprudencia alemana, Conferencias, ed. Mediterránea, Córdoba, 2012, p. 63).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al concepto de "plazo razonable", remitiéndose al criterio elaborado por la Corte Europea de Derechos Humanos —ya que el art. 8.1 de la CADH es equivalente al art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales—, sostuvo que "...es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) la complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conductas de las autoridades judiciales" (cfr. casos "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago", sentencia del 21 de junio de 2002; "Suárez Rosero", sentencia del 12 de noviembre de 1997; y "Genie Lacayo", sentencia del 29 de enero de 1997; entre otros, y en el viejo mundo, "Eur. Court H.R., Motta judgment of 19/02/1991", Serie A N° 195-A" y "Eur. Court H.R. Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23/06/1993", Serie A N° 262).

Asimismo, tal como ya he señalado en "Montes", la garantía constitucional a ser juzgado en un plazo razonable no puede limitarse exclusivamente al estricto cumplimiento del transcurso de los plazos previstos en el código de fondo (Fallos: 322:360 y 327:327); por lo que la invocación que hace el recurrente en relación con el tiempo transcurrido posteriormente al llamado a declaración indagatoria no resulta suficiente para acreditar la conculcación de la mentada garantía.

En efecto, la dificultad que plantea esta vía excepcional consiste en que el derecho a ser juzgado sin dilaciones no puede traducirse para el órgano jurisdiccional en un número específico de días, meses o años, sino que es deber jurisdiccional evaluar en cada caso concreto ciertas pautas de razonabilidad que revelen si efectivamente se ha violado de un modo palmario e injustificado la garantía en trato (Fallos: 330:3640), sin enfatizar con exclusividad en una mera referencia temporal en abstracto.

En ese sentido, se inscribe el dictamen del Procurador General de la Nación —al que se remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en la causa "Salgado" (Fallos: 332:1512)—, al sostener que el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir de los precedentes "Mattei" (Fallos: 272:188) y "Mozzatti" (Fallos: 300:1102), "...se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo

irrazonable de esa prolongación (Fallos: 330:4539 y sus citas) pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, 'la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible' (conf. Causa P. 1991, L. XL, 'Paillot, Luis María y otros s/ contrabando', del 1° de abril de 2012, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, y sus citas)...".

En casos de la magnitud y trascendencia del presente, es insuficiente para tener por configurada la transgresión del plazo razonable la mera invocación de los tiempos transcurridos.

En efecto, los argumentos delineados por la Cámara *a quo* se observan razonables por cuanto el decisorio de primera instancia no efectuó un ajustado análisis de lo normado en el segundo párrafo del art. 67 del CP

En ese sentido, la decisión del juez de grado no atendió de modo alguno el efecto propugnado por aquella norma y, si bien es cierto que la garantía de plazo razonable no debe confundirse con el instituto de la prescripción, no menos cierto es que aquella pauta legal no puede ser soslayada en causas en las que se debe esclarecer graves delitos dolosos contra el Estado que conllevan enriquecimiento.

La naturaleza del hecho investigado —que habría perjudicado el erario público— y la calidad de los involucrados en la maniobra —entre ellos, habría funcionarios estatales—, se presentan como elementos relevantes para la ajustada resolución del caso, no solo a la luz de los lineamientos expuestos.

Tales circunstancias no pueden ser desatendidas ni reputarse como intrascendentes pues, claro está, el constituyente ha estipulado que aquellas acciones resultan merecedoras de una consideración particular, aun cuando por sí mismas no resulten imprescriptibles.

Sobre el punto, he tenido oportunidad de señalar al emitir mi voto *in re* "Bofill, Alejandro A. y otros s/ recurso de casación" (CFP 9233/1999/TO1/37/CFC5, Reg. 145/20, del 21/02/2020), que la referencia en ese artículo a los hechos de corrupción posee un indudable carácter interpretativo, tendiente a destacar la necesidad de consagrar un estándar ético dentro de la función pública como valor esencial del sistema democrático y la necesidad de una clara decisión estatal tendiente a su efectiva investigación y condena.

Ante tal panorama, la decisión cuestionada se observa motivada y supera, en ese aspecto, el test de fundamentación que se exige a tenor de lo dispuesto por el art. 123 del CPPN.

Finalmente, estimo necesario resaltar que, en casos como los que aquí deben juzgarse, en los que se persiguen delitos vinculados con la corrupción pública, cobran vigencia los tratados internacionales en la materia pues, de no investigarse o juzgarse estas denuncias, se podrían ver afectadas responsabilidades del país frente a la comunidad internacional.

En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación incoado por la defensa de J. A. F. P., sin costas en la instancia (arts. 530 y ccdtes. del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal.

Tal es mi voto.

El doctor *Hornos* dijo:

Comparto en lo sustancial los fundamentos desarrollados en el voto precedente, a los que me remito en honor a la brevedad y adhiero a la solución propuesta por el doctor Javier Carbajo.

Sin perjuicio de lo expuesto habré de realizar algunas consideraciones respecto de las cuestiones presentadas.

En efecto, la argumentación expuesta en cuanto al rechazo del planteo efectuado en torno a la violación de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, concuerda con el criterio que ya tuve oportunidad de sostener en diversos precedentes desde mi incorporación a este tribunal (cfr.: en extenso, mis votos en causa N° 7291: "Mitar, Raúl s/ recurso de casación", Reg. N° 10.593, rta. el 24/06/2008; N° 8640: "Mancinelli, Mario J. s/ recurso de casación", Reg. N° 10.798, rta. el 03/09/2008; y N° 7434: "Musante, Florentino A. s/ recurso de casación", Reg. N° 588.12, rto. el 18/04/2012; causa FSM 586/2010/TO1/CFC1: "Pedrouzo, Omar N. y otro s/ recurso de casación", Reg. N° 829/19, rta. el 06/05/2019; causa FSM 1646/2011/TO1/CFC1: "Vega, Angel H. s/ recurso de casacion", Reg. N° 1648/19, rta. el 15/08/2019; y causa FSM 2100/2010/TO1/CFC1: "Fontana, Pablo E. s/ recurso de casación", Reg N° 1974/19, rta. el 3/10/2019; entre muchas otras).

Cierto es que, en particular, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho en cuestión es independiente de los plazos generales que el legislador ordinario impone teniendo en mira clases de casos —como los términos de prescripción de la acción penal—. De manera que el plazo razonable que garantizan la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos debe ser determinado judicialmente en cada litigio, tomando en consideración los rasgos particulares del caso concreto; y su cumplimiento determinará la extinción de la pretensión punitiva a pesar de que los términos de

prescripción dispuestos en la ley ordinaria indiquen lo contrario (cfr: en especial, Fallos: 327:327; citado en el dictamen del Procurador General de la Nación al que hizo remisión la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo CSJ604/2014.50-R)/CS1 Recurso de Hecho, Ramos, Sergio O. s/ causa N° 36.298/13; rta. el 15 de diciembre de 2015).

Ahora bien, la determinación judicial de que en un caso concreto se ha violado el derecho fundamental de una persona a ser juzgada en un plazo razonable no es el resultado de una simple contrastación con un termino abstracto, sino que exige una indagación detallada de la tramitación del proceso que explique el retraso del procedimiento a fin de evaluar si el acusado ha sido victima de "la injusticia de una indefinición que atenta contra la garantía constitucional defensa enjuicio" (cf. Fallos: 327:327; el texto citado corresponde a la disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano en Fallos: 322:360, considerando 20).

Como lo ha establecido la jurisprudencia que he venido citando extensamente en los precedentes en los que he tenido oportunidad de votar (algunos citados *ut supra*), esa evaluación obliga a tomar en consideración la naturaleza de los delitos imputados en el proceso, la complejidad de la persecución penal y la prueba, la actividad procesal de la parte interesada, la conducta de las autoridades responsables de la administración de justicia y la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia.

En la misma dirección, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, al definir el alcance del derecho a obtener un juicio rápido —denominado allí speedy trial— estableció un estándar de circunstancias relevantes a tener en cuenta, a saber: "la duración del retraso, las razones de la demora, la aserción del imputado de su derecho y el perjuicio ocasionado al acusado" (como también lo señaló la Corte Suprema, en Fallos: 330:3640, por remisión al dictamen del Procurador Fiscal).

Es en consecuencia insuficiente para tener por configurada la transgresión del plazo razonable la mera invocación de los tiempos transcurridos, como lo pretende la parte recurrente; y máxime en casos de la magnitud y trascendencia del presente, en el que se investiga la intervención de F. P. en una grave maniobra fraudulenta, cometida en perjuicio del Estado. Por lo que la naturaleza del hecho investigado y la calidad de los involucrados —entre ellos, habría funcionarios estatales—, se presentan como elementos relevantes para una correcta resolución del caso a la luz de los lineamientos expuestos.

En este contexto, no puede otorgarse al caso un análisis sesgado, teniendo en cuenta además que está en juego la aplicación de la causal de suspensión de la prescripción dispuesta por articulo 67, segundo párrafo, del Cód. Penal, por lo que a esas consideraciones omitidas debía sumarse también la evaluación de la significancia que habría tenido en la duración de este proceso, desde el momento de la comisión de los delitos imputados hasta la actualidad, la calidad de funcionarios públicos de algunos de los imputados.

En efecto, retomando el análisis en lo relativo a la prescripción de la acción penal incoada respecto del encausado, es pertinente reiterar que ya sostuve que la maniobra delictiva juzgada en estas actuaciones cesó su consumación el 2 de enero de 2001 con el vencimiento del último pagaré que garantizaba el pago del precio acordado (cfr. causa n° 13.948, "Bofill, Alejandro y otros s/ recurso de casación", reg. no 1448/12, rta. 28/08/2012; y CFP 9233/1999/TO1/37/CFC5: "Bofill, Alejandro A. y otros s/ recurso de casación", Reg. N° 145/20, rta. el 21 de febrero de 2020).

Resalté que no puede olvidarse que el delito de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública (art. 174, inc. 5, en función del art. 173, inc. 7, del CP) puede exteriorizarse por un hecho único basado en la conducta del autor en violación de sus deberes, dirigida a perjudicar los intereses confiados u obligar con abuso a su titular (Estado), si bien expresado a través de una pluralidad de actos consiguientemente realizados con la intervención de varios posibles autores o partícipes.

Sentado ello, concluí que el delito en cuestión se extendió en su consumación por lo menos hasta el mes de enero de 2001 cuando venció el último pagaré con el cual se pretendía garantizar el pago de la venta del paquete accionario, sin que la deuda respectiva hubiere sido cancelada.

Entonces, consideré que el plazo de prescripción no puede desvincularse de la causa fuente que constituye la obligación civil, cuyos efectos no hubieron cesado en un mismo momento en orden al presunto perjuicio al Estado Nacional; ni desentenderse de la circunstancia relativa a la perención del plazo para que el comprador al Estado Nacional del 90% de las acciones de "Tandanor SA" culmine con la realización de la contraprestación pecuniaria en su totalidad.

Y que, en definitiva, la maniobra en fraude al Estado Nacional que se imputa no se habría terminado de

concretar el 30 de diciembre de 1991, en tanto habría quedado perfeccionada a la fecha del incumplimiento de pago del último pagaré de fecha 2 de enero de 2001. Pues, en resumidas cuentas, el no pago de la última de las deudas pactadas constituyó un perjuicio integrante del mismo fraude perpetrado.

Es por ello se debe considerar que la fecha de consumación del delito, esto es el 2 de enero de 2001, es la que debe dar inicio al computo del plazo de prescripción de la acción penal incoada, respecto, en lo ahora pertinente, del encausado F. P..

A partir de entonces no solo ha operado en el caso un acto que ha interrumpido el curso de la prescripción, como lo es la citación del encausado a prestar declaración indagatoria, sino que, además, en relación a las especiales características que ha ostentado la maniobra defraudatoria cometida en perjuicio del Estado, ha adquirido sustancial relevancia la aplicabilidad de la causal suspensiva prevista en el segundo párrafo del art. 67 del CP

Fue en coherencia con esa manda legal que el tribunal de *a quo*, en una anterior intervención, subrayó que debía dilucidarse rigurosamente la posible participación de personas que se desempeñaban en la función pública —en particular, en cargos de alta jerarquía, a quienes se mencionó—; teniendo en consideración específica los reiterados pedidos cursados por el acusador público a los efectos de lograr la convocatoria de esos imputados en los términos del art. 294 del ritual.

Del estudio de los argumentos expuestos en la decisión del juez de grado, referidos en el voto precedente, resulta que se ha efectuado una valoración insuficiente en tanto se ha limitado el magistrado a efectuar conjeturas relativas a la influencia que en la actualidad podría ejercer en el trámite del proceso uno de los imputados (Carlos Saúl Menem), ignorando, aun así, el análisis de la cuestión que se relaciona más bien con una cantidad de años ya pasados (extinción de la acción penal relativa al agotamiento del plazo de prescripción o al transcurso de una lapso temporal de juzgamiento que se pretende violatorio de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable). La falencia señalada se suma a una más profunda inopia argumental que significa, cierto es, la dogmática afirmación relativa a que tampoco se advierte como el resto de las personas involucradas en la maniobra juzgada, que habrían revestido o revestirían la calidad de funcionarios públicos, podrían influir negativamente en la investigación, pues ninguna precisión se efectuó en apoyo concreto de dicha aserción, y, menos, en relación a una evaluación abarcativa del tiempo transcurrido desde que se cometieron los hechos hasta la actualidad, y que, entonces, deviene por demás abstracta y, por ello, inmotivada.

Es más, se ha ignorado que la suspensión del curso de la prescripción de que se trata, obedece a una decisión normativa de carácter fáctica, que pretende prevenir un posible contexto objetivo de impunidad que pudiera afectar la investigación, aún sin ser reprochable al funcionario (cfr. mi voto en la causa 6744 de la Sala IV, "Baro, Rolando O. s/ recurso de casación", Reg. N° 11.498, rta. el 20/03/2009; entre muchos otros). Es decir, que no exige para su aplicación la comprobación de la efectiva posibilidad de que el funcionario dificulte o entorpezca la investigación, pues, por el contrario, la causal de suspensión en cuestión tiene un sustento objetivo y obedece a una decisión normativa de carácter fáctico, pues pretende prevenir un posible contexto objetivo de impunidad que pudiera afectar la investigación, aún sin ser reprochable al funcionario.

En este sentido ha sido correcto el sustento otorgado a la resolución que aquí se cuestiona en cuanto se recuerda que la causal de suspensión analizada trasciende la atribución personal disvaliosa, y se funda en las características propias del acto de corrupción.

La decisión del juez de primera instancia, tampoco lucía pertinente a los fines de descartar que el caso se encuentre abarcado por la política criminal delineada por el legislador en sustento de este específico supuesto de suspensión de la prescripción, con el objetivo de alcanzar una decisión de mérito final; siendo que el fundamento de la normativa legal parte de la conculcación del mayor compromiso del funcionario público que el ejercicio de sus facultades conlleva, y, como contracara, un trato penal más riguroso o con menos concesiones de alternativas no punitivas, toda vez que existe una expectativa de toda la sociedad de sentirse resguardada frente a tales abusos (Convención Interamericana contra la Corrupción - arts. VI, VIII, IX y XI, aprobada por ley N° 24.759; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por ley N° 26.097; y ley de Ética Pública, N° 25.188) (cfr. mi voto en la causa FPO 91000023/2012/TO1/2/1/CFC1, caratulada: "González, Francisco R. s/ recurso de casación", Reg. N° 380/18, rta. el 23 de abril de 2018; entre otras).

La percepción general de que el ejercicio de la función pública puede en los hechos inhibir, obstaculizar o pervertir el desarrollo adecuado de la persecución penal es precisamente la que ha motivado la legislación nacional que desde 1964 excluye del régimen de prescripción de la acción penal (los "delitos cometidos en el ejercicio de la función publica, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo publico"

(texto del articulo 67, segundo párrafo, del Cód. Penal según la ley 25.188 de 1999; el texto original, más estrecho, fue introducido en el articulo 11 de la ley 16.648 de 1964).

Tal como lo consideró la Corte Suprema en el citado precedente, esa legislación, que el *a quo* dejó infundadamente de lado en su pronunciamiento, lo obligaba, cuanto menos, a tomar seriamente en cuenta el fundamento de la norma adoptada por el Congreso de la Nación como una de las consideraciones necesarias para juzgar en concreto si el encausado ha sido víctima de la violación a la garantía esgrimida.

En coherencia con lo expuesto ha sido el Máximo Tribunal el que ha resaltado que el cumplimiento de esos recaudos resulta tanto más exigible en el caso en que su inobservancia pone en juego la responsabilidad internacional del Estado argentino en virtud de los compromisos asumidos mediante la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobadas por las leyes 24.759 y 26.97, respectivamente).

Finalmente, aun cuando la solución expuesta resulta suficiente para dar respuesta a los cuestionamientos efectuados, corresponde recordar que ya he sostenido que es la imputación de la comisión de un "...grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento..." lo que define la imprescriptibilidad de las conductas que deben juzgarse en el caso, de conformidad a lo dispuesto por nuestra Ley Fundamental (Articulo 36, 3° y 5° párrafo, de la Constitución de la Nación Argentina). Y que, entonces, desde una mirada dinámica y flexible del derecho, debe señalarse que, de conformidad con lo dispuesto en el articulo 36 de la Constitución Nacional, los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado, que conlleven enriquecimiento, resultan imprescriptibles (cfr.: mis votos en los precedentes: "Cossio"; Reg. N° 1075/18; "Roggenbau"; reg. N° 977, del 17 de mayo de 2019; y "Boffil", antes citada).

Resalté que el marco normativo que debe guiar este análisis debe partir de la consideración insoslayable de que en materia de enjuiciamiento penal debe entenderse por ley vigente a la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos y las normas nacionales aplicables —en este caso el Código Penal de la Nación— (cfr. CFCP, Sala IV: causa N° 335, caratulada "Santillán, Francisco s/ recurso de casación", Reg. N° 585, rta. el 15/05/1996; causa N° 1619, "Galván, Sergio D. s/ recusación", Reg. N° 2031, rta. el 31/08/1999; causa N° 2509 caratulada "Medina, Daniel J. s/ recusación", Reg. N° 3456, rta. el 20/06/2001; mi voto en el Plenario N° 11 de esta Cámara "Zichy Thyssen", rta. el 23/06/2006; causa N° CCC 191/2012/CFC1 "A., J. s/ recurso de casación", Reg. N° 316/16.4, rta. el 22/03/2016; causa N° FRE 2021/2014/TO1/62/CFC15, "Salvatore, Carla Y. y otros s/ recurso de casación", Reg. N° 106/18.4, rta. el 12/03/2018; entre muchas otras).

Es así, que, destaque, el Derecho Penal, para el cumplimiento de sus fines de contribuir al orden jurídico y a la preservación de la paz pública, debe actuar de una manera que resulte siempre compatible con el ordenamiento fundamental de la Nación, la Constitución Nacional, de la que es apéndice (cfr.: Hornos, Gustavo M., "El nuevo nombre de la paz", en Violencia y Sociedad Política, editado por el Programa para el Estudio y la Difusión de la Reforma Constitucional Argentina, 1998, p. 33).

Además, tuve en cuenta que, siempre dentro de ese límite, la resolución de conflictos de creciente complejidad, como las relaciones humanas —sociales, económicas y políticas— cada vez más entrelazadas y complicadas, requiere que el orden legal tome en cuenta los valores y las nuevas necesidades del individuo y de la sociedad integrándose a esta evolución armónica y creativa. Y que esa perspectiva constitucional es la que mejor se adecua a la defensa de los derechos individuales y conjuga y protege los intereses y garantías en juego con el fin de otorgar su plena vigencia a la ley.

Propicio entonces que se rechace el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. A. F. P., sin costas en la instancia por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso previsto en el artículo 8.2.h. de la CADH (arts. 530 y ccdtes. del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal.

Por ello, en mérito del Acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal, resuelve: I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. A. F. P., sin costas en la instancia (arts. 530 y ccdtes. del CPPN). II. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordadas N° 5/2019, CSJN) y remítase la causa al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky. — Javier Carbajo. — Gustavo M. Hornos.*

TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES

Coautoría. Roles asignados. Mantenimiento del codominio funcional del hecho.

1. — De las pruebas recabas surge que los imputados intervinieron de modo determinante en el transporte de estupefacientes perpetrado;

en el primer caso acompañando, guiando y facilitándole a una persona los medios para el traslado y efectuando los contactos con el destinatario de este, es decir, encargándose de la logística, y en el segundo facilitando el último tramo del traslado y el lugar donde quien había ingerido las cápsulas con los estupefacientes, habría de evacuarlo para luego continuar con su distribución.

2. — Corresponde afirmar que cada uno de los tres acusados mantuvo el codominio funcional del hecho efectuando los aportes pertinentes conforme los roles a cada uno asignados, sin que pueda predicarse la existencia de una duda beneficiante para ninguno de los acusados, ni que el aporte de alguno de ellos tuviera alguna relevancia de menor entidad sin el que igualmente se hubiese podido perpetrar el ilícito accionar.

3. — Al producirse un contacto social disvalioso, la pura relación circunscrita a dos personas —autor y víctima— carece de toda relevancia, pues siempre cabe identificar a terceras personas que han configurado de determinada manera el contacto social y que por tanto también son potenciales autores (del voto del Dr. Gemignani).

CFCasación Penal, sala III, 20/10/2020. - E. C., A. y otros s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/57455/2020]

Causa N° FSA 1096/2019/TO1/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 20 de 2020.

El doctor *Riggi* dijo:

Primero:

1. Llega la causa a conocimiento de esta Alzada a raíz del recurso de casación interpuesto a fs. 736/747 por el doctor Pablo Antonio Lauthier, Defensor Público Oficial Coadyuvante de la Unidad de Defensa Penal Remanente - Salta, a cargo la asistencia letrada de los acusados A. A. E. C., W. S. L. y O. P., contra la sentencia dictada el 16 de marzo de 2020 por el Tribunal Oral Federal N° 1 de Salta, en cuanto falló: "1°) Condenando a A. A. E. C., W. S. L. y M. O. P., a la pena de seis años de prisión efectiva, con más la inhabilitación absoluta por el término de la condena (art. 12 CP) por resultar coautores responsables del delito de transporte de estupefacientes agravado por el número de intervinientes (art. 5 inciso "c" y 11 inciso "c" de la Ley 23.737), y multa de sesenta unidades fijas. Con costas (art. 29 del CP)...".

2. El Tribunal de mérito concedió el remedio impetrado, el que fue mantenido en esta instancia.

3. La defensa, invocando las dos causales previstas en el artículo 456 del CPPN, plantea la arbitrariedad de la sentencia.

En esa línea, se refiriere en primer término a la situación del acusado M. O. P. y sostiene que a partir del descargo de su asistido y de las pruebas incorporadas, no puede atribuírsele el rol de inversor y distribuidor que se le asigna en la sentencia.

Al respecto afirma que todo lo señalado por los preventores (J. C., V. H. y C. D. G.) respecto a P., siempre se mantuvo en el campo de las elucubraciones, pues nunca se le realizaron seguimientos al nombrado y los preventores solo se remitieron a sacar conclusiones en relación a las conversaciones que habría mantenido su pupilo supuestamente con A. C. y con otras personas.

Advierte que únicamente se logró demostrar que P. les facilitó un lugar para que L. evacuara las cápsulas que había ingerido y que ello no significa que supiera que E. C. y L. tenían mercadería ilegítima o que tuviera participación en las actividades de aquellos.

Sostiene que en todo caso, el único vínculo que existía entre P. y C., era el arriendo de un lugar en donde otras personas iban a realizar actividades ilícitas, conducta descripta en la norma contenida en el art. 10 de la ley 23.737, es decir, la facilitación de un lugar para hacer posible la empresa criminal de otros.

En definitiva, en lo que a esta cuestión concierne, solicita que se encuadre la acción por la cual fue juzgado M. O. P. en las previsiones normativas contenidas en el art. 10 de la ley 23.737 y —sin necesidad de realizar reenvío— se condene al nombrado a la pena de 3 años de prisión (el mínimo de la escala penal) atendiendo a las condiciones personales del nombrado, disponiéndose la inmediata libertad del mismo.

En segundo lugar postula la absolución por duda de A. A. E. C. y, alternativamente, que se califique su intervención cómo partícipe secundario sin el agravante contenido en el artículo 11 inciso "c" de la ley 23.737.

En tal sentido argumenta que E. C. solo acompañó a W. S. L., a pedido de su madre, hasta Córdoba, con intención de hacer turismo y sin tener dominio del hecho.

Sostiene que eventualmente, el aporte que realizó E. C. al transporte efectuado por L., fue mínimo y que su rol fue totalmente fungible e intercambiable, es de-

cir que su participación debió haber sido encuadrada en una secundaria.

En síntesis, pretende que se interprete que E. C. no sabía la carga que llevaba W. L. y por lo tanto se disponga su absolución o alternativamente que se entienda la conducta atribuida a este acusado como una participación secundaria y por lo tanto se disponga una pena de ejecución condicional y —por ende— su inmediata libertad.

En tercer término, respecto a W. L., propicia que atendiendo lo postulado respecto a P. y E. C., se cambie la calificación por la que fue condenado L. en el delito de transporte de estupefacientes (art. 5 inc. c de la ley 23.737) sin el agravante contenido en el art. 11 inc. c de la misma norma.

En conclusión, solicita que esta sede case la sentencia y se imponga el monto mínimo de pena previsto para el delito previsto en el art. 10 de la ley 23.737 respecto a M. O. P.; se absuelva por el beneficio de la duda a A. A. E. C. o se califique su accionar en las previsiones del art. 5 inc. c de la ley 23.737, en grado de partícipe secundario; y respecto a W. S. L., se le imponga el mínimo de la escala penal contenida en el art. 5 inc. c de la ley 23.737, sin el agravante contenido en el art. 11 inc. c de la ley 23.737.

Hace reserva del caso federal.

4. Durante el término de oficina previsto por los artículos 465 y 466 del CPPN, el Defensor Público Oficial ante esta sede, Guillermo Todarello, tras profundizar en los argumentos de su colega de la anterior instancia, insistió con el cambio de calificación propuesto respecto al accionar de M. P. y consecuentemente en la imposibilidad de considerar en relación a E. C. y L. la agravante para el delito de transporte de estupefacientes en los términos del art. 5 c) de la ley 23.737 prevista en el artículo 11 inciso c) de la ley citada.

Asimismo plantea como nuevo agravio la arbitrariedad en la fundamentación de las penas impuestas.

En tal sentido refiere que el *a quo* prácticamente no valoró ninguna de las circunstancias personales de los acusados, su falta de antecedentes penales, la colaboración prestada durante la investigación teniendo en cuenta que tanto E. C. como L. prestaron declaración indagatoria en la primera ocasión en que fueron entrevistados por el Juez de la causa y que P. lo hizo durante el juicio oral.

Aduce que en el caso se valoró desacertadamente la realización de una maniobra delictiva —similar a la presente— que en momento alguno fue investigada ni comprobada judicialmente.

Solicita que se anule la sentencia en lo que a esta cuestión respecta (arts. 40 y 41 del CP y 123 del CPPN).

Mantiene la reserva del caso federal.

5. Superada la etapa procesal prevista por el artículo 468 del ritual, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

Segundo:

Liminarmente corresponde puntualizar que el tribunal tuvo por cierto que "...que A. A. E. C., M. O. P. y W. S. L. son responsables de haber realizado el día 1° de agosto del año pasado [2019] un transporte de más de un kilogramo de estupefacientes, que tuvo como punto de partida la localidad de Metán provincia de Salta (considerando el sitio donde embarcó L. con el estupefaciente) y de destino la localidad de Sta. Rosa de Calamuchita, provincia de Córdoba.".

Tercero:

1. Sentado ello advertimos que más allá de los agravios invocados por la parte recurrente, lo cierto es que las objeciones que se efectúan se relacionan con su disenso en la valoración de los hechos y las pruebas que efectúa el tribunal de mérito.

Así, en relación al requisito de motivación que deben contener los autos y sentencias, hemos de remitirnos, en honor a la brevedad, a cuanto expusiéramos en el precedente *in re* "Armentano, Stella Maris s/ recurso de casación" (reg. N° 199/06, del 22/03/2006), y sus citas, cuya lectura respetuosamente nos permitimos sugerir.

Analizado el caso a la luz de la doctrina señalada, conceptuamos que el *a quo* ha satisfecho suficientemente el mandato de motivación contenido en el artículo 398 del CPPN, cuya inobservancia se conmina con nulidad, conforme lo establecen los artículos 123 y 404 inciso 2° del mismo cuerpo legal.

En tal sentido, de la lectura de la sentencia impugnada es posible tomar conocimiento de los hechos y razones que llevaron al tribunal a resolver del modo en que lo hizo, de forma tal que las críticas que se formulan, no pasan de ser una mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada.

En efecto, los magistrados de la anterior instancia efectuaron un pormenorizado relato de las circunstancias antecedentes que derivaron en el procedimiento durante el que se produjo la detención de los acusados y realizaron el estudio del caso atendiendo a aquellos datos recabados, al resultado de los procedimientos de detención, secuestro y registros cumplidos y a la restante prueba acumulada; elemen-

tos que conjuntamente analizados sustentaron adecuadamente el resultado condenatorio arribado.

En tal sentido precisaron que según una denuncia anónima de fecha 30 de enero de 2019, en …, una pareja captaba personas del norte de la provincia empleándolas como "camellos" para transportar drogas en sus entrañas; que una vez evacuada la sustancia se distribuía por la ciudad; que el nombre de una de las personas sería M. R., quien se movilizaría en una motocicleta dominio … y que en la referida denuncia se aportaron además tres posibles números telefónicos empleados por la organización.

Explicaron que ello determinó la realización de tareas destinadas a corroborar la información recibida y que de ese modo se estableció que el domicilio señalado efectivamente era visitado por R., que allí se encontraba el ciclomotor aludido, que la citada R. tenía domicilio en …, que contaba con antecedentes de infracción a la ley 23.737 y que aparecía como la titular registral del rodado.

Con motivo de ello, con noticia al magistrado instructor y al representante del Ministerio público Fiscal, se profundizó la pesquisa y surgieron otros posibles sospechosos cómo un tal "A.", que resultó ser A. A. E. C. y una mujer identificada como A. C., madre del nombrado.

Concretamente se aludió en la sentencia a una conversación telefónica que permitió vincular a la señalada M. R. con A. C., en la que las mismas refirieron a la venta de "remeras blancas", interpretando el personal preventor que se trató de un mensaje encriptado para evitar mencionar sustancias estupefacientes.

También a un diálogo de fecha día 09 de abril de 2019, en el que C. se comunica con un tal M. (quien conforme el impacto de las celdas satelitales estaría en Córdoba), indicando que le faltaba "algo de veintitrés", a lo que aquel le respondió que se hiciera una escapada con lo que tuviera y luego esperaran, charla en la que además se mencionó al tal A.

A su vez se atendió a la conversación del 13 de abril de 2019 entre A. E. C. y una mujer a la que este le consultó si sabía de alguien que quisiera comprar "tela blanca", a lo que la femenina respondió que su madre (es decir A. C.) les dijo que él tenía "veintiséis lápices", refiriéndose según lo señalado por los preventores a las denominadas "pilas" o cápsulas con material prohibido.

A su vez, en otro intercambio entre el sindicado E. C. con un sujeto no identificado, el acusado le transmitía un código alfanumérico por vía telefónica, de donde los integrantes de la fuerza de seguridad que efectuaban la pesquisa dedujeron que suministró a un "camello" el código para retirar un pasaje de colectivo.

Adunaron los sentenciantes que a partir de esa evidencia recabada, los preventores establecieron que A. A. E. C. alquilaba una vivienda en …, y que en el interior de ese inmueble se encontraba un vehículo marca Fiat modelo 147 Dominio …

También que se determinó la existencia de un vínculo entre E. C., A. C. y W. L.

Concretamente se especificó que con fecha 18 de mayo de 2019 se interceptó una conversación entre L. y A. C. en la que el sujeto le manifestaba que necesitaba dinero para viajar, razón por la cual la nombrada le efectuó un giro a través de la empresa La Veloz del Norte y horas más tarde, el mismo L. se comunicó esta vez con E. C., manifestándole que se encontraba en inmediaciones de la estación de servicios Refinor solicitándole E. C. que se acercara hasta una zona donde estacionan remises ilegales. Según el informe de la fuerza policial a cargo de la investigación —que venía observando la secuencia— ese mismo 18 de mayo a horas 22, se divisó el rodado marca Fiat anteriormente señalado, el que era conducido por el imputado E., e ingresó al domicilio de … junto con quien luego se confirmó que era W. L.

Asimismo se ponderó que partir de los seguimientos y vigilancias realizadas, el 24 de junio de 2019 se observó que un remis arribó al domicilio de … y fue abordado por E. C. que se trasladó hasta la terminal de ómnibus. En ese sitio el acusado ascendió a un colectivo que se dirigía a la provincia de Córdoba previa parada en la ciudad de Metán, donde se divisó a A. C. en compañía de otros hombres.

Tras arribar a destino, E. C. descendió y en el sector de los baños se encontró con uno de los sujetos que estaba en Metán con A. C., luego abordaron juntos otro micro con destino a Santa Rosa de Calamuchita.

Conforme se indica en la sentencia, llegados a ese sitio se advirtió la aparición en escena de M. O. P. quien se hacía llamar "M." o "M. F.", que se movilizaba en un cuatriciclo, circunstancias que fueron informadas por el personal preventor y documentadas mediante registros fotográficos. En esa localidad, se observó a E. C. y su compañero ingresar a unas cabañas mientras P. permanecía afuera de las mismas.

Durante ese lapso se registró una comunicación telefónica entre los nombrados en la que E. le dijo a P. que tenía siete —en alusión a las cápsulas— respondiéndole el último que las lleve, coincidiendo esa escucha con la observación de E. C. al egresar de la

cabaña encontrándose con P. que lo aguardaba en el exterior a bordo del cuatriciclo.

Respecto a los antecedentes del suceso sometido a estudio, se especificó que mediante las tareas de investigación, concretamente a partir de las escuchas del 23 de julio de 2019, se determinó que se efectuaría un nuevo transporte con la misma modalidad hacia Santa Rosa de Calamuchita, dato que se corroboró cuando el 29 de julio siguiente A. C. le confirmó a "M.", es decir P., que ese día lo haría arrancar, en alusión a quien oficiaba como "camello".

En la misma fecha, E. se contactó telefónicamente con L. y le manifestó que le enviaría el "código" revelándose así que el grupo utilizaría la misma modalidad que en el anterior viaje a la localidad de Santa Rosa de Calamuchita.

Finalmente, el 1° de agosto de 2019, fecha en que se produjo la aprensión de los acusados, se detectaron comunicaciones entre P. y E. C. en las que este último le hacía saber al primero de los nombrados que ya habían arribado y le indicaba su ubicación.

Conforme se señala en la sentencia, todo el derrotero antes descripto surge de los informes de investigación realizado por los preventores y fue ratificado en las declaraciones brindadas durante el debate.

Específicamente, los magistrados de la anterior instancia tuvieron en consideración lo relatado por el agente F. que explicó el contenido de los informes y describió la hipótesis que se corroboró mediante el procedimiento finalmente realizado.

Concretamente en lo referido al hecho que motiva la presente, se precisó en la sentencia que en esa oportunidad, de acuerdo al acta de procedimiento glosada a fs. 160/162, personal de Drogas Peligrosas detectó a E. C. abordando un colectivo "Chevallier" en la ciudad de Salta, con destino a Córdoba, determinando ello que se diera aviso al personal que se encontraba apostado en esa ciudad, quienes vieron a E. C. descender del ómnibus con W. L. —que había abordado el micro en la localidad de Metán— para dirigirse ambos a otro colectivo que los llevaría a la localidad de Sta. Rosa de Calamuchita; y que una vez arribados a este sitio ascendieron al rodado Volkswagen Suran dominio ..., que al ser interceptado culminó con la aprehensión de los acusados trasladándolos hacia el Hospital Eva Perón a efecto de realizar las placas radiográficas que corroborarían la modalidad de transporte que estaba siendo investigada.

En esa línea se precisó que el imputado L., a quien se le detectaron las cápsulas en el interior de su organismo, manifestó que ingirió un total de cien, y una vez evacuadas, mediante la pericia química de fs. 266/274 se estableció que contenían clorhidrato de cocaína, con una concentración entre el 78.6% y 66.1% y un peso de 1170.50 gramos.

Asimismo, se indicó que en el allanamiento realizado en la vivienda de P. se secuestró un revolver calibre 32, una pistola calibre 22, proyectiles, la suma de $3420 (pesos tres mil cuatrocientos veinte) y un cuatriciclo y en el efectuado en el domicilio de E. C. se encontró, entre otras cosas, la motocicleta Dominio ... mencionada en la denuncia que diera origen a la investigación.

Los magistrados de la anterior instancia concluyeron que A. A. E. C., fue uno de los responsables del transporte de los estupefacientes secuestrado en base, entre otros elementos, a la información recabada mediante las intercepciones telefónicas.

En esa línea recordaron que a este acusado concretamente se lo vinculó con los hechos a partir de la ya comentada conversación de fecha 13 de abril de 2019 en la que preguntaba a una mujer si conocía a alguien que comprara "tela blanca", recibiendo como respuesta de la misma que la madre del acusado, es decir A. C., le había comentado que él tenía 26 lápices.

En vinculación con ello, no obstante las alegaciones de la esforzada defensa en cuanto a que el tribunal se basa en interpretaciones realizadas por el personal preventor, como la que efectuó el agente F. que sostuvo que E. C., se comunicaba a través de un diálogo encriptado, haciendo referencia a sustancias estupefacientes, lo cierto es que ninguna vinculación lógica se advierte entre la pregunta referida a la compra de "tela blanca" y la respuesta aludiendo a "26 lápices" que tendría el acusado, evidenciándose de ello que en realidad ambos interlocutores se referían a algo distinto a aquello que nombraban, más aun a poco que se repare que ese diálogo se dio en el marco una investigación sobre un posible transporte de estupefacientes.

Al respecto razonadamente se sostuvo en la sentencia que "...es cierto que una sentencia condenatoria debe ser consecuencia de una interpretación de elementos unívocos,... precisamente este es el caso, ya que la responsabilidad del imputado no se abordó en base a una única escucha telefónica, sino que además... obran en autos material fotográfico e informes que posibilitan a este Tribunal efectuar el proceso lógico necesario para arribar, en un único sentido y sin posibilidad de equívoco,...".

Específicamente se indicó que "...de las escuchas telefónicas se extrae que A. E. C. cumplía un rol predominante en la organización, respecto del trans-

porte que se concretó el 1 de agosto, ya sea abocado a labores de logística, tales como transmisión de códigos de pasajes de colectivos, como así también, acompañando a las "mulas" hacia el lugar donde evacuarían las cápsulas ingeridas a ser posteriormente distribuidas.";

En efecto, el día 18 de mayo W. L. tras comunicarse con A. C., horas más tarde lo hizo con E. C. para indicarle que ya se encontraba en la ciudad de Salta, en inmediaciones de la estación de servicio Refinor, siendo observados ambos alrededor de las 22.00 hs. de ese día por el personal policial interviniente en la investigación, a bordo del vehículo Fiat 147 conducido por E. C.

La secuencia ocurrida en el lugar de encuentro de los acusados consta también en el informe de fs. 67, valorado en la sentencia, en el que se indica que "...desde las cámaras de seguridad de la estación de servicios Refinor se pudo apreciar a E. C. ingresar con el rodado a cargar GNC, descendiendo con el masculino referido en el párrafo anterior, obrando en el anexo fotográfico los retratos de los allí involucrados, A. A. E. C., y W. L.".

A su vez, el *a quo* consideró acreditado el vínculo entre E. C. y P. a partir de otros datos recabados durante la sustanciación de la pesquisa, y entre ellos la observación realizada en el domicilio ocupado por E. C. en la que el día 24 de junio se lo vio ascendiendo a un remis que lo trasladó a la terminal de colectivos de la ciudad de Salta donde se lo fotografió ascendiendo a un colectivo de la empresa Chevallier con destino a la provincia de Córdoba, habiendo ingresado el ómnibus a la ciudad de Metán donde se observó a A. C. en compañía de unos hombres que luego abordaron el mismo micro del que descendió en la ciudad de Córdoba E. C. y en el baño de la terminal se contactó con uno de los sujetos que había ascendido en la ciudad de Metán, partiendo juntos hacia la ciudad de Santa Rosa de Calamuchita, donde se contactaron con P. que en la ocasión se desplazaba a bordo de un cuatriciclo.

En esa oportunidad conforme se ha indicado, E. C., con su compañero ingresaron a una de las cabañas, aguardando afuera el imputado P. En este lapso de tiempo se produjo una comunicación telefónica entre este y aquel en la que A. le dijo a M. que tenía siete (haciendo alusión a las cápsulas) y este le respondió que se las lleve, resultando coincidente el horario de esta llamada con el momento en que se observó egresar de la cabaña a E. C. para encontrarse con P.

Tal como se señala en la sentencia, también da cuenta del vínculo de E. C. con sus consortes de causa, la escucha del 29 de Julio en la que el acusado le confirmó a P. que efectuaría el viaje "con el mismo viejo", en alusión a L.; la de fecha 31 de ese mes entre el señalado E. C. y L., en la que el primero ponía en conocimiento del segundo que ya le había enviado el Código del colectivo y con el SMS que E. le envió a P. haciéndole saber que ya habían arribado para que este los buscara.

En base a todo ello, acertadamente se afirmó en la sentencia que "...los elementos obrantes en autos,... al ser analizados de manera armoniosa apuntan en un único sentido; la responsabilidad penal de E. C., quien si bien nunca tuvo el estupefaciente en su poder, dentro de la división de roles de la organización, su función consistió en desplegar la logística necesaria para que las mulas llegaran a destino, y efectuar toda labor tendiente a lograr el éxito de la empresa delictiva.".

Al respecto se agregó que también confluye en ese sentido la declaración de W. L. que expresó que "...aceptó realizar el traslado de la droga por necesidad, y que le dijeron que un muchacho lo acompañaría,..."; los dichos de F., miembro de la división Drogas Peligrosas en cuanto a que "...si bien... las personas detrás de la organización eran V. E. y A. C., el hijo de ambos —A. E. C.— se comunicaba con P., y pasaba códigos de boletos de pasaje de colectivo, teniendo pleno conocimiento de las actividades que se desarrollaban"; y el relato del policía C. en cuanto a que "...divisó a E. C., con otra persona, en la terminal de colectivos de Córdoba cuando abordaron un micro hacia Calamuchita, y posteriormente ingresaron en un hospedaje de allí, para finalmente encontrarse con una persona a bordo de un cuatriciclo.".

Razonadamente se descartó que el rol de este acusado haya sido en carácter de partícipe secundario y en tal sentido advirtió que no es cierto que W. L. hubiera materializado igualmente la entrega sin la intervención de E. C. destacándose en la sentencia que el primero en ningún momento tuvo contacto directo con P.; a lo que se añadió que "...la persona que se entrevistó con el propio M., inmediatamente después que este le dijera que lleve lo que tuviera, es decir la droga, fue E. C., tal como quedó demostrado en párrafos atrás.".

En cuanto a la responsabilidad de M. O. P. los magistrados de la anterior instancia valoraron la escucha telefónica del día 16 de mayo de 2019 entre A. C. y M. P., de la cual, conforme se indica en la sentencia, se extrae que estaban aguardando por algunas personas a fin de concretar el traslado de sustancias estupefacientes.

Asimismo ponderaron que "...en una comunicación con V. E. —padre del imputado— se extrae la dificul-

tad de conseguir esas personas, según el informe policial de fs. 69, necesarias para concretar las acciones descriptas en el párrafo anterior.", que "En ese mismo sentido, a fs. 71 obra una nueva conversación entre V. E. y M. P. En ella nuevamente demostraron fastidio, por encontrar dificultades para conseguir gente para mandar 'cosas'.", que "En ese diálogo M. le dijo a su interlocutor que deberían ordenar las cosas, de lo contrario 'se cagarían de hambre'. En esa misma conversación, le preguntó a V. por bolivianos, a lo que este respondió de manera negativa, manifestando como inconveniente el empleo de personas de esa nacionalidad, por cuanto consideró que a esos individuos los 'dan vuelta', haciendo referencia a que los someten a exhaustivos controles.", que "Con posterioridad, a fs. 72, obra el informe de la policía de Salta respecto de unas escuchas telefónicas entre A. C. y P., en la que se da cuenta que en breve se estaría por concretar un nuevo traslado, solicitando este último una cantidad adicional de estupefaciente." y que "A su vez, a fs. 90 consta la comunicación entre estos mismos interlocutores, en la cual aquella le hizo saber a M. que de manera inminente se produciría un viaje, y que iría A. (haciendo alusión a E. C.)."

Recordaron el anterior viaje de E. C. cuando tras solicitarle P. por conducto telefónico que le diera lo que tenía inmediatamente se los observó juntos, claramente realizando lo acordado.

En base a todo ello, fundadamente descartaron la pretensión con la que ahora insiste la esforzada defensa de encuadrar el accionar de este acusado en las previsiones del artículo 10 de la ley 23.737, especificando que "...se acreditó que P., además de proporcionar el espacio físico para materializar la evacuación de las cápsulas, también coordinó los envíos del estupefaciente hacia Córdoba mediante la modalidad de mulas, recibiendo los cilindros evacuados para su posterior distribución.".

Se agregó que "Ello también se extrae de la escucha telefónica 210/211 del día 29 de julio,...", que "En esa conversación E. C. le hizo saber que partirían al día siguiente, realizando el mismo viaje, con el mismo "viejo" (haciendo alusión a L.)."

Asimismo en sustento de la conclusión arribada se señaló que "...esa conversación ha de contrastarse de una llamada que tuvo lugar dos días antes, entre el imputado y un tal R. En ella los interlocutores hicieron referencia a una persona a la que no identificaron, agregando que M. lo buscaría desde la terminal, diciendo luego que 'a eso' (refiriéndose a los estupefacientes) habría que 'sacarlos volando' y 'meter otra cosa'" y que "...el día 30 de julio A. C. llamó a M., este le preguntó si 'se lo mandaban hoy', y ella respondió que en esa fecha arrancaban, a lo que este añadió que 'se lo saque de ahí volando, por cuanto tenía problemas y la gente esperando'".

En base a todo lo indicado, acertadamente entendieron los magistrados de la anterior instancia que "...el imputado no solo prestaba su inmueble para la concreción de actividades ilícitas, sino que era el nexo entre la organización que llevaba la droga mediante mulas, y las personas que recibirían el estupefaciente transportado, por lo que se probó su rol en esta actividad ilícita.".

En la misma dirección se indicó que "...ha de considerarse la escucha telefónica del día 30 de julio, en la que mediando mensajes encriptados, P. le pidió 'dos o tres pesos' a su interlocutor (un masculino no identificado) lo cual estaría destinado al 'Fabio que está por venir', respondiendo la otra parte que se encontraba con complicaciones para ello." y que atendiendo a que esa comunicación se dio en la víspera del arribo a Calamuchita de E. C. junto con L. "...ha de considerarse que las sumas pecuniarias destinadas a recompensar a las mulas, no procedían directamente de P., sino que este, trabajando como intermediario, recibía los fondos a través de un tercero, el cual para esa fecha, dio a entender que no podía satisfacer el pedido de M.".

En cuanto a la significación jurídica, concordantemente con lo postulado por el representante del Ministerio Público Fiscal se indicó que "...la conducta de los incoados fue desplegada en el marco del inciso "C" del art. 5 e inciso c del art. 11 de la Ley 23.737 y art. 45 del CP, respecto del delito de transporte de estupefacientes agravado por el número de intervinientes en calidad de coautores.".

Se indicó que "En cuanto al agravante por la intervención de tres o más personas organizadas, se justifica en la superior capacidad de lesión al bien jurídico que, por sus medios y mayores posibilidades de asegura[r] la supervivencia del objetivo criminal y la neutralización de la acción estatal, supone un actuar estructurado, organizado y planificado." y con cita de jurisprudencia se puntualizó, entre otras cosas, que "...no se trata aquí de una organización propiamente dicha, sino de intervenir de una forma organizada,... es decir, ordenadamente en miras a una función o uso determinado. Es suficiente, entonces, la concurrencia del mínimo de sujetos requerido con el fin de llevar a cabo un plan delictivo, cierta coordinación y reparto de funciones en relación a la comisión del tipo básico y que este tenga principio de ejecución.".

Además se indicó que "En el presente caso, el dolo como elemento subjetivo se materializa como un plan común destinado a transportar droga, mediando división de la carga y de roles, teniendo como fi-

nalidad disimular las sustancias transportadas, para llevarlas exitosamente a su destino.", que "..., como elemento objetivo se puede mencionar al transporte en sí de los estupefacientes, ya que los encartados fueron sorprendidos durante el traslado de la droga, la que previamente fue ingerida por uno de los imputados, mientras que los demás, ejecutaron el acto doloso desde las responsabilidades que en el marco de la organización atañían a cada uno.", que "...a los incoados se los considera como coautores del delito achacado en tanto que incurrieron en el hecho previsto en el tipo, queriéndolo como propio, es decir, teniendo interés propio en el resultado, y contando con el dominio del hecho por cuanto tuvieron la posibilidad fáctica de dirigir la configuración típica." y que "De esta manera se concibe que el resultado delictivo no se hubiera podido lograr sin las actuaciones de cada uno de los aquí acusados, en tanto que, en razón de un plan común, cada uno de ellos efectuó un aporte trascendente al objetivo delictivo.".

Todo lo largamente señalado, evidencia que tanto E. C. como P. intervinieron de modo determinante en el transporte de estupefacientes perpetrado; en el primer caso acompañando, guiando y facilitándole a L. los medios para el traslado y efectuando los contactos con el destinatario del mismo, es decir encargándose de la logística, y en el segundo facilitando el último tramo del traslado y el lugar donde L., que había ingerido las cápsulas con los estupefacientes, habría de evacuarlo para luego continuar con su distribución.

De esta forma no hesitamos en afirmar que cada uno de los tres acusados mantuvo el co dominio funcional del hecho efectuando los aportes pertinentes conforme los roles a cada uno asignados sin que pueda predicarse la existencia de una duda beneficiante para ninguno de los acusados, ni que el aporte de alguno de ellos tuviera alguna relevancia de menor entidad sin el que igualmente se hubiese podido perpetrar el ilícito accionar.

Por lo expuesto, conceptuamos que la aplicación de la ley penal sustantiva efectuada por el tribunal de mérito resulta ajustada y, en tal virtud, entendemos que los cuestionamientos en torno a este punto, y las calificaciones alternativas que sugiere la defensa deben ser rechazadas.

En síntesis, entendemos que el *a quo* no ha considerado en forma fragmentaria y aislada los elementos de juicio arrimados al proceso, no ha incurrido en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la solución del litigio, ni ha prescindido de la visión en conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre si y de ellos con otras pruebas. Advertimos en definitiva, que el pronunciamiento impugnado se apoya en una selección y valoración de la prueba ajustadas a las reglas de la sana crítica racional. Por lo tanto, consideramos que el fallo se encuentra exento de vicios o defectos en sus fundamentos capaces de provocar una errónea aplicación de la ley sustantiva, los que además no han resultado demostrados por la parte impugnante en su recurso, ni tampoco advertidos después de realizado el esfuerzo impuesto a este Tribunal por la vigente doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa N° 1757.XL, "Casal, Matías E. y otro s/ robo simple en grado de tentativa", del 20 de septiembre de 2005).

2. Finalmente, en cuanto a las objeciones introducidas durante el término de oficina, referidas a la arbitrariedad en la fundamentación de las penas, corresponde dejar sentado que esta Sala tiene dicho que la normativa del Código de forma —art. 463— es clara y precisa en cuanto a la ocasión en que deben invocarse los motivos por los cuales se recurre en casación y que no es otra que el momento de interposición del recurso. Esta norma a su vez se relaciona con el art. 466 ibídem que establece que en el término de oficina se podrán desarrollar o ampliar por escrito los fundamentos de los agravios preestablecidos, por lo que debe entenderse que el referido momento de la determinación de los puntos de impugnación es exclusivo y excluyente de todo otro trámite ulterior (Conf. causa N° 9 "Sokolovicz, Mario R. s/ recurso de casación" Reg. 13/93 del 29/07/1993 "Fernández, Luis M. o Catrilaf, Ricardo s/ recurso de casación", reg. 727 del 03/07/2006, N° 4632 "Nogales, Víctor A. y otra s/ recurso de casación", reg. 421 del 03/04/2007 y N° 7516 "Pour Pour, Juan D. s/ recurso de casación", reg. 171 del 01/03/2007, entre muchos otros de esta Sala III).

Cabe destacar que esta postura, resulta en sustancia coincidente con las posiciones que han seguido otros integrantes de esta Cámara (ver, al respecto, los votos del doctor Luis M. García *in re* "Suárez, Carlos A. y otros s/ recurso de casación", causa N° 8406, reg. 13.298, rta. el 08/10/2008; "Yacobuzzio, Guillermo E. s/ recurso de casación", causa N° 9156, reg. 17.065, rta. el 06/09/2010; "Gerstenkorn, Daniel E. s/ recurso de casación", causa N° 8754, reg. 12.091 rta. el 14/07/2008, de la Sala II; el voto del Dr. Gemignani *in re* "Valdiviezo Cruz, María Isabel", causa N° 13.299, reg. 1222/12, rta. el 13/07/2012; y el voto de la doctora Ana María Figueroa *in re* "González, Beatriz Y. Y. s/ recurso de casación", causa N° 13.784, reg. 19.727, rta. 12/03/2012, de la Sala II; entre otros).

A mayor abundamiento, no podemos dejar de mencionar lo dicho sobre el tópico en el voto de la Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctora Carmen M. Argibay, en la causa M. 253 XLV, "Martínez Caballero, Osvaldo s/ recurso extraordinario", del 09/12/2009, en cuanto sostuvo, en lo que aquí

interesa, que "...la Cámara Nacional de Casación Penal no se encuentra obligada (...) al tratamiento de los agravios introducidos tardíamente por las partes".

Si bien ello resultaría suficiente para descartar la postulación extemporáneamente efectuada, ingresando brevemente a tratar lo invocado, cabe recordar que su graduación solo compete al tribunal de mérito, en la medida en que importa la ponderación de situaciones de hecho cuya apreciación le está reservada. Tal ha sido el criterio seguido por esta Sala en reiterados precedentes, en los que afirmamos que la fijación de la sanción se encuentra dentro de los poderes discrecionales del tribunal de juicio, y por ello no puede ser examinada, salvo evidente arbitrariedad (cfr. causa N° 1694, "Lefevre, Carlos A. s/ recurso de queja", reg. N° 265/98 del 02/07/1998; N° 16.245 "Alaniz, Arnaldo A. s/ recurso de casación", reg. 1815/12 del 18/12/2012).

Sin perjuicio de ello, debemos destacar que en el caso las sanciones escogidas no superan el mínimo legal previsto para la especie, trasuntando ello la inexistencia de agravio para la parte recurrente, lo que nos exime de mayor pronunciamiento sobre el tópico.

En definitiva, por todo lo expuesto, proponemos al acuerdo el rechazo del recurso de casación deducido, con costas (arts. 456 incisos 1° y 2°, 470, 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN).

Tal es nuestro voto.

La doctora *Catucci* dijo:

1. El cabal análisis efectuado en el voto del Dr. Eduardo R. Riggi no deja lugar a dudas acerca de la responsabilidad penal de los encausados A. A. E. C., W. S. L. y M. O. P., en el delito de transporte de estupefacientes agravado por el número de intervinientes, como coautores y, se encuentra a cubierto de la tacha de arbitrariedad, sin que la defensa haya logrado demostrar, ni que se hayan advertido violación a las reglas de la sana crítica racional (arts. 123 y 398, párrafo segundo, del CPPN), ni a garantías constitucionales (art. 18 de la CN).

Conforme surgió del cúmulo de pruebas concordantes la adecuación legal antes indicada y prevista en el artículo 5°, inc. "c" y 11 inc. "c" de la ley 23.737 y 45 del CP, no admite discusión.

2. En cuanto al agravio extemporáneamente introducido y relacionado con la falta de fundamentación de las penas de seis años de prisión, multas de sesenta unidades fijas, y al pago de las costas (arts. 5°, inciso "c" y 11, inciso "c" de la ley 23.737), con más las inhabilitaciones absolutas por el término de la condena (art. 12 del CP), resulta aplicable lo expuesto in las causas N° 489 "Silberstein, Eric s/ recurso de casación", reg. N° 106/96 del 15 de abril de 1996 y 3914 "Griguol, Luciano F. y Romero Da Silva, Orlando R. s/ recurso de casación" Reg. 448/02 del 28 de febrero de 2002, todos de la Sala I, acerca de que "en la sistemática de nuestro Código Procesal Penal el Tribunal debe limitarse exclusivamente al estudio de los motivos propuestos ab initio al interponerse el recurso (cfr. *mutatis mutandi* causa N° 9 "Sokolovicz, Mario Rubén s/ recurso de casación" Reg. 13 del 29/07/1993), sin perjuicio de que, de advertirse un caso de nulidad absoluta, abierta como está su jurisdicción, correspondería actuar de acuerdo a lo dispuesto en el art. 168, segundo párrafo del código de rito".

Criterio que encuentra debido sostén en lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Zeballos, José L. s/ causa N° 91.441", del 27 de septiembre de 2011, Z.32.XLV, oportunidad en que, siguiendo al Procurador General, puntualizó que "los pronunciamientos que declaran extemporáneos los agravios introducidos fuera del plazo legal no son, por sí mismos, contrarios al derecho a obtener la revisión de la condena por parte de un tribunal superior... el acceso a la instancia de revisión de la sentencia no es incondicionado y los Estados pueden subordinarlo al cumplimiento de determinados requisitos formales" —conf. también "Fuertes Mamani, Juan M. s/ causa N° 6797", del 10/03/2009, F.1370.XLII—. Argumentos y citas coincidentes con la postura del Dr. Riggi a la que me adhiero.

Más allá del defecto expuesto, atento a que las penas impuestas resultan ser el mínimo de la especie correspondiente al delito de transporte agravado por la intervención de 3 o más personas organizadas para cometerlos no merece mayor respuesta, lo que debilita el agravio planteado en ese sentido.

En suma, se han extremado las posibilidades revisoras en este expediente, de conformidad con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re:* "Casal, Matías E. y otro s/ robo simple en grado de tentativa", C. 1757 XL, —causa N° 1681— rta. el 20 de septiembre de 2005.

Por consiguiente, en razón de brevedad, me adhiero al rechazo del recurso de casación interpuesto, con costas (arts. 456, 470 y 471, a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Gemignani* dijo:

I. Que doy por reproducidos los sucesos y agravios puestos de relieve en el voto que abre el acuerdo y que

cuenta a su vez con la adhesión de la Doctora Liliana E. Catucci.

Asimismo, y por compartir en lo sustancial las consideraciones efectuadas por mis colegas, habré de adherir a la solución que viene propuesta en cuanto rechaza el recurso interpuesto por la defensa en materia de hecho y prueba.

II. Solo habré de agregar, en orden a la cuestión de la autoría, que al producirse un contacto social disvalioso, la pura relación circunscrita a dos personas (autor y víctima) carece de toda relevancia, pues siempre cabe identificar a terceras personas que han configurado de determinada manera el contacto social y que por tanto también son potenciales autores —quién sea denominado "autor" y quién "tercero" depende únicamente de la circunstancia de cuál sea la persona con la que se inicie el análisis al intentar resolver un caso— (Jakobs, Günther, La imputación objetiva en derecho penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 15).

En esa dirección, quien realiza actos ejecutivos no solo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes (Jakobs, op. citada, p. 76).

Luego, si imputar significa establecer o reconstruir las reglas según las cuales se procede a definir como "causa" determinante de un riesgo, de entre todas las existentes, al realizado por uno o varios de los intervinientes, y definirlos por ello como responsables; procedimiento explicativo que distingue aportes por competencia o ejercicio de roles, pero no en virtud de aportes fácticos; los términos y definiciones de autor y partícipe resultan provisorias y mudables (Ver mi voto en la causa N° 3/13 caratulada "Cafferata, Ulises y otros s/ recurso de casación", reg. 1718.13 de esta Sala IV, rta. el día 16/09/2013).

Dicho esto, al tener por probadas las circunstancias puestas de relieve en el voto que abre el acuerdo, respecto de los imputados A. A. E. C., W. S. L. y M. O. P., entiendo que se ha producido un quiebre en la accesoriedad de la participación que los coloca en grado de coautores del hecho por los que fueran condenados, a la luz de lo que objetivamente se desprende de la investigación.

III. En orden a las objeciones respecto de la individualización de la pena efectuada por la defensa y compartiendo las conclusiones de mis colegas en orden a la admisibilidad del pedido, habré de adherirme al rechazo del agravio en tanto la pena impuesta resulta ajustada a los parámetros objetivos que se desprenden de los artículos 40 y 41 del CP.

Con estas breves consideraciones, adhiero al rechazo del recurso de casación, sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 —en función del artículo 22 inc. d) de la ley 27.149— del CPPN).

Así voto.

Por todo ello, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso de casación deducido, por mayoría, con costas (arts. 456 incisos 1° y 2°, 470, 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Eduardo R. Riggi. — Juan C. Gemignani. — Liliana E. Catucci.*

TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES

Requisa efectuada por los agentes de seguridad sin orden judicial. Existencia de indicios suficientes de la comisión de un delito. Validez. Elemento subjetivo. Consumación. Uso de documento falso.

1. — El hallazgo de mercadería de origen extranjero en la bodega, y la presencia de un ciudadano extranjero en el micro que no se encontraba en el listado de pasajeros, resultaron indicios suficientes para alcanzar el estándar de sospecha razonable que justificó el accionar de la fuerza de seguridad interviniente.

2. — El artículo 230 bis autoriza a los agentes de seguridad a requisar con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito, siempre que sean realizadas con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado y, en la vía pública o en lugares de acceso público.

3. — La posibilidad de que la continuidad de la investigación permitiese extender la pesquisa respecto de una potencial cadena de narcotráfico, no resulta óbice para afirmar que el imputado consumó la conducta típica prevista en el art. 5°, inc. c) de la ley 23.737, bajo la modalidad de transporte de estupefacientes.

4. — El delito de transporte de estupefacientes no requiere, como elemento subjetivo, la intención de comercialización del material ilícito transportado, o la acreditación de que quien

transporta lo hace con la intención de participar de una cadena de tráfico de dichas sustancias, o transportar dicho material hasta su destino.

5. — El delito de transporte de estupefacientes se agota por la sola circunstancia de que el agente se desplace, aun cuando fuera brevemente, con la droga, cumpliendo de tal modo, dinámicamente, el *iter criminis,* sea parcial o totalmente, pues en este tipo de delitos la característica principal es la prolongación indefinida de la consumación. No es el resultado del ilícito lo que se mantiene en el tiempo, sino la consumación delictiva misma.

6. — La acción reprimida por el delito de transporte de estupefacientes consiste en transportar estupefacientes y no en transportar dicho material hasta su destino —sea este final o intermedio—. La circunstancia de que el imputado no haya podido arribar a su destino en poder de la droga que transportaba como consecuencia del accionar de Gendarmería Nacional no impide tener por configurado el delito en examen porque el bien jurídico tutelado —la salud pública— fue efectivamente puesto en peligro por el nombrado (del voto del Dr. Borinsky).

7. — Si bien el imputado no exhibió el documento apócrifo a los preventores, sí empleó la identificación falsa que de este se extrae para materializar la conducta delictiva principal, que era el transporte de estupefacientes.

CFCasación Penal, sala IV, 16/10/2020. - C. T., M. Y. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/57520/2020]

Causa FTU 20167/2019/T02/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 16 de 2020.

Resulta:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, provincia homónima, resolvió, en lo aquí pertinente: "1°) No hacer lugar a las cuestiones nulitivas introducidas por la defensa técnica del imputado. 2°) Condenar a M. Y. C. T., de nacionalidad peruana, CI N° ..., de las demás condiciones personales que constan en autos, a la pena de nueve años de prisión; multa al equivalente en Pesos de 45 unidades fijas (Ley N° 27.302); accesorias legales por igual término que el de la condena; y costas, por ser autor (Art. 45 del CP) de los delitos de transporte de estupefacientes (artículo 5, inciso "c" de La ley 23.737); y uso de documento falso o adulterado (artículo 296 en función del artículo 292 párrafo 2° del CP, en concurso real (Art. 55 del CP y Arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, del CP y 531 del CPN)".

II. Contra dicha resolución, el imputado interpuso un recurso in pauperis, el cual luego resultó fundado técnicamente por su defensa. Finalmente, el recurso interpuesto fue concedido por el *a quo* el 24/07/2020, y mantenido a su vez por la parte recurrente.

III. El impugnante motivó el recurso de casación interpuesto por la vía de lo dispuesto en ambos incisos del artículo 456 del CPPN, alegando vicios in iudicando e in procedendo.

En primer lugar, planteó la nulidad del procedimiento inicial que originó la detención de su defendido.

A su criterio, no se presentó en el caso concreto ningún supuesto de hecho amparado en ley que legitime la privación de libertad, al menos momentánea, y mucho menos la afectación infundada a la intimidad como producto de la requisa de las pertenencias de todas las personas que ocupaban el colectivo.

Sin negar la facultad conferida por ley a los miembros de Gendarmería Nacional, estimó que "el actuar de la fuerza de seguridad fue desarrollado y 'profundizado' —siguiendo los términos del acta— sin contar con razones objetivas en ese evento del día 28 de julio de 2019".

Bajo tal interpretación, entendió que "no hay dudas que un miembro de las fuerzas de seguridad no está autorizado a realizar detenciones ni requisas multitudinarias e indiscriminadas solo porque supuestamente advirtió mercadería que sería de origen extranjero —lo cual no es sospecha ni indicio de nada irregular—, mas aun cuando de los controles pertinentes el documento único de transporte (DUT) que rola a fs. 50 se registraba que todos los pasajeros eran argentinos".

Por ello, a su juicio no surgió ninguna sospecha razonable ni indicio vehemente a partir de la inspección de la bodega que autorice a la ulterior actividad desplegada —requisa y detención—.

Seguido de ello, manifestó que se forzó a autoincriminarse a su acusado al consultarle cuál era su equipaje, y que luego lo buscara y lo separara del resto. Finalmente, luego de ello se procedió al control exhaustivo de los mencionados objetos donde finalmente se encontró la sustancia espuria.

A partir de este extremo consideró que "el actuar prevencional desde inicio quedó fuera de los márgenes de la ley. Evidenciándose en la especie la

inexistencia de circunstancias previas fácticas taxativamente establecidas en el ordenamiento jurídico para habilitar al personal de gendarmería nacional a intervenir y afectar gravosamente las garantías individuales mínimas de los pasajeros, por ello y en lo que respecta a la situación particular de defendido es que corresponde declarar la ilegalidad de la detención y requisa del acusado C. T. [...]".

A continuación, tras estimar ilegítima la detención y posterior requisa de su defendido, consideró que la consecuencia ineludible es la exclusión de la prueba que se obtuvo a partir de ese acto ilegítimo, con sustento en la doctrina del fruto del árbol venenoso desarrollada por nuestro Máximo Tribunal en precedentes como "Charles Hermanos" y "Rayford".

Como segundo agravio, consideró nulo el proceso penal en contra de su asistido por no evacuarse citas propuestas por su defensa, lo cual genera una directa afectación al derecho de defensa en juicio.

En concreto, estimó que se debió profundizar la investigación respecto a los dichos de su defendido en ocasión de ampliar su declaración indagatoria; oportunidad en la que manifestó que una persona apodada "el B." que conoció en Perú le ofreció cuatro mil dólares por llevar la sustancia estupefaciente desde Orán hasta Buenos Aires, y fue quien le compró los boletos a tal fin.

A su vez, como el *a quo* referenció una situación similar de transporte de estupefaciente en un precedente donde también se interceptó dicha sustancia en un micro de la misma línea que aquel en el que viajaba C. T., estimó que debieron profundizarse las investigaciones que indicaban que el aquí acusado resultó empleado por "el B." para realizar el transporte de la droga incautada, valiéndose de su situación de extrema pobreza.

Sobre lo último manifestó que esta argumentación, pese a haber sido expuesta en los alegatos "no fue valorada ni contestada en el fallo que se impugna lo que importó en definitiva una falta de respuesta concreta a los argumentos vertidos a favor del imputado". Por ello, solicitó la nulidad del proceso penal en contra de su asistido, considerando que en consecuencia debe ser absuelto.

Como tercer agravio, planteó la nulidad de los peritajes realizados sobre la sustancia incautada y sobre los teléfonos celulares también secuestrados, y cuestionó también que "todos los peritos pertenecían a la fuerza de seguridad de gendarmería nacional, la cual es una estructura vertical de estricto orden descendente, donde por regulaciones propias de la fuerza el personal subordinado nunca cuestiona la opinión o actuación de su superior jerárquico. Todo lo cual, genera en esta defensa pública un razonable temor de que se haya actuado con parcialidad".

A partir de ello estimó que la ausencia de notificación a la defensa de la realización de dichos peritajes concluye una indudable afectación al derecho de defensa en juicio, en tanto no pudo controlar la realización de dichos actos procesales ni ofrecer peritos de parte para el momento en que se efectuase el pertinente estudio.

En cuarto lugar, planteó que en ninguna de las ocasiones en que se le recibió declaración indagatoria a su defendido se efectuó una especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que su asistido habría exhibido el documento por el cual le imputaron el delito de uso de documento público falso.

Después de transcribir la delimitación efectuada en el acta de declaración indagatoria, argumentó el recurrente que "dicha falta de intimación, clara precisa y detallada de los hechos en el acta inicial, mas la falta de autosuficiencia de las actas de declaración indagatoria referenciadas, provocan un agravio claro al derecho de defensa en juicio de mi asistido, pues en definitiva nunca ha podido comprender cuál es la conducta desplegada que lo trae, en ese sentido, a este proceso".

Por otra parte, entendió que en ningún momento del proceso logró probarse que su asistido haya exhibido ante personal civil o autoridades públicas el instrumento que le fue encontrado entre sus pertenencias, y que, entonces, no se ha afectado el bien jurídico protegido, que es la fe pública. A partir de tal inteligencia afirmó que la conducta de su asistido resulta atípica.

A fin de sustentar su posición, recordó que ha sido corroborado que su asistido ingresó legalmente al país por el paso de Aguas Blancas utilizando su propio documento el 25/07/2019, según consta del informe de Migraciones obrante a fs. 36/37. También memoró que en los teléfonos celulares secuestrados no se encontró información relevante para la causa.

Por ello estimó que, si se valoran estas circunstancias en conjunto con lo manifestado por el imputado al declarar en oportunidad de prestar declaración indagatoria, cuando dijo que los pasajes se los había comprado "el B.", resulta claro que su defendido nunca exhibió el documento que se encontraba adulterado.

Asimismo, destacó que las reglas de la experiencia indican lo contrario a lo expresado en la sentencia impugnada, en tanto el documento apócrifo fue encon-

trado entre las pertenencias del acusado, mas no por haber sido exhibido.

Sumado a ello, refirió que no resulta cierto que los choferes exigen siempre la exhibición de documentos de identidad para despachar en bodega como para abordar el transporte. Más bien, las reglas de la experiencia indican que lo normal es que se pida el pasaje y nada más.

Por lo expuesto, afirmó que no logró probarse en autos que su asistido hubiera exhibido su documento, de lo cual el recurrente coligió que tal incertidumbre debe reputarse a su favor, conforme lo establece el art. 3° del CPPN; y que, en consecuencia, se debe absolver a C. T. por atipicidad en torno al delito de uso de documento público falso.

En forma subsidiaria, planteó el recurrente la errónea calificación del hecho principal bajo la figura de transporte de estupefacientes como delito consumado.

En tal sentido, comprendió que la acción típica del delito de transporte de estupefacientes consiste en el desplazamiento de la droga de un lugar a otro; que recién cuando la sustancia llega a su destino, el hecho puede considerarse consumado.

Por ello, afirmó que resulta más ajustada aquella interpretación que considera al transporte como un producto o un resultado y no como un proceso o actividad, la cual a su vez resulta conteste, a su juicio, con el principio de lesividad.

En consecuencia, solicitó que se revoque la sentencia condenatoria y se califique la conducta de M. C. T. como transporte de estupefacientes en grado de tentativa, debiendo disminuirse la pena al mínimo previsto.

Finalmente, se agravió en cuanto a que la pena impuesta resulta desproporcionada y desprovista de fundamentos jurídicos. Ello, en tanto no se ponderó debidamente "que el imputado vive en condiciones de pobreza, no tiene trabajo fijo, que vive separado de su pareja, acaba de ser padre de familia recientemente y que su pareja reside en un lugar tipo boscoso en una chacra".

Asimismo, sostuvo que debió valorarse el hecho de que "el encartado fue aprovechado en su contexto de vulnerabilidad para realizar la tarea de 'mula', que como se sabe siempre son las personas más desprotegidas, fungibles y descartables constituyendo el último y más débil eslabón de la cadena de narcotráfico".

En tal inteligencia, estimó que si el tribunal ya había tenido un caso similar que se vinculaba con la misma línea de ómnibus —como bien citó en la sentencia— "eso resulta una pauta concreta de que alguna persona como el ya referido B. es la que organiza y financia envíos utilizando a personas de extrema vulnerabilidad como mi asistido o aquella mujer".

Destacó a su vez que en autos no se le practicó a su asistido un examen como el que prevé el art. 78 del CPPN, por lo cual tampoco se puede ponderar acertadamente la entidad del reproche que puede enrostrársele a su defendido.

Por lo expuesto, concluyó que la pena impuesta resulta carente de la debida fundamentación, amén de violentar los principios de proporcionalidad, culpabilidad y el debido respeto a la integridad personal y el trato humanitario.

En razón de todos los argumentos aquí desarrollados, solicitó que se deje sin efecto la sentencia impugnada y se absuelva en consecuencia a su asistido.

Hizo reserva del caso federal.

IV. En la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, se presentó el defensor técnico del imputado ante esta instancia, Dr. Guillermo Todarello, quien mantuvo el recurso de casación interpuesto.

V. En la etapa prevista por los arts. 465, último párrafo, y 468 del CPPN, se celebró la audiencia en forma virtual a través de la plataforma "Jitsi Meet", provista por la Dirección General de Tecnología del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.

En tal oportunidad, el defensor del recurrente sostuvo los agravios planteados en la impugnación interpuesta previamente. Enfatizó en el hecho de que su defendido nunca exhibió el documento apócrifo, por lo que no puede imputársele el delito de uso de documento público falso.

Asimismo, esgrimió un nuevo agravio, al argumentar que, en caso de considerar probada la comisión del delito previsto en el art. 296, este concursa en forma ideal con el transporte de estupefacientes, en contraposición de lo fijado en la sentencia donde se entendió que se trataba de un concurso real de delitos. En tal inteligencia, entendió la defensa que se trata de un mismo hecho —el querer transportar sustancia estupefaciente de un lugar a otro— que cae en más de una sanción penal, en este caso, en dos delitos distintos.

Finalmente, exhibió fotografías que reflejan las particulares circunstancias que enmarcan la vida de C. T.

Finalizada la audiencia y efectuado el sorteo de estilo para que los señores jueces emitan su voto, resultó

el siguiente orden de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Javier Carbajo.

El doctor *Hornos* dijo:

I. El recurso de casación interpuesto resulta formalmente procedente en tanto se dirige contra una sentencia de las enumeradas en el art. 457 del CPPN, y ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (art. 459 del CPPN), con fundada invocación de los motivos previstos por el art. 456, incs. 1) y 2), del código de rito.

II. Sentado lo que antecede considero necesario, a los efectos de dar una respuesta más acabada de las diversas cuestiones planteadas, recordar los hechos que conformaron el objeto procesal en este proceso.

Según el *a quo*, el "día 28 de julio del año 2019, aproximadamente a horas 21:00, el personal de Gendarmería Nacional se encontraba realizando un control de prevención y seguridad Vial en la Ruta Provincial 92, en cercanías de la localidad de Quimilí, Dpto. Moreno de esta provincia. Allí arribó un colectivo de pasajeros de la empresa ORICEL SRL interno 201, Mercedes Benz dominio ..., proveniente de Oran, Salta, con destino a Buenos Aires. En la bodega del colectivo se detectó mercadería de origen extranjero, por lo cual se efectuó el traslado del micro a la localidad de Quimilí para realizar una requisa exhaustiva.

Una vez en el lugar y en presencia de testigos, se constató que dos ciudadanos de nacionalidad peruana, de los cuales uno de ellos no figuraba en el listado de pasajeros, fueron identificados como C. T. M. I., quien iba acompañado por su pareja, M. M. B., y transportaban entres sus pertenencias: 36 bancos plásticos, 122 bandejas de plástico, 5 rollos de mantel de plásticos, todos identificados con el respectivo talón de pasajero.

Examinados los rollos de manteles la prevención advirtió que poseían un gran peso y, al desenrollarlos, se observó en el interior un tubo de PVC de color gris, el cual al ser removido contenía una bolsa de nylon color negra sujeta con cinta de color transparente, con una sustancia en forma de polvo color blanca. Acto seguido, se procedió a realizar lo mismo con los cuatro rollos restantes, los cuales también poseían en su interior un tubo de PVC de color gris, una bolsa de nylon color negra sujeta con cinta adhesiva transparente, conteniendo en su interior sustancia en forma de polvo blanca.

Posteriormente se realizó la prueba de Narcotest, a la sustancia encontrada en el interior de los cinco rollos, resultando positivo a la presencia de "cocaína", y un peso aproximado de 26,375 Kg.

Al realizar la requisa personal del encartado la prevención encontró en su poder otro Documento de Identidad Peruano N° ... a nombre de "B. F. T.", el que también ostentaba la fotografía del encartado, pero bajo otra identidad (B. F. T.), el que sí se encontraba incluido en el listado de pasajeros y poseía adherido el Talón de Control de Conductor que coincidía con el equipaje del imputado".

III. Referidas las circunstancias fácticas que conformaron el objeto procesal de la presente causa, se analizarán a continuación los agravios planteados por el recurrente, quien cuestionó la sentencia pronunciada por considerar que se sustentó en una fundamentación que ostenta vicios in iudicando e in procedendo.

Nulidades procesales planteadas por el recurrente

Como criterio general para el análisis de las diversas nulidades planteadas por el recurrente, es menester recordar que "en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y solo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecta un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público" (Fallos: 323:929 y 325:1404).

De ello es posible extraer no solo el carácter restrictivo en materia de nulidades (conf., causa N° 1426, "Ayala, Ofelia s/ recurso de casación", rta. el 17/09/1999, Reg. N° 2070.4; causa N° 1274, "González, Víctor R. y otro s/ recurso de casación", rta. el 02/08/1999, Reg. N° 1974.4; causa N° 1117, "Di Gianni, Cristian M. s/ recurso de casación", rta. el 27/11/1998, Reg. N° 1618.4; causa N° 1188, "Gatica, Eduardo J. s/ recurso de casación", rta. el 26/04/1999, Reg. N° 1800.4; causa N° 949, "Gagliano, Cecilia s/ recurso de casación", rta. el 23/11/1998, Reg. N° 1602.4 y la causa N° 11.964 "Díaz, Pablo M. s/ recurso de casación", rta. el 18/08/2010, Reg. N° 13.764.4, entre otras de esta Sala IV de la CFCP), sino también la necesidad de que el planteo de nulidad demuestre el concreto perjuicio que le causó el supuesto acto procesal viciado.

En tal inteligencia, la declaración de nulidad no procede en el solo interés del formal cumplimiento de la ley. Ello, dado que la garantía de defensa en jui-

cio tiene carácter sustancial y por ello exige de parte de quien la invoca la acreditación del concreto perjuicio que le ha inferido el alegado vicio de procedimiento, así como, en su caso, la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo de no haber existido ese vicio (CSJN, Fallos: 298:279).

Sentado lo expuesto, se analizarán individualmente las nulidades planteadas por el recurrente.

a) Con relación a la nulidad planteada sobre la legalidad de la detención y posterior requisa, no debe olvidarse que la función prevencional constituye un deber insoslayable y fundamental del cuerpo policial administrativo, en cumplimiento de la función que le es propia, que es la de evitar la comisión de hechos delictivos, mantener el orden público y resguardar los bienes y derechos de los particulares (cfr. causa N° 346, "Romero, Ernesto H. s/ recurso de casación", reg. N° 614, rta. el 26/06/1996); función que no es solo represiva sino también preventiva.

La recordada función prevencional forma parte de las funciones que establece el artículo 183 del ordenamiento procesal, que impone el deber de "investigar, por iniciativa propia...los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación", lo que aparece completado con lo estatuido en el artículo 184, que en su inciso 5), en lo ahora pertinente, establece que los funcionarios de la policía tendrán la atribución de disponer con arreglo al artículo 230, las requisas e inspecciones del artículo 230 bis y los secuestros del artículo 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente.

Y es en este marco que el artículo 230 bis los autoriza a requisar con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito, siempre que sean realizadas, a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; y, b) en la vía pública o en lugares de acceso público.

Esta Sala IV ha sostenido, oportunamente, que entre los requisitos ineludibles que autorizan a prescindir de la necesaria orden judicial se encuentran las señaladas circunstancias previas o concomitantes, que definan en el caso la urgencia en la realización del actuar de las fuerzas de prevención, siendo facultad de los jueces su ulterior valoración, ateniéndose para ello a la historicidad de los sucesos que le vienen relatados. En tal sentido, las circunstancias aludidas deben de ser entendidas como las derivadas de elementos objetivos previos y que refuerzan la convicción de encontrarse ante el hallazgo de conductas constitutivas o de cosas provenientes de un delito (cfr. causa "Ordinola, Eric Á. s/ recurso de casación", reg. N° 7312.4., rta. 15/03/2006; entre muchas otras).

Ello resulta conteste con la doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal en torno a que las especiales circunstancias en que se desarrolle el acto impugnado resultan decisivas para considerar legítima la requisa del rodado y una ulterior detención, en tanto hayan existido indicios que permitan inferir una actitud sospechosa sobre la presunta comisión de un delito que legitime el accionar prevencional (Fallos: 321:2947).

Ahora bien, aplicado al caso concreto, cabe memorar que la génesis de esta investigación se remonta al día 28 de julio del año 2019, aproximadamente a las 21:00 horas, cuando el personal de Gendarmería Nacional se encontraba realizando un control de prevención y seguridad Vial en la Ruta Provincial 92, en cercanías de la localidad de Quimilí, Dpto. Moreno de Santiago del Estero. En tal ocasión, arribó un colectivo de pasajeros de la empresa Oricel SRL interno 201, Mercedes Benz dominio ..., proveniente de Orán, Salta, con destino a Buenos Aires.

En la bodega del colectivo se detectó un cúmulo de mercadería de origen extranjero, lo cual les permitió inferir a los funcionarios públicos que podían estar frente a la posible comisión de un delito de acción pública —contrabando de mercadería—, por lo cual decidieron examinar aquello que se encontraba en la bodega del rodado.

Sumado a ello, los miembros de la fuerza de seguridad interviniente constataron que viajaban dos ciudadanos de nacionalidad peruana, de los cuales uno de ellos no figuraba en el listado de pasajeros, motivo por el cual le solicitaron que individualizara su mercadería dentro de la bodega. Luego de ello, se procedió a revisar dicha mercadería en donde se encontró la sustancia estupefaciente.

De lo así actuado, cabe concluir que fue la relatada sucesión de hechos y circunstancias, lo que legitimó la actuación prevencional, que se aprecia cumplida sobre la base de presupuestos y motivos suficientes, que llevaron gradualmente a conformar la convicción de los funcionarios de que podían encontrarse ante una situación delictual.

En otras palabras, el hallazgo de mercadería de origen extranjero en la bodega, y la presencia de un ciudadano extranjero en el micro que no se encontraba en el listado de pasajeros, resultaron indicios suficientes para alcanzar el estándar de sospecha razona-

ble que justificó el accionar de la fuerza de seguridad interviniente.

Esa presunción no fue, por tanto, fruto de una evaluación arbitraria por parte de los preventores, sino que su actuación encontró sustento en una serie de indicios y elementos de juicio que llegaron a sugerir la posibilidad de que el recurrente estuviera relacionado con un delito; lo que luego fue efectivamente comprobado.

En efecto, el procedimiento descripto en los párrafos precedentes, en el que fueron hallados 26,375 kg. de cocaína, estuvo precedido de ciertos indicios que motivaron a los oficiales intervinientes a requisar la mercadería del imputado, que se encontraba en la bodega del micro en el que viajaba junto a su mujer.

En definitiva, ante la posibilidad de que se estuviera cometiendo un delito de acción pública, el personal preventor actuó con la celeridad y urgencia que ameritaba el caso, analizando la situación conforme a circunstancias previas que permitieron razonable y objetivamente justificar su accionar, todo ello en el marco de las pautas de actuación dispuestas en el art. 230 bis de nuestro código de rito.

Por lo expuesto corresponde rechazar la nulidad de la requisa impetrada por el recurrente en la impugnación interpuesta.

Igual solución procede en lo relativo a la supuesta autoincriminación que según el recurrente ha sido forzada por los preventores, al solicitarle al imputado que individualice aquella mercadería que decidió transportar en la bodega del rodado.

Es que, en sí, la consulta realizada por los preventores para que el sujeto que no se encontraba en el listado de pasajeros, pero que viajaba en el transporte de que se trataba, individualice los bienes que llevaba en el vehículo, no es más que una medida de prevención y control que se presentó razonable ante la situación configurada.

Ahora bien, tal como se consigna en la sentencia pronunciada, el procedimiento cuestionado fue iniciado de conformidad con las facultades otorgadas por los artículos 230 y 230 bis, último párrafo, del CPPN que faculta a los funcionarios policiales y fuerzas de seguridad a "proceder a la inspección de vehículos" "tratándose de un operativo público de prevención" (cfr. voto del suscripto en la causa FSA 3686/2016/T01/CFC1, "Cancinos, Gonzalo E. s/ recurso de casación", reg. N° 2026/18, rta. el 17/12/2018, de esta Sala IV de la CFCP).

Asimismo, lo que protege la garantía con los dichos autoincriminantes es que sean realizados bajo coacción o amenaza concreta, cuestión que no aparece en autos. Y así, resulta conforme a derecho que en el marco de un operativo de control vehicular, como en el caso, se les pregunte a los ocupantes del rodado acerca de la documentación, al lugar que se dirigen o que carga llevan, sin que ello implique exceso en el procedimiento ni que las respuestas que se otorguen sean consideradas bajo coerción alguna (cfr. causa FSA 3661/2016/T01/CFC1, "Mercado, Herminio B. y otro s/ recurso de casación", reg. N° 962/17, rta. el 02/08/2017, de esta Sala IV de la CFCP).

Amén de lo expuesto, lo cierto es que al encontrarse individualizada la mercadería que cada pasajero decidió despachar en bodega —los bultos poseían un ticket que individualizaba a su dueño—, los preventores podían determinar cuál era aquel equipaje que correspondía al imputado por otros medios, que tampoco se pueden interpretar como un supuesto de nemo tenetur, como bien pudo ser solicitarle a todos los pasajeros que individualicen su mercadería, o bien solicitarle al chofer que comente, a partir de sus registros —Listado de pasajeros y ticket de los bultos—, cuáles eran los bienes que transportaba el imputado.

En consecuencia, no se advierte configurada en el caso una situación que se adecue a los preceptos establecidos en torno a la prohibición de la autoincriminación forzada, en tanto las fuerzas de seguridad intervinientes actuaron dentro del legítimo marco que regula su accionar, sin obligar al acusado a confesar la comisión de la conducta delictiva perpetrada.

Corresponde entonces el rechazo de los agravios planteados por la defensa en torno a la requisa y posterior detención de su asistido.

b) También procede el rechazo de la nulidad planteada por el recurrente con sustento en que el tribunal de origen no evacuó las citas solicitadas por la defensa.

En efecto, es menester recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que, para que prospere la declaración de nulidades procesales, se requiere la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo cumplimiento de la ley importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (Fallos: 295:961; 298:312; 302:221; 306:149 y 1360; 310:1880; 311:1413 y 2337; 323:929).

En ese sentido, el Máximo Tribunal también entendió que "si el apelante no indica cuáles son las defensas que se le habrían impedido hacer valer y la

manera en que ellas hubieran incidido en el resultado del pleito, el recurso extraordinario fundado en la violación del derecho de defensa en juicio es improcedente" (Fallos: 302:179).

Por ende, quien plantea la nulidad no solo debe demostrar el vicio en el acto procesal que ataca, sino que además debe demostrar de qué defensas se vio privado y cómo estas podrían haber incidido en una potencial resolución favorable a su pretensión (cfr. el voto del suscripto en la causa FRE 5797/2016/T02/CFC2, "Pérez, Walter H. y otro s/ recurso de casación", reg. N° 1227/20, rta. el 30/07/2020, de esta Sala IV de la CFCP).

Ahora bien, en el caso concreto, si bien el recurrente alegó que las citas no evacuadas podrían haber permitido continuar con la investigación y, ulteriormente, determinar quiénes habrían, en su caso, participado en la cadena de tráfico en cuyo transcurso fuera interceptado el aquí imputado, dicha hipótesis no impide la configuración del tipo penal que encontró sustento en la conducta concretamente realizada por su asistido, y por la que resultó condenado en el marco de las presentes actuaciones.

Dicho de otro modo, la posibilidad de que la continuidad de la investigación permitiese extender la pesquisa respecto de esta potencial cadena de narcotráfico, no resulta óbice para afirmar que el aquí imputado consumó la conducta típica prevista en el art. 5°, inc. "c", de la ley 23.737, bajo la modalidad de transporte de estupefacientes.

Por ello, como el argumento que sustenta esta pretendida nulidad no refleja de qué defensas se vio privada la parte ahora recurrente de presentar en pos de descartarla configuración del tipo penal por el cual resultó finalmente condenado C. T., resulta inhábil para motivar la invalidez del fallo pronunciado; en tanto no se ha alegado fundadamente cómo el tratamiento de las pretendidas cuestiones podrían haber incidido en una potencial resolución favorable a su pretensión.

En consecuencia, la analizada solicitud de nulidad también debe ser rechazada.

c) La nulidad planteada respecto de los peritajes realizados sobre la sustancia incautada y los teléfonos celulares también secuestrados, así como también de los peritos intervinientes, adelanto que tampoco tendrán acogida favorable.

En primer término, incluso de los propios argumentos esbozados por el recurrente surge que el peritaje de los teléfonos celulares no arrojó información relevante para la investigación, por lo que no se observa cómo dicha nulidad podría incidir en una hipotética resolución favorable a su posición.

Seguido a lo expuesto, corresponde afirmar que, a pesar de no haber sido debidamente notificado de la realización del peritaje sobre la sustancia estupefaciente incautada, ello no resulta óbice para fundar su nulidad, en tanto no se trata de un acto procesal que no pueda haber sido reproducido nuevamente ante pedido de parte.

En otras palabras, al no tratarse de un supuesto pericial de aquellos que resultan de imposible reproducción o reiteración ulterior, la falencia procesal invocada no genera un agravio suficiente como para sostener la nulidad incoada, más aún si se considera el señalado carácter restrictivo que rige en materia de nulidades.

Para más, debe ponderarse también que la propia confesión del imputado robustece la evidencia tendiente a confirmar que la sustancia transportada efectivamente era cocaína, incluida dentro de la nómina de sustancias consideradas estupefacientes a la luz de lo previsto en el art. 77 del CP.

Por otro lado, tampoco tendrá acogida favorable en esta instancia el planteo sustentado en la alegada sospecha de parcialidad de los peritos intervinientes, por pertenecer a la misma fuerza de seguridad que aquellos funcionarios que practicaron el procedimiento que resultó en la detención del encausado.

Es que, dicha afirmación no tiene asidero alguno en el resto del plexo probatorio incorporado al proceso, de manera que autorice a inferir la posibilidad de que en los peritajes realizados se pudiera alterar la evidencia recolectada en autos y que resultó el objeto de estudio.

En el caso no se advierte una diferencia en la calidad y cantidad de material estupefaciente secuestrado según lo analizado en el "narcotest" efectuado al momento de la detención y el ulterior peritaje realizado por los aquí impugnados, por lo que el agravio planteado de modo abstracto no encuentra asidero en las constancias de la causa.

Por ende, la cuestión así expuesta no resulta más que un agravio insustancial, por lo cual, según la inteligencia trazada por nuestro Máximo Tribunal al respecto (Fallos: 306:1698, 306:413), debe ser desechado.

IV. Agravios relativos a la calificación legal

a) Por un lado, con respecto al agravio por el cual se cuestiona que el delito imputado a C. T. quedó en grado de conato, cabe recordar que ya he tenido oportunidad de sostener que el delito de transporte

de estupefacientes no requiere, como elemento subjetivo, la intención de comercialización del material ilícito transportado, o la acreditación de que quien transporta lo hace con la intención de participar de una cadena de tráfico de dichas sustancias, o transportar dicho material hasta su destino —sea este final o intermedio— (cfr. de esta Sala IV, causa N° 179, "Berreta, Ángel A. s/ recurso de casación", Reg. N° 375.4, rta. el 22/08/1995; causa N° 1877, "Castro, Carlos C. s/ recurso de queja, Reg. N° 2315.4, rta. el 23/12/1995; causa N° 7738, "Arrieta Berrios, Juan y otro s/ recurso de casación", Reg. N° 10.967.4, rta. el 30/10/2008; y causa N° 14.943, "Lucas, José A. y otros s/ recurso de casación", Reg. N° 848/12.4, rta. el 24/05/2012; entre muchas otras).

Al respecto, he señalado que la Real Academia Española define transportar como "llevar cosas de un lugar a otro", y que la doctrina local se pronuncia en sentido coincidente al manifestar que "para el sistema de la ley argentina el transporte describe la conducta de traslado de la droga de un lugar a otro dentro del país" (Cornejo, A., "Los delitos de tráfico de estupefacientes", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 112).

Con esa perspectiva, en cuanto a la consumación del delito en cuestión, el tipo penal se agota por la sola circunstancia de que el agente se desplace, aun cuando fuera brevemente, con la droga, cumpliendo de tal modo, dinámicamente, el *iter criminis*, sea parcial o totalmente, pues en este tipo de delitos la característica principal es la prolongación indefinida de la consumación. No es el resultado del ilícito lo que se mantiene en el tiempo, sino la consumación delictiva misma (cfr. causa N° 11.474, "Bustamante, Damián A. y otro s/ recurso de casación", de esta Sala IV de la CFCP).

Es que "siguiendo el criterio de la peligrosidad abstracta, puede afirmarse sin ambages que el tipo se agota por la mera circunstancia de que el agente se desplace, aunque brevemente, portando la droga mientras que la tentativa se configurará en aquel caso en que se lo hubiere sorprendido intentando recibir la droga o cuando hubiesen pruebas conducentes que determinen que el individuo se había encaminado hacia su recepción" (Cornejo, A., op. cit., citado en mi voto en la causa N° 7749, "Lucas, Andrea s/ recurso de casación", Reg. N° 11.803, rta el 18/05/2009, entre otras).

Entonces, en el caso de autos, en el que se logró detener al acusado en el transcurso de un viaje que realizaba en un micro que transportaba pasajeros de una provincia a otra, no quedan dudas de que se encuentran probados todos los elementos del tipo penal por el cual fuera condenado —art. 5°, inc. "c", de la ley 23.737—, por lo que el planteo presentado en torno a la calificación legal que corresponde otorgar al hecho juzgado tampoco tendrá acogida favorable.

b) La nulidad planteada con apoyo en la falta de descripción del hecho relativo al delito de uso de documento público falso, será tratada en este mismo punto junto con la alegada falta de acreditación de los elementos típicos necesarios para configurar el tipo penal previsto en el art. 296 del CP.

En primer término, cabe destacar que en el acta de declaración indagatoria, se le informó al acusado el hecho por el cual se le imputaba el uso del documento público falso en los siguientes términos: "el día 28 del cte. mes y año, aproximadamente a hs. 21, personal de Gendarmería Nacional se encontraba realizando un control de prevención y seguridad Vial en la Ruta Provincial 92, en cercanías de la localidad de Quimilí, Dpto. Moreno de esta provincia; cuando arriba un colectivo de pasajeros de la empresa Oricel SRL interno 201, Mercedes Benz dominio ..., proveniente de Oran, Salta, con destino a Buenos Aires; al detectar en la bodega del colectivo mercadería de origen extranjero, se procede a trasladar el micro a la localidad de Quimilí para realizar una requisa exhaustiva; en el lugar y en presencia de testigos, se constató que dos ciudadanos de nacionalidad peruana, no figuraban en el listado de pasajeros, al proceder a su identificación resulto ser el compareciente quien iba acompañado por su pareja M. M. B.; quienes transportaban entre sus pertenencias, 36 bancos plásticos, 122 bandejas de plástico, 5 rollos de mantel de plásticos los que se encontraban identificados con los respectivos talón de pasajero (todo esto detallado ampliamente en acta de procedimiento) continuando con el control surge que los rollos de manteles poseían un gran peso, al desenrollarlos, se observa en el interior un tubo de PVC de color gris, el cual al ser removido se observa una bolsa de nylon color negra sujeta con cinta de color transparente, el cual contenía una sustancia en forma de polvo color blanca, por lo que se procedió a realizar lo mismo con los cuatro rollos restantes, los cuales también poseían en su interior cada uno un tubo de PVC de color gris, una bolsa de nylon color negra sujeta con cinta adhesiva transparente, conteniendo en su interior sustancia en forma de polvo blanca. Posteriormente se realiza la prueba de Narcotest, a la sustancia encontrada en el interior de los cinco rollos, resultando positivo a la presencia de "cocaína", y un peso aproximado de 26,375 kg.; al momento de ser requisado el compareciente y su acompañante, se les incautó, dinero efectivo, moneda nacional y extranjera, teléfonos celulares y documentos de identidad pertenecientes a otras personas o falsos (todo ello detallado ampliamente en acta de procedimiento)".

En ese escenario, deberá analizarse si la conducta desplegada resulta ajustada a lo que prevé el art. 296 del CP.

Deberá desentrañarse, entonces, el alcance del término "uso" al que hace referencia el tipo penal para comprender si la conducta desplegada por el imputado resulta abarcada por el tipo penal en cuestión. Frente a dicha tesitura, el recurrente manifestó que, como C. T. no exhibió el documento falso, no podría imputársele el uso de dicho instrumento.

Al respecto, cabe mencionar que el pasaje en micro a través del cual el acusado intentó realizar el viaje desde Orán hacia Buenos Aires fue consignado a nombre de "B. F. T.", identidad que se corresponde con la detallada en el documento de identidad que resultó ser apócrifo, una vez practicado el informe documentológico que delimitó su falsedad.

A su vez, tal cual fuera descripto por el *a quo*, "este nombre es el que consigna en el Listado de Pasajeros (DUT) emitido por la empresa 'Oricel SRL', listado este que habilitó el depósito en la bodega del Interno 201, Dominio ..., de los diversos bultos con ticket en su poder, en uno de los cuales se encontraba oculta la droga".

Por ende, el imputado portó un documento nacional de identidad apócrifo, conociendo que contenía su foto pegada a él, y decidió despachar en bodega su mercadería con sustancia estupefaciente y arribó al micro a sabiendas de que en el pasaje figuraba una identidad que no era la propia, sino que se condecía con el documento apócrifo que él portaba. Para más, el ticket que lo habilita a viajar en ese micro también estaba bajo el nombre falso que se correspondía con ese documento de identidad apócrifo, de todo lo cual se desprende el uso efectivo que se le dio a ese documento falso.

En el escenario descripto queda claro que, si bien el imputado no exhibió el documento apócrifo a los preventores, sí empleó la identificación falsa que de este se extrae para materializar la conducta delictiva principal, que era el transporte de estupefacientes.

En esta inteligencia, resulta incontrastable que el imputado despachó la mercadería en la bodega y subió al micro utilizando una identidad falsa, la cual quedó también plasmada en el pasaje emitido con ese nombre apócrifo. Entonces, independientemente de si exhibió o no el documento falso a los preventores, lo cierto es que el acusado viajó bajo una identidad falsa que a su vez se encontraba respaldada por el documento apócrifo que portaba junto con sus pertenencias, todo lo cual deja en evidencia que, en el contexto de un análisis integral y específico de los hechos juzgados, efectivamente hizo uso de esa identificación apócrifa para poder subir al rodado y concretar la maniobra espuria principal.

En consecuencia, pese a los esforzados argumentos planteados por el recurrente, el agravio relativo a la ausencia de adecuación típica sobre esta conducta que se le imputa al encausado debe ser rechazado.

Por lo demás, cabe mencionar que, bajo la interpretación aquí propuesta, en la primer acta de declaración indagatoria las circunstancias de modo, tiempo y lugar fueron debidamente detalladas por el juzgado instructor, lo cual permite entender que el acusado siempre tuvo conocimiento de los hechos por los cuales estaba siendo sometido a proceso penal, sin que se vislumbre, sobre este punto, afectación alguna al derecho de defensa en juicio.

En conclusión, por los motivos expuestos en los párrafos precedentes, los cuestionamientos relativos a la condena de C. T. en orden al delito de uso de documento público falso deberán ser rechazados.

c) Por último, corresponde analizar el nuevo agravio manifestado por el recurrente en la audiencia oral —y virtual— celebrada en esta instancia.

El impugnante manifestó que el hecho imputado a su asistido representa un concurso ideal de delitos, en el cual en una misma conducta deben entenderse subsumidos los delitos de transporte de estupefacientes y de uso de documento público falso.

Sin embargo, como bien establece el art. 55 del CP, el concurso real tiene lugar cuando a un mismo sujeto se le atribuyen varios hechos delictivos, cometidos antes de que ninguno de ellos haya sido objeto de juzgamiento (Caramuti, C., Concurso de delitos, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 207).

En el caso concreto, y como ya fuera expuesto en los párrafos precedentes, el acusado hizo uso del documento público falso, lo cual se reflejó no solo en la utilización del pasaje de ómnibus bajo el nombre apócrifo, sino también al despachar su mercadería en la bodega del rodado y luego subir a este a sabiendas de que contaba con un documento nacional de identidad que tenía su foto pegada y un nombre que no se correspondía con el suyo.

De este modo, es posible afirmar que no se trata de una sola conducta que recae en dos delitos distintos, sino que, más bien, se trata de ilícitos separados que fueron cometidos con cierta proximidad temporal —primero se consumó el uso de documento público falso—, los cuales, lógicamente, se superponen

al momento en que el micro comenzó su marcha y se consumó el delito de transporte de estupefacientes.

Por tales razones, dicho agravio tampoco prosperará.

V. Agravio vinculado a la fundamentación del monto de pena impuesto.

Finalmente, resta analizar el último agravio planteado por el recurrente, en torno a que el monto de pena impuesto al aquí acusado —nueve años de prisión— resulta desproporcionado, e individualizado en clara afectación al principio de proporcionalidad de las penas y al de culpabilidad.

Respecto de esta cuestión, he señalado de manera constante que le compete a esta Cámara Federal de Casación Penal la intervención en cuestiones como la aquí planteada, toda vez que la posibilidad del juicio de revisión sobre la fijación de la pena impuesta, no solo corresponde en caso de arbitrariedad, como supuesto en que lo controlable es la falta de motivación o su contrariedad, sino también en relación a la corrección de la aplicación de las pautas fijadas por el derecho de fondo —arts. 40 y 41 del CP— (cfr. en lo atinente y aplicable, causa N° 847, "Wowe, Carlos s/ recurso de casación, rta. el 30/10/1998, reg. N° 1535.; causa N° 1735, "Del Valle, Mariano s/ recurso de casación", rta. el 19/11/1999, reg. N° 2221.4; causa N° 1646, "Bornia De Merlo, Walter s/ recurso de casación", rta. el 22/02/2000, reg. 2427.4; entre varias otras, todas de esta Sala IV de la CFCP).

Por ende, resulta claro que la individualización de la pena es revisable, según cuál sea el vicio atribuido en tal sentido al fallo, ya sea desde el aspecto de la fundamentación, como en relación a la aplicación de las disposiciones de carácter sustantivo que la regulan, aunque varias de esas pautas dependan de las características del hecho juzgado, caso en el cual deberá recurrirse al examen del factum que el tribunal consideró acreditado (conforme, en lo atinente y aplicable, causa N° 1735, "Del Valle, Mariano s/ recurso de casación", rta. el 19/11/1999, reg. N° 2221.4, de esta Sala IV de la CFCP).

A su vez, ello es así en vinculación directa con el alcance que esta Sala ha asignado al recurso de casación, pues a la luz de la correcta interpretación del art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, para que exista una verdadera revisión ante el juez o tribunal superior, es necesario otorgarle al instituto casatorio —como etapa del proceso penal— el carácter de recurso eficaz que garantice suficientemente al imputado el examen integral del fallo (cfr. los votos del suscripto en la causa N° 4428, "Lesta, Luis E. s/ recurso de casación", rta. el 23/09/2004, reg. N° 6049; causa N° 4807, "López, Fernando D. s/ recurso de queja", rta. el 15/10/2004, reg. N° 6134; y causa FSM 2362/2011/T01/9/CFC3, "Ahel, Sergio D. E. s/ recurso de casación", rta. el 23/08/2016, reg. N° 1024/16.4, todas de esta Sala IV de la CFCP).

Ahora bien, tal como ya lo he señalado en diversas oportunidades, la individualización de la pena es la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquellas, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente (cfr. los votos del suscripto en causa N° 1785, "Trovato, Francisco M. s/ recurso de casación", rta. el 31/05/2000, reg. N° 2614; causa N° 6414, "Palacios, Miguel Ángel s/ recurso de casación", rta. el 20/02/2007, reg. N° 8264; y causa FSM 2362/2011/T01/9/CFC3, "Ahel, Sergio D. E. s/ recurso de casación", rta. el 23/08/2016, reg. N° 1024/16.4, todas de esta Sala IV de la CFCP).

A su vez, resulta claro que las circunstancias o elementos que en sí mismos considerados configuran la acción típica no pueden ser valoradas para graduar la pena a imponer. Sin embargo, junto a las demás pautas de mensuración, pueden ser evaluadas al efecto considerándolas, no ya en su mencionada eficacia cualitativa, sino cuantitativa, es decir, en su gravedad o entidad.

Consecuentemente también, por ejemplo, si bien la mera afectación del bien jurídico protegido ya ha sido ponderado en abstracto por el legislador con relación al tipo penal en cuestión, y así considerado no puede ser valorado por el juez a los fines de la imposición de una pena, sí puede tener incidencia, como agravante o atenuante, el grado de afectación a ese bien jurídicamente protegido.

Ello, del mismo modo que ocurre con el tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el delito, así como en relación con los medios de los que se valió el delincuente, que en cada caso adquirirán según su intensidad un diferente valor indiciario de la gravedad del hecho o peligrosidad del agente, aun cuando en abstracto configuren el injusto penal, pues, como ya he dicho, admiten grados que reflejen la intensidad.

En particular, el recurrente se agravió al considerar que no fueron debidamente ponderados la ausencia de antecedentes penales de su asistido y las propias condiciones personales del imputado: "que [...] vive en condiciones de pobreza, no tiene trabajo fijo, que vive separado de su pareja, acaba de ser padre de familia recientemente y que su pareja reside en un lugar tipo boscoso en una chacra".

En ese mismo sentido, el recurrente entendió que no puede obviarse la situación relativa a que el impu-

tado fue empleado como "mula" para transportar droga desde la ciudad de Orán hasta Buenos Aires, y menos aún el hecho de que, quien le ofreció realizar dicha tarea, lo hizo bajo un claro aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad.

Por su parte, el *a quo* ponderó, para delimitar el grado de intensidad de afectación a los bienes jurídicos tutelados, la naturaleza de la acción, los medios empleados —en especial la modalidad de ocultamiento de la sustancia estupefaciente transportada y la comisión del delito valiéndose de una falsa identidad—, la gran cantidad de cocaína de máxima pureza secuestrada y, en el sentido indicado, la compra de pasajes con el documento apócrifo.

En carácter de atenuantes, detalló que vive en una situación de extrema pobreza, que acaba de ser padre de familia y que carece de antecedentes penales.

A partir de ello, considero que asiste razón al recurrente en tanto sobre este punto particular la sentencia impugnada adolece de vicios de fundamentación en cuanto a la valoración que se ha efectuado en lo pertinente a la operatividad y entidad que las antedichas circunstancias personales del encausado deben adquirir en el caso en la individualización de la pena que debe imponérsele a la luz de los estándares marcados por nuestro Máximo Tribunal en materia de arbitrariedad de sentencias (Fallos: 215:417 y 322:1890); y de las reglas de carácter sustantivo que rigen la cuestión en estudio.

Ello, en tanto los sentenciantes no efectuaron un pormenorizado y basto análisis de las particulares condiciones de vulnerabilidad que envuelven las circunstanciasen la que ha obrado el imputado, las cuales revisten entidad suficiente para individualizar un monto de pena inferior al finalmente impuesto, que resulte ajustado en términos de proporcionalidad a la conducta por él realizada en relación con sus condiciones personales, en cuanto tuvieron estas la entidad para incidir, considerablemente, en su capacidad de autodeterminación en relación a la comisión de los delitos que se le imputan; y operaron en la configuración del grado de injusto por él cometido, y, por ende, en la medida de la reprochabilidad de dichas conductas.

En efecto, la determinación de la pena exige implementar, en el análisis, una categoría adicional al ilícito que incorpore todas aquellas circunstancias que reduzcan la necesidad de reacción estatal.

No puede olvidarse que, justamente, el artículo 41 del código de fondo autoriza la ponderación de los antecedentes y circunstancias personales que hayan tenido influencia en la determinación del sujeto para cometer el delito, al disponer expresamente como pauta de mensuración, en la individualización de la pena, circunstancias como "la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos".

En tal sentido, cabe recordar que, al momento de ampliar su declaración indagatoria, el acusado además de aclarar que "que su pareja M. M. B., no tiene nada que ver con el hecho que se le imputa; no conocía del estupefaciente que el compareciente traía oculto entre los manteles, reitera que ella no sabía nada; es injusto que ella esté detenida por algo que no hizo, y porque también se encuentra embarazada y que está sufriendo mucho"; agregó que "el declarante y su pareja, son muy pobres, viven en un pueblo llamado Chimbote, el compareciente y su compañera son muy pobres, por ese motivo hizo esto, por necesidad; a los manteles con la cocaína se la entregaron en Oran, Salta, una persona que conoció en Perú cuando el declarante trabajaba en la construcción, lo único que sabe es su apodo "B.", no puede agregar otro dato, este le ofreció cuatro mil dólares para llevar la cocaína desde Oran hasta Buenos Aires, esa persona le dio todo listo para el viaje, hasta le compró los boletos, y le dijo que en Buenos Aires lo esperaban para pagarle el dinero y recibir los manteles con la droga. Reitera nuevamente que su pareja no sabía nada de esto, vino con el declarante de vacaciones a pasear por Buenos Aires, asumiendo toda la responsabilidad de el transporte de la droga el declarante".

Sobre el punto, entiendo que si bien en la sentencia se consideró como pauta de atenuación la extrema pobreza de C. T., del análisis conjunto de los parámetros que dieron apoyo a la mensuración de la pena finalmente impuesta, en confronte con la escala punitiva prevista para la conducta delictiva por la que se lo condenó, no resulta que la señalada circunstancia personal se haya traducido, con el marco dogmático precedentemente reseñado, en un resultado punitivo que otorgara suficiente entidad a dicha situación. En efecto, la ubicación del nombrado como inmerso en una situación de pobreza y marginalidad extrema, permite vislumbrar a las claras su situación dentro de un contexto de vulnerabilidad suficiente como para entender que el grado de reproche por la conducta realizada debió ser sensiblemente menor, en tanto sus necesidades económicas, propias de la crítica situación de miseria y necesidad en la que se encontraba, incidieron, indudablemente, en el grado de reprochabilidad de la ejecución de la conducta prohibida por la que fuera juzgado y condenado.

En tal sentido, no debe olvidarse que resulta una práctica habitual, dentro de las cadenas de narcotrá-

fico, la utilización de personas sometidas a una situación de extrema vulnerabilidad para el transporte de sustancia estupefaciente, con la finalidad de evitar, de este modo, que quienes ejercen el dominio del negocio espurio vinculado al tráfico de drogas logren ser capturados.

En similar sentido se ha expresado el Fiscal ante esta instancia, Dr. Javier De Luca, en oportunidad de manifestar que "se trata de la clásica persona empelada para determinados menesteres en la cadena del delito de contrabando de estupefacientes, y así evitar que quienes realmente manejan o dominan el negocio internacional no corran riesgos personales frente a las autoridades" (cfr. voto del suscripto en causa FSA 7158/2016/T01/CFC1, "Martínez Hassan, Lourdes S. s/ recurso de casación, reg. N° 1103/18, rta. el 18/10/2018, de la Sala I de la CFCP).

En conclusión, considero que las pautas de mensuración expresamente meritadas por el tribunal como agravantes y atenuantes, a la luz de lo dispuesto en el art. 41 del CP, no otorgan adecuado sustento a los montos punitivos finalmente impuestos a C. T., en tanto no resultaron razonables en referencia a la escala penal prevista para los delitos perpetrados que contemplan, tras su concurso real, un mínimo de cuatro años y un máximo de veintitrés años de prisión; observándose una marcada afectación al principio de culpabilidad por el hecho cometido.

Por ello, entiendo que asiste razón al recurrente sobre el punto, por lo cual corresponde que se haga lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto y se revoque la sentencia impugnada únicamente en torno al monto de pena impuesto.

En consecuencia, en orden a los argumentos expuestos y el resultado de la audiencia de conocimiento personal dispuesta por el artículo 41 del CP, estimo que corresponde condenar al nombrado, en orden a los ilícitos aquí juzgados, a la pena de siete años y seis meses de prisión, multa equivalente en pesos de 45 unidades fijas, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable de los delitos de transporte de estupefacientes y uso de documento público falso, en concurso real (art. 5°, inc. "c", de la ley 23.737; arts. 45, 55 y 296 del CP).

VI. En conclusión, por los motivos expuestos en los acápites precedentes, estimo que corresponde: I. Rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de C. T., en relación con los agravios desarrollados en los puntos III y IV del presente voto, sin costas en esta instancia por haberse efectuado razonable ejercicio del derecho al recurso, previsto en el art. 8.2.h de la CADH(arts. 530, 531 y 532 del CPPN); II. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de M. Y. C. T., revocar el resolutorio impugnado únicamente respecto al monto de nueve años de pena allí impuesto, y, en consecuencia, condenar a M. Y. C. T. a la pena de siete años y seis meses de prisión, multa equivalente en pesos de 45 unidades fijas, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable de los delitos de transporte de estupefacientes y uso de documento público falso, en concurso real (art. 5°, inc. "c", de la ley 23.737; arts. 45, 55 y 296 del CP), conforme a los lineamientos expresados en el punto V. del presente voto; y III. Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Borinsky* dijo:

En cuanto a los planteos de nulidad y los agravios relacionados con la calificación legal atribuida a los hechos por los que resultó condenado M. Y. C. T., adhiero a las consideraciones efectuadas por el distinguido colega que lidera el presente acuerdo, doctor Gustavo M. Hornos en los puntos III y IV de su voto con las siguientes consideraciones.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, con fecha 2 de julio de 2020, condenó a C. T. a la pena de 9 años de prisión, multa equivalente a 45 unidades fijas y accesorias legales y costas, por considerarlo autor del delito de transporte de estupefacientes en concurso real con uso de documento público falso (ver sentencia impugnada, Sistema Lex-100).

En el recurso de casación, la defensa cuestionó el procedimiento llevado a cabo por personal de Gendarmería Nacional Argentina y, en consecuencia, solicitó la declaración de nulidad de la detención y requisa personal de C. T. como así también del posterior secuestro del estupefaciente hallado entre sus pertenencias.

Dichos planteos constituyen una reedición de los efectuados durante el debate y fueron debidamente rechazados en la sentencia impugnada, sin que el impugnante haya logrado rebatir en esta instancia lo decidido por el *a quo*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo, no son un fin en sí mismas, pues se requiere la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia (cfr. en lo pertinente y aplicable, CFCP, Sala IV, causas: FSA 12272/2015/TO1/CFC1, "Cantaluppi, Daisy C. y otra s/ recurso de casación", Reg. N° 743/17, rta. el 19/06/2017; FMZ 14895/2013/TO1/5/CFC2, "Ortiz Donadell, Gerardo S. s/ recurso de casación", Reg. N° 461/18, rta. el 09/05/2018 y FRE 14000304/2013/TO1/CFC6, "Sánchez, Pedro D.

y otros s/ recurso de casación", Reg. N° 1204/19, rta. el 13/06/2019 y FMZ 74721/2018/TO1/5/CFC1, "Carrizo, Carla G. y otro s/ recurso de casación", Reg. N° 1044/20, rta. el 14/07/2020, entre muchas otras).

El procedimiento efectuado en las presentes actuaciones por personal de Gendarmería Nacional Argentina el día 28 de julio de 2019 en un control de prevención en la Ruta Provincial N° 92, en cercanías de la localidad de Quimilí, Santiago del Estero, que culminó con el secuestro de más de 25 kilogramos de cocaína de alta pureza resultó ajustado a lo previsto en el art. 230 bis del CPPN, de conformidad con las atribuciones conferidas a las fuerzas de seguridad contempladas en el art. 184, inc. 5, del mismo cuerpo legal.

El art. 230 bis del CPPN dispone un supuesto de excepción al principio general que establece que la requisa personal debe ser ordenada por el juez, mediante auto fundado. Concretamente, establece que "los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, así como e ceder a la inspección de vehículos".

No se autoriza, entonces, a las fuerzas preventoras a realizar detenciones y requisas indiscriminadas. Pues una actuación al amparo de la situación prevista en el art. 230 bis, supone —como requisito indispensable— la existencia de previos indicios objetivamente acreditados, que razonablemente autoricen a inferir que una persona oculta en su cuerpo, en las pertenencias que lleva consigo o en el vehículo en el que se traslada, elementos directamente relacionadas con un delito.

De tal modo, si un agente de prevención se encuentra ante un "estado de sospecha", es necesario que describa fundadamente cuáles son las conductas o circunstancias del caso que generaron tal ánimo subjetivo (conf. CSJN, causa CSJ 183/2013 "Lemos, Ramón A. s/ causa N° 11.216", rta. 09/12/2015 —Fallos: 338:1504— y causa CSJ 578/2014, "Stancatti, Oscar s/ causa N° 462/2013", rta. 24/05/2016 —Fallos: 339:697—).

Lo relevante entonces es que el funcionario actuante brinde los verdaderos motivos que sustentaron su accionar. No debe olvidarse que una medida de coerción como la aquí analizada, al implicar una injerencia estatal en la esfera individual de privacidad —consagrada por normas de rango constitucional, art. 19 de la CN y art. 30 de la CADH—, se encuentra sometida a expresas restricciones legales destinadas a establecer las formas y requisitos que aseguren que dicha intromisión no sea realizada arbitrariamente. Solo así podrá ser posteriormente al escrutinio imparcial de la autoridad judicial competente, para su debido control (cfr. CFCP, Sala IV, causas: FCT 12000298/2012/TO1/CFC1, "Barreto, Marcelo G. y otro s/ recurso de casación", reg. N° 200/18, rta. el 22/03/2018 y sus citas y FMZ 74721/2018/TO1/5/CFC1, "Carrizo, Carla G. y otro s/ recurso de casación", reg. N° 1044/20, rta. el 14/07/2020).

En el presente caso, tal como sostuvo fundadamente el *a quo* en la resolución impugnada, se configuraron elementos objetivos suficientes —mercadería extranjera en la bodega del ómnibus sumado a que C. T. no se encontraba en el listado de pasajeros de la empresa de Oricel SRL—, que legitimaron la actuación de Gendarmería Nacional en los términos de los arts. 184, inc. 5, y 230 bis del CPPN en el marco del operativo de control vehicular que originó las presentes actuaciones.

En cuanto a los planteos de nulidad vinculados con la falta de evacuación de citas (art. 304 del CPPN) y de notificación de las pericias comparto las conclusiones expuestas por el colega preopinante.

La procedencia de la declaración de nulidad requiere, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (Fallos: 323:929 y 325:1404). En consecuencia, quien impetra la declaración de nulidad debe demostrar su interés en obtener tal declaración, esto es, el perjuicio que el acto presuntamente inválido le deparó (Fallos: 324:151), aún para el caso en que se invoquen nulidades de carácter absoluto (cfr. en lo pertinente y aplicable, CFCF, Sala I: causa FTU 28375/2014/CFC1, "Limpio Mas s/ recurso de casación", Reg. N° 1741/16, rta. el 27/09/2016 y Sala IV, causas: CPE 83/2015/4/CFC1, "Miguel, Roy F. s/ recurso de casación", Reg. N° 421/17, rta. el 28/04/2017 y FMZ 24768/2019/TO1/2/CFC1, "Ampuero Sosa, Pedro s/ recurso de casación", Reg. N° 1525/20, rta. el 26/08/2020).

En ese orden de ideas, los argumentos introducidos por la recurrente se presentan insuficientes para sustentar las irregularidades alegadas en la medida en que la parte no ha logrado acreditar la existencia de un concreto perjuicio en detrimento de las garantías constitucionales que invoca en el recurso de casación.

Respecto al grado de consumación del delito de transporte de estupefacientes atribuido a C. T. (art. 5, inc. "c" de la ley 23.737), solo habré que la acción reprimida por el tipo penal en cuestión consiste en

transportar estupefacientes y no en transportar dicho material hasta su destino —sea este final o intermedio— (cfr. en igual sentido, en lo pertinente y aplicable, CFCP, Sala IV, causas: FCR 94146334/2011/TO1/CFC1, "Duarte, Juan Carlos s/ recurso de casación", reg. N° 2550/15, rta. el 29/12/2015; FRE 22000513/2013/TO1/CFC1, "Ojeda, Avelino y otro s/ recursos de casación", reg. N° 1722/16 rta. el 28/12/2016; FSA 19886/2014/TO1/CFC5, "Toro, Claudio H. y otros s/ recurso de casación", reg. N° 1819/17, rta. el 20/12/2017; FSA 15467/2016/TO1/CFC1, "Gallardo, Bernardo J. s/ recurso de casación", reg. N° 1834/18, rta. el 26/11/2018; FSM 3195/2016/TO1/CFC1-CFC2, "Franckocivk, Mario y otros s/ recurso de casación", reg. N° 129/19, rta. el 22/02/2019 y FPA 2788/2015/TO1/CFC2, "Allasina, Sergio A. F. y otro s/ recurso de casación", reg. N° 1780/20, rta. el 16/09/2020, entre muchas otras).

La circunstancia de que C. T. no haya podido arribar a su destino en poder de la droga que transportaba como consecuencia del accionar de Gendarmería Nacional no impide tener por configurado el delito en examen porque el bien jurídico tutelado(la salud pública) fue efectivamente puesto en peligro por el nombrado. Por ese motivo, la petición formulada por la recurrente en subsidio de calificar el transporte de estupefacientes investigado a tenor de lo establecido por el art. 42 del CP, no será favorablemente atendida.

También concuerdo con el colega que lidera el orden de votación en lo atinente a la correcta intimación de los hechos y la comprobación fehaciente del uso del documento falso encontrado entre las pertenencias de C. T.

Por último, la defensa cuestionó el monto de pena individualizado por el tribunal por considerar que no se encuentra debidamente fundado.

Según se desprende de las actuaciones, en la etapa prevista por el art. 393 del CPPN, la representante del Ministerio Público Fiscal solicitó para C. T. la pena de 10 años y 6 meses de prisión (cfr. acta de debate y sentencia impugnada, Sistema Lex-100).

El *a quo* impuso al nombrado la pena de 9 años de prisión. Al graduar la sanción punitiva tuvo en cuenta como agravantes la naturaleza de la acción, los medios empleados, en especial, el trabajo para el ocultamiento de la sustancia (disimulada en rollos de manteles) y la acreditación de otra identidad.

En la sentencia impugnada se tuvo en consideración que el nombrado "…actuó con plena conciencia de que lo transportado eran estupefacientes…", que la sustancia estaba minuciosamente oculta para el fin delictual, la utilización de otra identidad para el viaje y la compra de pasajes con el documento apócrifo.

Además, ponderó la extensión del daño, es decir, los indicadores del grado de afectación de los bienes jurídicos tutelados. Destacó la gran cantidad de cocaína de máxima pureza (más de 25 kilogramos) y la cantidad de dosis umbrales que pueden extraerse como así también "…la confianza traicionada de la documentación utilizada que portaba…". En este punto, evaluó "…la manera de actuar del acusado con relación al tipo penal de la acción punible genérica del delito: 'transportar estupefacientes' y respecto del 'uso de documento falso o adulterado'…".

Como atenuantes, el tribunal valoró la edad, el nivel de educación y las costumbres como así también la falta de antecedentes penales y, en ese sentido, sostuvo que si bien C. T. tiene estudios secundarios, "…vive en un asentamiento en su país, en una situación de extrema pobreza. Acaba de ser padre de familia recientemente…" (ver resolución impugnada, Sistema Lex-100).Asimismo, se pondera lo surgido de la audiencia de conocimiento directo realizada por este tribunal respecto de C. T.

Como puede apreciarse, la sentencia recurrida en cuanto a la individualización de la pena impuesta resulta fundada en las circunstancias objetivas del hecho, el grado de culpabilidad, el grado de afectación de los bienes jurídicos involucrados y en las condiciones personales de C. T., conforme los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 del CP.

No debe escapar al análisis que al adherir a diversos tratados internacionales tales como la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes —Nueva York—, enmendada por el Protocolo de modificación de 1972 —Ginebra— (ratificada mediante ley N° 20.449 de fecha 22/05/1973) y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada en Viena en 1988 (ratificada por ley 24.072, promulgada por decreto 608 del 09/04/1992) —entre otros—, la República Argentina ha asumido el compromiso internacional de combatir el narcotráfico, debiendo diseñar las estrategias necesarias a tal efecto.

Así lo ha recordado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Fredes" (Fallos: 341:207, resuelto el 06/03/2018), oportunidad en la que citando el fallo "Arriola" ratificó "…el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir el narcotráfico…" y recordó que "…los compromisos internacionales obligan a la Argentina a 'una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes,

sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (art. 36 de la Convención)', Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de Naciones Unidas...".

En consecuencia, considerando la escala penal aplicable, conforme a los parámetros fijados en el caso y dentro del límite punitivo propiciado por el Ministerio Público Fiscal, la sanción impuesta a M. Y. C. T. de 9 (nueve) años de prisión por el concurso real de delitos por el que resultó condenado, resulta ajustada a derecho y a las circunstancias relevantes del caso.

Debe tenerse presente que la doctrina de la arbitrariedad invocada por la parte impugnante posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos: 295:2206 y sus citas; 330:133, entre otros). De allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de modo reiterado que dicha doctrina no es invocable en tanto la sentencia contenga fundamentos jurídicos mínimos que impidan su descalificación como acto judicial (Fallos: 290:95; 325:924 y sus citas, entre otros), extremo que no ha sido demostrado en esta instancia.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Carbajo* dijo:

En primer término, adhiero al voto del doctor *Hornos* —que ya cuenta con la adhesión del doctor *Borinsky*— en cuanto al rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa vinculado con los planteos de nulidad y con la calificación legal asignada a los hechos por los que resultó condenado M. Y. C. T., tanto en lo que se refiere al grado de consumación del delito de transporte de estupefacientes, como al de uso de documento público falso encontrado entre sus pertenencias (arts. 5°, inc. "c" de la ley 23.737 y 296, en función del 292, del CP).

Por otro lado y por coincidir sustancialmente con las consideraciones expuestas en el voto que antecede, considero que tampoco corresponde hacer lugar a la impugnación de la defensa por el agravio referido a cuestionar la determinación punitiva finalmente infligida a C. T.

En suma, doy mi voto para rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal.

Tal es mi voto.

En virtud de lo expuesto y en mérito al Acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de M. Y. C. T., sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN). II. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky. — Javier Carbajo. — Gustavo M. Hornos.*

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

Evaluación de cada caso concreto. Complejidad de la causa. Delitos de corrupción.

1. — El análisis efectuado por el a quo en orden a la subsistencia de la acción penal a partir de la garantía de plazo razonable se verifica arbitrario, toda vez que tal garantía no puede limitarse exclusivamente al estricto cumplimiento del transcurso de los plazos previstos en el código de fondo, por lo que la invocación que se hace en el fallo al aludir a los tiempos que transcurrieron entre las declaraciones indagatorias y la recepción de la causa en su ámbito, luce carente de fundamento y desprovista de una explicación razonada teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, no habiendo sido sopesada en forma conglobada con los sucesos investigados.

2. — El derecho a ser juzgado sin dilaciones no puede traducirse para el órgano jurisdiccional en un número específico de días, meses o años, sino que es deber jurisdiccional evaluar en cada caso concreto ciertas pautas de razonabilidad que revelen si efectivamente se ha violado de un modo palmario e injustificado la garantía en trato, sin enfatizar con exclusividad en una mera referencia temporal en abstracto.

3. — El derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve posible a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal, integra la garantía de defensa prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional.

4. — Plazo razonable es aquel que los órganos de persecución penal necesitan para lograr, en permanente impulso de la causa, los objetivos del proceso penal.

5. — No es dable advertir que los tiempos procesales impresos al presente proceso hayan sido irrazonables en desmedro de la garantía aludida y ello, así pues, independientemente del lapso transcurrido entre el inicio de la causa y la actualidad, no es posible dejar de lado las vicisitudes acaecidas y señaladas por el recurrente en punto a los reiterados pedidos para que se proceda sin más a la fijación de la audiencia de debate. La naturaleza del hecho investigado —que perjudicó el erario público— y la calidad de los involucrados en la maniobra —entre ellos, funcionarios estatales— se presentan como elementos relevantes para la ajustada resolución del caso.

6. — En los casos en que se persiguen delitos vinculados con la corrupción pública, cobran vigencia los tratados internacionales en la materia pues, de no investigarse o juzgarse estas denuncias, se podrían ver afectadas responsabilidades del país frente a la comunidad internacional.

7. — La referencia temporal en abstracto efectuada por el a quo no da cuenta de la complejidad de las maniobras investigadas en la presente causa de contrabando llevado a cabo por los funcionarios públicos imputados (del voto del Dr. Borinsky).

CFCasación Penal, sala IV, 16/10/2020. - P., A. O. y otros s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/57521/2020]

Causa FSA 71003293/2010/TO1/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 16 de 2020.

Resulta:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Salta, provincia homónima, con fecha 4 de diciembre de 2019, resolvió: "I). Sobreseer a O. A. P., C. O. S. y A.V. S., (...) en orden al delito de contrabando agravado por el número de personas intervinientes en el carácter de partícipes primarios (art. 865 inc. a en función del art. 864 inc. b de la ley 22.145 y 45 del CP); como así también a A. O., (...) en orden al delito de contrabando doblemente agravado por el número de personas intervinientes y por tratarse de un funcionario aduanero, en carácter de autor (art. 865 inc. a y c en función del art. 864 inc. b de la ley 22.145 y 45 del CP); y a C. A. C., E. P. H. y L. A. A., (...) por el delito contrabando doblemente agravado por el número de personas intervinientes y por tratarse de funcionarios aduaneros, en el carácter de cómplices primarios (art. 864 inc. b en función del art. 863 y 865 incs. a y c de la ley 22.145 y 45 del CP); en todos los casos, por insubsistencia de la acción penal en virtud del quebrantamiento de la garantía judicial que establece el derecho a ser juzgados dentro de un plazo razonable".

II. Contra dicha decisión, interpuso recurso de casación el representante de la querella (AFIP-DGA), el que fue concedido por el tribunal a quo, en cuanto a su admisibilidad formal, el día 27 de diciembre de 2019 y mantenido ante esta instancia.

III. Como primer motivo de agravio, el presentante indicó que, por efecto de las previsiones del art. 67 del CP, en atención a la calidad de funcionarios públicos que aún mantenían los imputados C. A. C. y L. A. A., la prescripción se hallaba suspendida, por lo que consideró que el tribunal incurrió en una contradicción, al declarar extinta la acción penal por la causal de vulneración al plazo razonable.

Se refirió luego a las convenciones Interamericana y de Naciones Unidas contra la corrupción, y precisó que dicha garantía debía confrontarse con los principios, reglas y obligaciones asumidas por el Estado en esos tratados, aseverando que en la causa se investigaban hechos comprendidos en tal categoría, pues habrían tomado parte en las acciones funcionarios públicos en ejercicio de su competencia, debiendo entonces prevalecer el interés general de la sociedad.

Señaló que, de acuerdo a los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para determinar la razonabilidad del plazo, debía efectuarse un análisis global del procedimiento.

En tal sentido, reiteró que el plazo de prescripción no había operado, y resaltó que la causa se encontraba en condiciones de que se fijara audiencia de debate para finalizar con el estado de incertidumbre respecto de los imputados.

Adunó que la propia actividad de estos fue factor de retardo, meritando que el planteo de insubsistencia de la acción penal frustró la posibilidad de que ejercieran en forma amplia y plena su derecho de defensa en el marco del juicio oral y que, anteriormente se realizaron planteos improcedentes de prescripción, que expusieron la intención dilatoria de aquellos.

Detalló luego que la causa resultó compleja, tanto a partir de la materia técnica objeto de la imputación, de las dificultades que se le presentaron al magistrado

instructor para reunir la prueba, como también de la cantidad de personas involucradas y de la calidad de funcionarios del servicio aduanero de varios de los imputados, agregando además que, al sopesarse el plazo de duración de la causa, debía tenerse en cuenta la pluricompetencia de los tribunales intervinientes.

Consideró que el grado de afectación a la situación jurídica de los acusados fue bajo, por hallarse todos ellos excarcelados y realizando su vida normal.

Recordó que los días 2 de mayo de 2017, 3 de noviembre de 2017 y 5 de marzo de 2018, esa parte impulsó la acción requiriendo que se fijara la audiencia de debate, sin obtener respuesta de parte del tribunal y que, de adverso, la defensa solicitó el sobreseimiento el día 23 de noviembre de 2017, pero que luego no volvió sobre esa petición, exhibiendo con esa conducta falta de perjuicio por la duración del trámite.

Con cita de precedentes de esta Cámara manifestó que, previo al dictado de la extinción de la acción penal, debería haberse verificado la ausencia de la causal interruptiva prevista en el inc. "a" del art. 67 del CP.

Bajo tales condiciones, adujo que no se advertía una prolongación indebida del trámite y que, por tanto, no se hallaban comprometidas las garantías de defensa en juicio y debido proceso.

Expresó que, en función de los arts. 55 y 62 inc. 2 del CP, debía computarse como plazo de prescripción el máximo de 12 años, y que dicho plazo, además de hallarse suspendido para todos los imputados por la calidad de funcionarios públicos de A. y C., no había transcurrido en atención a las fechas en se llevaron a cabo las indagatorias y el requerimiento de elevación a juicio.

Formuló reserva del caso federal.

IV. Durante el término de oficina previsto por los arts. 465 párrafo cuarto y 466 del CPPN, las defensas de A. O., C. A. C. y L. A. A. solicitaron la desestimación del recurso de casación de la querella.

En tal dirección, manifestaron que el análisis sobre la procedencia del recurso, atento su carácter extraordinario, debía realizarse con criterio restrictivo, y que en autos no se verificaba ninguno de los supuestos previstos por el art. 456 del CPPN, como tampoco una causal de arbitrariedad de sentencia, razones por las cuales requirieron la declaración de inadmisibilidad del recurso.

De otro tanto, señalaron que el recurso se sustentaba solo en una disconformidad con la resolución desfavorable para la parte impugnante, quien se había limitado a exponer su diferente posición jurídica sobre la subsistencia de la acción penal.

Aditaron que las presentaciones tendientes a obtener la extinción de la acción penal siempre tuvieron base en el tiempo irrazonable que llevaba el juzgamiento del caso, cuestión que estimaron constituía un derecho elemental de los imputados, que resultaba diferente del plazo de prescripción, y que la condición de funcionarios públicos de C. y A., o la proximidad del debate luego de 21 años de trámite, no podían ser óbices para ello.

Recordaron que la garantía a ser juzgado en un plazo razonable se encuentra reconocida en los órdenes constitucional y convencional, en beneficio de los individuos, y como límite a las facultades del Estado en procesos de enjuiciamiento.

Sopesaron que la actividad de las defensas no había resultado dilatoria, sino que las presentaciones realizadas tuvieron incidencia poco sustancial en la demora del proceso.

Por tales razones, consideraron que resultaba improcedente la anulación de lo decidido por el tribunal oral.

V. Con fecha 13 de octubre de 2020 se cumplieron las previsiones del art. 468 del CPPN, oportunidad en que presentaron breves notas las defensas de los imputados A. O., C. A. C. y L. F. A., la querella y el representante del Ministerio Público Fiscal.

a) En su exposición conjunta, los letrados defensores reafirmaron los argumentos ensayados durante el término de oficina.

En primer lugar, solicitaron la declaración de inadmisibilidad de la impugnación interpuesta, por considerar que no existían vicios de entidad suficiente para descalificar el fallo atacado, ni una causal de arbitrariedad de sentencia.

Valoraron luego que no existían razones jurídicas para revocar la decisión del tribunal a quo, y recordaron que no se había planteado la prescripción de la acción penal, sino su extinción por transgresión al plazo razonable, tras 21 años de juzgamiento.

Por esos motivos, pidieron la desestimación del recurso de casación de la querella y la confirmación del sobreseimiento dictado, con imposición de costas.

b) Por su parte, el letrado representante de la querella se opuso a la declaración de inadmisibilidad del recurso pretendida por las defensas de O., C. y A.

Indicó que el tiempo de tramitación que llevaba la causa obedecía preponderantemente a su propia complejidad y destacó que para el magistrado instructor resultó dificultoso muñirse del plexo probatorio.

Consideró que, teniendo en cuenta ello y la actividad desarrollada por las partes, no se advertía una demora tal que permitiera concluir en la irrazonabilidad del plazo de juzgamiento.

Sopesó que el grado de afectación sobre los imputados fue bajo, por encontrarse todos ellos excarcelados, y quienes ocupaban un cargo público, aún en sus funciones.

Recordó que en fechas 02/05/2017, 03/11/2017 y 05/03/2018, realizó presentaciones requiriendo la fijación de audiencia de debate, sin haber obtenido una respuesta del tribunal, y destacó que el plazo de prescripción de la acción no se encontraba perimido.

Reclamó finalmente que se hiciera lugar al recurso interpuesto, que se dejara sin efecto el sobreseimiento dispuesto y que se procediera a fijar un pronto debate oral para juzgar a los imputados.

c) A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal, consideró que la resolución del tribunal oral se encontraba viciada por arbitrariedad al haber omitido el análisis de cuestiones conducentes para la adecuada solución de la causa, las que derivó de los compromisos asumidos por el Estado al suscribir las Convenciones Interamericana y de Naciones Unidas contra la corrupción.

Señaló que no se brindó una fundamentación sólida en torno a la vulneración de la garantía a ser juzgado en plazo razonable y, que no se explicó por qué existió demora en la fijación de la audiencia de debate, memorando además que ello fue reiteradamente solicitado por los acusadores.

En tal sentido, estimó que el objeto procesal de la causa revestía complejidad y que en su tramitación se efectuaron planteos que demandaron una considerable cantidad de tiempo, entre los que incluyó las presentaciones de las defensas atinentes a la prescripción de la acción penal y a la inconstitucionalidad del art. 67, 2° párrafo del CP.

Adunó que los compromisos asumidos por la República en materia de corrupción conformaban un parámetro adicional para el examen respecto de la garantía en cuestión, y destacó que ninguno de los imputados se encuentra detenido y que no se describió para ellos algún tipo de perjuicio o afectación concreta derivada de la duración del proceso.

Detalló que la norma prevista en el art. 67, 2° párrafo del CP revelaba un designio del legislador de prolongar la persecución penal en los casos de imputaciones a agentes públicos, siendo ello un medio para asegurar el esclarecimiento del caso, y valoró que ello fue ignorado por el tribunal a quo.

Concluyó que no existía en el caso vulneración a la garantía a ser juzgado en plazo razonable y pidió que se hiciera lugar al recurso de casación interpuesto por la querella.

Superada dicha etapa, efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, del que resultó el siguiente orden sucesivo: doctores Javier Carbajo, Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

El doctor *Carbajo* dijo:

I. El recurso de casación interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que la resolución recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del CPPN), la parte se encuentra habilitada para impugnarla (art. 460 del CPPN), los planteos efectuados se enmarcan en los motivos previstos por el art. 456 del CPPN y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación exigidos por el art. 463 del citado código ritual.

II. a) De acuerdo con la reseña efectuada por el tribunal a quo, las presentes actuaciones tuvieron génesis en el año 1999, siendo el objeto de la investigación el ingreso al territorio nacional, desde el Estado Plurinacional de Bolivia, a través del paso fronterizo ubicado en la Aduana de Pocitos (Salta), de 38 millones de metros cúbicos de combustible, declarado como aceite crudo de petróleo, cuando se habría tratado de otra sustancia (gasolina natural), evitando de ese modo pagar el impuesto a los combustibles líquidos (ley 23.966), hechos que habrían ocurrido desde comienzos de 1998, hasta diciembre de 1999.

Según lo consignado, L. A. A., E. N. P. H. y C. A. C., habrían intervenido en esas acciones, en su calidad de funcionarios públicos de la Dirección General de Aduanas, a través del control irregular de los trámites de importación de la mercadería en cuestión, que a su vez habrían sido confeccionados por el despachante de aduana A. O., en nombre de las empresas Devass Trading SA, Aceites y Combustible SA y Merco Trans SA.

Las medidas investigativas ordenadas derivaron en la toma de las declaraciones indagatorias a los nombrados, como también en las de C. O. S., O. A. P. y A. V. S., en los meses de septiembre, octubre y diciembre

del año 1999, y en el posterior dictado de sendos autos de procesamiento, en los meses de diciembre del 2000 y octubre de 2004, en función de las figuras previstas en los arts. 863 y 865 inc. "a" del Código Aduanero, y 210 del CP en el caso de P., S., S. y O., y de las normadas en los arts. 863 y 865 incs. "a" y "c" del Código Aduanero respecto de C., P. H. y A., al tratarse estos de funcionarios públicos aduaneros.

Paralelamente, también fueron indagados J. F. F., P. A., G. L. S., F. M. F., S. F. F., D. L. A., M. L. V. de P., y J. C. G., respecto de quienes, el 18 de diciembre del año 2000, se dictó la falta de mérito.

Luego, con fecha 16 de junio de 2009, el Fiscal Federal solicitó la elevación de la causa a juicio con relación a A. O., L. A. A., E. P. H., C. O. S., O. A. P., C. A. C. y A. V. S., disponiéndose en la misma fecha su notificación. A su turno, con fecha 27 de julio de 2009, hizo lo propio la querella (AFIP-DGA).

El 14 de junio de 2010 se decretó la citación a juicio, acto que fue notificado al día siguiente respecto del Ministerio Público Fiscal, y el día 6 de julio de ese año respecto de la defensa pública oficial.

El fiscal ofreció prueba el 5 de julio de 2010, las defensas lo hicieron entre los días 7 de febrero y 3 de junio de 2011, mientras que la querella lo hizo el 8 de agosto de 2011.

El 1 de abril de 2014, esa parte solicitó que se fijara fecha para la audiencia de debate, pedido que fue replicado por el fiscal, según hace constar el a quo, a fs. 3707, sin detallar fecha.

El 15 de diciembre de 2015, el fiscal volvió a pedir la fijación de fecha para la audiencia de debate. Los días 2 de mayo de 2017 y 3 de noviembre de 2017 la querella reiteró la misma solicitud.

El 23 de noviembre de 2017, las defensas de A. O., C. A. C. y L. A. A. requirieron el sobreseimiento definitivo por vulneración a la garantía a ser juzgado en plazo razonable.

Con fecha 5 de marzo de 2018, la querella volvió a pedir la fijación de fecha para la audiencia de debate.

El 25 de julio de 2019, se corrió traslado al Ministerio Público Fiscal respecto del pedido de sobreseimiento por plazo razonable, quien previo a expedirse, solicitó la intervención de la querella.

El 12 de septiembre de 2019, la querella se opuso a la solicitud de sobreseimiento, mientras que el 26 de septiembre se expidió en igual sentido el representante del Ministerio Público Fiscal.

b) Sobre la base de tales antecedentes y a partir del pedido de las defensas, el tribunal dictó el sobreseimiento de O. A. P., C. O. S., A. V. S., A. O., C. A. C., E. P. H. y L. A. A. "por insubsistencia de la acción penal en virtud del quebrantamiento de la garantía judicial que establece el derecho a ser juzgados dentro de un plazo razonable".

Para así decidir, los jueces del a quo meritaron, en primer lugar, que se trató de una causa compleja, por la naturaleza propia de la investigación, como también por la cantidad de personas involucradas.

Luego, precisaron que la extinción de la acción penal no se estaba decidiendo en función del plazo de prescripción, sino a partir de la garantía a ser juzgado en plazo razonable, de conformidad con los estándares establecidos por los pactos internacionales.

Sopesaron que, de conformidad con la letra del art. 36 de la Constitución Nacional, los delitos de corrupción no son imprescriptibles.

Recordaron que la mentada garantía encuentra asidero legal en los artículos 18 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional; 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y 9.3 y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que la literalidad de dichas disposiciones establecía su alcance para todas las personas.

Se refirieron a los precedentes "Barra" (Fallos: 327:327) y "Kipperband" —disidencia de Petracchi y Boggiano— (Fallos: 322:360) y destacaron que, siguiendo la línea de dichos fallos, el plazo razonable de duración de un proceso no podía ser fijado con precisión matemática, sino que resultaba necesario profundizar y argumentar respecto de tres tópicos precisados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como son la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

En esa línea, analizaron primeramente la complejidad de la causa. Así, valoraron que los hechos objeto de juicio se enmarcaron en el delito de contrabando, agravado por el número de personas intervinientes y por la condición de funcionarios públicos de tres de los siete imputados.

También tuvieron en cuenta el volumen de trabajo que demandó la investigación, destacando que solo la instrucción conformó un total de 18 cuerpos, acompañados de una voluminosa cantidad de documentación.

Con cita del precedente "Richards, Juan M. y otros s/ defraudación, causa N° 46.022/97" (del 31/08/2010)

del cimero Tribunal, estimaron que incluso en casos complejos operaba la garantía del plazo razonable, pudiendo ser entonces vulnerada ante la existencia de plazos procesales multiplicados sin justificación.

Luego, analizaron la actividad procesal de la causa. En tal dirección, señalaron que la última indagatoria fue tomada en diciembre de 1999 y que los procesamientos se dictaron en diciembre del año 2000. Que, en octubre de 2001, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó los procesamientos y que entre ese momento y el mes de agosto del 2002 —oportunidad en que la querella solicitó nuevas medidas probatorias— no hubo actos que significaran avance del proceso.

Indicaron que, durante el año 2003, y hasta septiembre de 2004 —momento en que se dictó el procesamiento de los imputados P. H., C. y A., con embargo sobre sus bienes por $10.000.000—, los únicos actos de impulso procesal fueron las declaraciones testimoniales del Ingeniero R. y de la Licenciada S.

De seguido, destacaron que la Cámara de Apelaciones confirmó el procesamiento de C., P. H. y A. el día 30 de abril de 2007 y que, salvo los pedidos de sobreseimiento de la defensa en ese año, hasta junio de 2009, cuando el fiscal solicitó la elevación a juicio de la causa, no hubo actos procesales para impulsar la causa.

Señalaron que, en marzo de 2010, el juez instructor rechazó las oposiciones de las defensas y elevó la causa a juicio y que, el 14 de junio de ese año, decretó la citación a juicio, mientras que, entre febrero y agosto de 2011, ofrecieron prueba las defensas y la querella.

Recordaron que, el 15 de diciembre de 2015, el fiscal pidió la fijación de la audiencia de debate, planteo que fue reeditado por la querella en dos oportunidades durante el año 2017.

Por tales antecedentes, concluyeron que se verificaba la existencia de múltiples períodos sin impulso procesal y sin justificación para ello, tanto en la fase de instrucción como en la etapa plenaria, meritando que esa circunstancia se debía a la inactividad por parte de las autoridades judiciales, llevando la causa al momento de dicha decisión más de 20 años de trámite.

Entendieron, entonces, que lo antecedente traducía una injusta e irrazonable multiplicación de los plazos procesales previstos en la ley ritual para la duración del proceso, señalando que en dicho entendimiento no podría soslayarse "la consabida situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal".

Se refirieron, finalmente en este aspecto, a la experiencia consuetudinaria como ratio legis de los plazos del CPPN, y al precedente "Mattei" (Fallos: 272:188) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Seguidamente, valoraron la actividad procesal de las partes, memorando que a lo largo del proceso se registraron pedidos de declaración de prescripción de la acción penal, pero que estos, más allá de haber resultado improcedentes, no insumieron una cantidad apreciable de tiempo, por lo que destacaron que la demora en la tramitación del proceso, que se encuentra a cargo del Estado, no podía hacerse recaer sobre los imputados.

Por otra parte, tuvieron en cuenta que, si bien el Ministerio Público Fiscal y la querella solicitaron en varias ocasiones la fijación de fecha de audiencia de juicio, "...la falta de determinación de una fecha no fue antojadiza; por el contrario, es de público conocimiento que este Tribunal está sobrecargado de trabajo, sin perjuicio de que somos respetuosos de los derechos de los imputados, motivo por el que se realizan entre dos y tres audiencias de debate diarias y de juicios abreviados, a los fines de no provocar demoras en los trámites de los expedientes con estado de juicio, dando siempre preeminencia a las causas con personas detenidas. En igual sentido, hay que destacar además que los miembros de este Tribunal Oral se encuentran subrogando en causas de Tribunales de distintas jurisdicciones, debiendo trasladarse a otras provincias alejadas del asiento normal de sus funciones. Asimismo, desde hace años se ha venido solicitando la provisión de mayor cantidad de personal, lo que ha sido atendido solo en forma absolutamente insuficiente. Este tribunal ha solicitado personal en diferentes notas al Consejo de la Magistratura (26/03/2013), Corte Suprema de Justicia (30/05/2013, 10/09/2013, 13/05/2014, 02/12/2015, 22/02/2017, 13/03/2019 y 23/04/2019) y Cámara Federal de Casación Penal (19/09/2013)".

Ultimaron por ello y sobre este aspecto, que la imposibilidad de la concreción del debate no se debió a las actitudes dilatorias de las partes, ni a la desidia judicial, sino al cúmulo de causas que se tramitaban con escasos recursos humanos y operativos.

Sintetizaron que se advertía que, desde el inicio de la causa en 1999, hasta su elevación a juicio en abril de 2010, habían pasado más de diez años y que, desde la citación a juicio el día 14 de junio de 2010, a la fecha del dictado del auto de sobreseimiento, se contaban otros ocho.

En última instancia, confrontaron el plazo de prescripción de la acción —estimando que correspondía computar un plazo de 10 años, derivado del encuadre jurídico en el cual se subsumieron los acontecimientos— con los hechos interruptivos de ese curso (siendo el último de ellos la citación a juicio del 14 de junio de 2010), y con la circunstancia de que A. y C. seguían siendo funcionarios públicos, pues continuaban formando parte del organismo estatal aduanero, y definieron que, por efecto del art. 67 párr. 2do. del CP, sin perjuicio de que el término legal no hubiera fenecido, habida cuenta los más de veinte años que llevaba el proceso, correspondía poner fin al ejercicio de la acción penal. Citaron en refrendo de tal tesitura, el precedente "Egea" (Fallos: 327:4815) de la Corte Suprema de la Nación, en el entendimiento de que la garantía de plazo razonable permitía operar la extinción de la acción penal incluso si el término de prescripción aún no se había completado.

En definitiva, concluyeron que el plazo que había insumido el presente proceso se encontraba reñido con el art. 18 de la Constitución Nacional, y con los artículos 8.1 de la CADH y 9.3 del PIDCP, por lo que declararon la extinción de la acción penal por quebrantamiento de la garantía de los imputados L. A. A., C. A. C. y A. O., E. N. P. H., C. O. S., O. A. P. y A. V. S., a ser juzgados en plazo razonable.

III. Sentado cuanto precede, se advierte en primer término que no se encuentra discutida la calidad de funcionarios públicos de L. A. A. y C. A. C. quienes, de acuerdo con las constancias de la causa, continúan prestando tareas en la Dirección General de Aduanas.

En segundo orden, no es ocioso destacar que, tal como señaló el recurrente, no ha operado tampoco el plazo de prescripción de la acción penal y las actuaciones se encuentran en condiciones de que se fije audiencia de debate.

Sentado lo expuesto, estimo conducente recordar que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve posible a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal, integra la garantía de defensa prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 272:188; 300:1102).

En oportunidad de pronunciarme sobre la materia ahora debatida, al emitir mi voto en las causas FSM 586/2010/TO1/CFC1, caratulada "Pedrouzo, Omar N. y otro s/ recurso de casación", Reg. 829/19.4, del 06/05/2019 y posteriormente, FBB 22000231/2000/TO1/4/CFC1, "Montes, Pedro A. y otros s/ recurso de casación", Reg. 845/20, del 18/06/2020, sostuve que la garantía a ser juzgado en un plazo razonable ha sido expresamente reconocida en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y, de forma implícita, en la Constitución Nacional, integrando el bloque constitucional de garantías (arts. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 9.3 y 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Estas normas se encuentran orientadas a limitar la afectación de derechos de quien es sometido a proceso y a reconocer aquel que tiene todo imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, con la finalidad de impedir que permanezca largo tiempo bajo acusación y asegurar que el juicio se decida prontamente.

Plazo razonable es aquel que los órganos de persecución penal necesitan para lograr, en permanente impulso de la causa, los objetivos del proceso penal —averiguación de la verdad y restablecimiento de la paz jurídica alterada de la manera más completa posible—. Como contracara y cuando la duración efectiva del proceso excede la necesaria, se puede decir que se lesiona el mandato de celeridad (cfr. Roxin, Imme La excesiva duración del proceso penal en la nueva jurisprudencia alemana, Conferencias, ed. Mediterránea, Córdoba, 2012, p. 63).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al concepto de "plazo razonable", remitiéndose al criterio elaborado por la Corte Europea de Derechos Humanos —ya que el art. 8.1 de la CADH es equivalente al art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales—, sostuvo que "…es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) la complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conductas de las autoridades judiciales" (cfr. casos "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago", sentencia del 21 de junio de 2002; "Suárez Rosero", sentencia del 12 de noviembre de 1997; y "Genie Lacayo", sentencia del 29 de enero de 1997; entre otros, y en el viejo mundo, "Eur.Court H.R., Motta judgment of 19/02/1991", Serie A N° 195-A" y "Eur. Court H. R. Ruiz Mateos c. Spain judgment of, 23/06/1993", Serie A N° 262).

En el presente caso, el análisis efectuado por el a quo en orden a la subsistencia de la acción penal a partir de la garantía de plazo razonable se verifica arbitrario.

Asimismo, tal como ya he señalado en el ante citado caso "Montes", la garantía constitucional a ser juzgado en un plazo razonable no puede limitarse exclusiva-

mente al estricto cumplimiento del transcurso de los plazos previstos en el código de fondo (Fallos: 322:360 y 327:327); por lo que la invocación que se hace en el fallo al aludir a los tiempos que transcurrieron entre las declaraciones indagatorias y la recepción de la causa en su ámbito, luce carente de fundamento y desprovista de una explicación razonada teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, no habiendo sido sopesada en forma conglobada con los sucesos investigados.

En efecto, la dificultad que plantea esta vía excepcional utilizada en el fallo impugnado consiste en que el derecho a ser juzgado sin dilaciones no puede traducirse para el órgano jurisdiccional en un número específico de días, meses o años, sino que es deber jurisdiccional evaluar en cada caso concreto ciertas pautas de razonabilidad que revelen si efectivamente se ha violado de un modo palmario e injustificado la garantía en trato (Fallos: 330:3640), sin enfatizar con exclusividad en una mera referencia temporal en abstracto.

En ese sentido, se inscribe el dictamen del Procurador General de la Nación —al que se remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en la causa "Salgado" (Fallos: 332:1512)—, al sostener que el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir de los precedentes "Mattei" (Fallos: 272:188) y "Mozzatti" (Fallos: 300:1102) "...se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación (Fallos: 330:4539 y sus citas) pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, 'la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible'(conf. Causa P. 1991, L. XL, 'Paillot, Luis M. y otros s/ contrabando', del 1° de abril de 2012, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, y sus citas)...".

No es posible que para resolver un conflicto de la magnitud como el aquí planteado solo se haya echado mano a una mera invocación de los tiempos transcurridos entre ciertos actos para, de ese modo, tener por configurada la transgresión del plazo razonable. En efecto, los jueces han decidido la cuestión controvertida sin hacerse cargo de acreditar la vulneración que afirman mediante un análisis detallado del trámite del presente proceso y sin mencionar alguna concreta circunstancia que permita atribuir el lapso temporal que tildan de excesivo a la inoperancia o morosidad judicial, o a dilaciones indebidas en cabeza del juez instructor o de ese propio tribunal.

Considero, entonces, que en tales condiciones no es dable advertir que los tiempos procesales impresos al presente proceso hayan sido irrazonables en desmedro de la garantía aludida y ello, así pues, independientemente del lapso transcurrido entre el inicio de la causa y la actualidad, no es posible dejar de lado las vicisitudes acaecidas y señaladas por el recurrente en punto a los reiterados pedidos para que se proceda sin más a la fijación de la audiencia de debate.

Por lo demás, no surge del expediente y tampoco se demuestra que se haya generado algún grado de afectación por la duración del procedimiento en la situación jurídica o personal de alguno de los involucrados en el proceso.

En ese sentido, la naturaleza del hecho investigado —que perjudicó el erario público— y la calidad de los involucrados en la maniobra —entre ellos, funcionarios estatales— se presentan como elementos relevantes para la ajustada resolución del caso no solo a la luz de las pautas expuestas sino también de lo normado en el art. 36 de la Constitución Nacional.

Tales circunstancias no pueden ser desatendidas ni reputarse como intrascendentes pues, claro está, el constituyente ha estipulado que aquellas acciones resultan merecedoras de una consideración particular aun cuando por sí mismas no resulten imprescriptibles.

Sobre el punto, he tenido oportunidad de señalar al emitir mi voto in re "Bofill, Alejandro A. y otros s/ recurso de casación" (CFP 9233/1999/TO1/37/CFC5, Reg. 145/20, del 21/02/2020), la referencia en ese artículo a los hechos de corrupción posee un indudable carácter hermenéutico, tendiente a destacar la necesidad de consagrar un estándar ético dentro de la función pública como valor esencial del sistema democrático y la necesidad de una clara decisión estatal tendiente a su efectiva investigación y condena.

Tan es así que, con posterioridad a su incorporación en el texto constitucional, se sancionó la ley 25.188 de ética en la función pública, que tomando en consideración su gravedad institucional, dispuso la reforma del art. 67 del CP estableciendo que "(l)a prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público...".

Esa regla, derivación de aquella de orden constitucional, constituye una pauta hermenéutica que no puede ser dejada de lado para la ajustada resolución de la causa.

Ante tal frondoso panorama, la declaración de insubsistencia de la acción penal por vulneración del plazo razonable de duración del proceso luce desprovista de fundamentación y, por tanto, no puede

reputarse como un acto jurisdiccional válido, a punto tal que ese aludido retardo solo pueda ser subsanado por esa vía.

Se advierte entonces que el tribunal a quo se pronunció sobre la complejidad de la causa y sobre la actividad judicial, y si bien se ha referido en un acápite a la actividad procesal de los interesados, lo ha hecho de modo general y sin ahondar sobre el tópico señalado en los párrafos precedentes, deviniendo la solución adoptada infundada e irrazonable.

Finalmente, estimo necesario resaltar que en casos como los que aquí deben juzgarse, en los que se persiguen delitos vinculados con la corrupción pública, cobran vigencia los tratados internacionales en la materia pues, de no investigarse o juzgarse estas denuncias, se podrían ver afectadas responsabilidades del país frente a la comunidad internacional.

El Estado argentino, al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción asumió la obligación de formular y aplicar o mantener en vigor "...políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas..."; asimismo al aprobar mediante la ley 25.632 la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, asumió el compromiso de "...adoptar medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos...".

El respeto por las instituciones públicas, por la ética republicana y por la transparencia deparan indudables beneficios de toda índole para la Nación y toda vez que la corrupción se presenta como un fenómeno complejo que horada aquellos valores, la lucha para erradicarla debe ser abordada del modo más amplio posible mediante el diseño y la aplicación de políticas públicas tanto preventivas como punitivas, de conformidad con los compromisos internacionales asumidos mediante los precitados instrumentos a los que, nosotros, en tanto integrantes de uno de los tres poderes del Estado, también estamos obligados a honrarlos.

En este sentido, las dificultades alegadas por el tribunal en punto a la provisión de recursos resultan inadmisibles para justificar la solución adoptada y presupone la anteposición de cuestiones administrativas y particulares por sobre el innegable interés de la sociedad en la dilucidación de este tipo de hechos y al compromiso asumido por los magistrados de proveer lo necesario para afianzar la justicia, tal como lo ordena el preámbulo de la Carta Magna.

Así, no puedo dejar de señalar que la dilación arbitraria de la instancia de debate pese a los reiterados pedidos de las acusaciones, demanda encomendar al tribunal de origen que, con inmediata urgencia proceda a dar tratamiento a los pedidos efectuados en tal sentido.

IV. Por tales razones, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querella (AFIP-DGA), anular la resolución recurrida, y reenviar las actuaciones al tribunal de origen, para que proceda conforme lo aquí dispuesto, sin costas en la instancia (arts. 530 y ccdtes. del CPPN).

El doctor *Hornos* dijo:

I. La decisión impugnada resulta recurrible ante esta instancia, en tanto es de aquellas que el art. 457 del CPPN define como equiparables a sentencia definitiva en cuanto pone fin a la acción haciendo imposible la continuación de las actuaciones; la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla —art. 460 del CPPN—, el planteo en el que se sustentó el recurso de casación encuadra en los motivos previstos por el artículo 456 del CPPN, y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el artículo 463 del citado código de rito.

II. Corresponde entonces que este Tribunal se expida sobre la cuestión planteada por la parte querellante del proceso que involucra la afectación de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

En primer término cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido el derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, a partir de los precedentes "Mattei" (Fallos: 272:188) y "Mozzatti" (Fallos: 300:1102), en tanto sostuvo que la prosecución de un pleito inusualmente prolongado —máxime de naturaleza penal— conculcaría el derecho de defensa de los acusados en tanto "debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener —luego de un juicio tramitado en legal forma— un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre (Y) que comporta el enjuiciamiento penal".

También sostuvo que "...este principio no solo es un corolario del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional —derivado del "speedy trial" de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica—), sino que se encuentra

también previsto expresamente en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)." (cfr. Fallos: 333:1987; entre varios otros).

En efecto, como se destacó en el fallo "Mezzadra" "...el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el artículo 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, prescribe no solo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y, a su vez, el artículo 25 al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales." (parágrafo 11) del Fallo citado, dictado el 8 de noviembre de 2011).

Sobre el alcance de esta garantía el Más Alto Tribunal sostuvo que la razonabilidad del plazo de juzgamiento no puede traducirse en un número de días, meses o años (Fallos: 322:360 y 327:327), pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos, por lo que "la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible" (cfr.: Fallos: 332:1512, con cita de la causa P.1991, L.XL, "Paillot, Luis M. y otros s/ contrabando", rta. el 01/04/2009, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, y 334:1302; entre otros).

Por eso, el juez debe evaluar en cada caso concreto ciertas pautas de razonabilidad que revelen si efectivamente se ha violado la garantía de ser juzgado sin dilaciones indebidas.

De conformidad con la doctrina judicial vigente sentada por la citada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias en los casos: "König" del 28 de junio de 1978, "Neumeister" del 27 de junio de 1968, y "Calleja c. Malta, del 7 de abril de 2005, párrafo 123) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "Suarez Rosero", sentencia del 12/09/1997; caso "Genie Lacayo", sentencia del 29/01/1997), se identifican entonces algunos parámetros que deben ser apreciados a los fines de analizar la duración del proceso. Estos son: a) complejidad del caso, b) la conducta del inculpado, c) la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia; es decir que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve (cfr.: CIDH: caso "Valle Jaramillo", Serie C N° 192, sentencia del 27/11/2008, párr. 155 y caso "Kawas", Serie C N° 196, sentencia del 03/04/2009, párrs. 112 y 115; Caso "Forneron e hija c. Argentina. Fondo, reparaciones y costas". Sentencia de 27 de abril de 2012; Caso "Furlan y Familiares c. Argentina"; y, en extenso, mis votos en causa N° 7291: "Mitar, Raúl s/ recurso de casación", Reg. N° 10.593, rta. el 24/06/2008; N° 8640: "Mancinelli, Mario J. s/ recurso de casación", Reg. N° 10.798, rta. el 03/09/2008; y N° 7434: "Musante, Florentino A. s/ recurso de casación", Reg. N° 588.12, rto. el 18/04/2012; entre otras).

Como también lo señaló la Corte Suprema (en Fallos: 330:3640, por remisión al dictamen del Procurador Fiscal) "En la misma dirección, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, al definir el alcance del derecho a obtener un juicio rápido —denominado allí speedy trial— estableció un estándar de circunstancias relevantes a tener en cuenta, a saber: "la duración del retraso, las razones de la demora, la aserción del imputado de su derecho y el perjuicio ocasionado al acusado".

A la luz de todo lo expuesto, corresponde considerar en primer término que no ha transcurrido el plazo legal de prescripción de la acción penal y que no se encuentra discutida la calidad de funcionarios públicos de L. A. A. y C. A. C. quienes, de acuerdo con las constancias de la causa, continúan prestando tareas en la Dirección General de Aduanas (a la luz de lo dispuesto por el artículo 67, segundo párrafo, del CP).

Asimismo, y frente a la cita abstracta, por parte del tribunal, del tiempo transcurrido entre determinados actos procesales, sin un análisis sustentado en las particulares constancias del trámite que se le ha dado al presente proceso, tal como fuera señalado en el voto precedente; y evaluadas a la luz de los estándares que rigen la garantía a ser juzgado dentro del plazo razonable, las características del objeto procesal traído a estudio, la actividad procesal de las autoridades judiciales y que la causa se encuentra en un estado avanzado: en condiciones de fijar la audiencia de debate para que el juicio oral sea celebrado en forma inminente, se debe concluir que no se observa violación a la garantía de los imputados a ser juzgados sin dilaciones indebidas (cfr.: en lo pertinente y aplicable, causa FSM 586/2010/TO1/CFC1: "Pedrouzo, Omar N. y Morgenstern, Aníbal E. s/ recurso de casación", rta. el 06/05/2019, Reg. 829/19.4; "Brítez Ríos, Roque R. s/ recurso de casación", FSM 23005610/2012/TO1/CFC1,

reg. 1780, rta. 15/11/2018; "Flores, Adrián C. s/ recurso de casación", N° FSM 76001480/1999/2/CFC1, reg. N° 519/16, rta. 04/05/2016; y "Riquelmes, Natalia G. s/ recurso de casación", causa N° FLP 94002315/2006/TO1/9/CFC1, reg. N° 2428/15, rta. 22/12/2015; todas de esta Sala IV de la CFCP, entre muchas otras).

En este estadio del análisis efectuado, es pertinente recordar que la postura expuesta es, también, la que mejor se armoniza con la interpretación que otorga mayor operatividad a las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el orden internacional, con especial referencia al Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en cuanto destaca la preocupación de los Estados parte por la "gravedad para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley" que plantea la corrupción.

Y toda vez que en dicha normativa se han resaltado, especialmente, los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica.

A su vez, en el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se precisó que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad.

En este marco no puede desconocerse —y especialmente respecto de las naciones en vías de desarrollo en los niveles de institucionalidad y de Estado Constitucional de Derecho— que el nivel de corrupción presente tiene mucho que ver con la manera en la que se comporta el sector privado en conjunto con el sistema político, por lo cual el análisis a realizar no puede incurrir en una percepción ingenua y una mirada sesgada de la real dimensión de los hechos investigados y del fundamento y alcance del instituto cuya aplicación al caso se encuentra en cuestión.

En consecuencia, propicio que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la querella, que se revoque la decisión impugnada y se remita la causa al tribunal de origen para que, a la brevedad, continúe con la sustanciación del juicio. Sin costas (arts. 530 y 532 del CPPN).

El doctor *Borinsky* dijo:

El recurso de casación interpuesto por la parte querellante resulta formalmente admisible, por cuanto la resolución atacada se encuentra prevista en el supuesto del artículo 457 del CPPN, la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla —art. 460 en función del art. 458 del CPPN—, los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del CPPN, y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

Comparto en lo sustancial las consideraciones efectuadas por mis distinguidos colegas que me preceden en el orden de votación, doctores *Carbajo* y *Hornos*.

Conforme surge de la decisión impugnada, "las presentes actuaciones comenzaron en el año 1999 como consecuencia de las averiguaciones administrativas y operativas realizadas por la Dirección Regional Aduanera Córdoba —a raíz de allanamientos realizados en la División Aduana de Pocitos— que habrían evidenciado una importante maniobra defraudatoria contra el fisco.

El hecho que se habría detectado sería el ingreso al territorio nacional, a través del paso fronterizo ubicado en la Aduana de Pocitos, de una gran cantidad de combustible, declarado como aceite crudo de petróleo, cuando se habría tratado de otra sustancia (gasolina natural), evitando pagar el impuesto a los combustibles líquidos (ley 23.966).

Según surge del expediente, desde comienzos del año 1998 hasta diciembre de 1999, L. A. A., E. N. P. H. y C. A. C. (funcionarios de la Aduana de Pocitos) habrían intervenido de manera irregular en el control de los trámites de importación de aproximadamente 38 millones de metros cúbicos de gasolina natural desde la República de Bolivia; trámites que habrían sido confeccionados por el despachante de Aduana, A. O., quien lo habría hecho en nombre de las empresas 'Devass Trading SA', 'Aceites y Combustible SA' y 'Merco Trans SA'".

Con base en dichos sucesos, se les atribuyó a O. A. P., C. O. S. y A. V. S. el delito de contrabando agravado por el número de personas intervinientes en el carácter de partícipes primarios (art. 865 inc. a en función del art. 864 inc. b de la ley 22.145 y 45 del CP); como así también a A. O., el delito de contrabando doblemente agravado por el número de personas intervinientes y por tratarse de un funcionario aduanero, en carácter de autor (art. 865 inc. a y c en función del art. 864 inc. b de la ley 22.145 y 45 del CP); y a C. A. C., E. P. H. y L. A. A., el delito contrabando doblemente agravado por el número de personas intervinientes y por tratarse de funcionarios aduaneros, en el carácter de cómplices primarios (art. 864 inc. b en función del art. 863 y 865 incs. a y c de la ley 22.145 y 45 del CP).

Con fecha 23 de noviembre de 2017 las defensas de A. O., C. A. C. y L. A. A. solicitaron ante el tribunal a quo el sobreseimiento de sus asistidos por vulneración a la garantía a ser juzgado en plazo razonable.

Corrida la vista a las partes acusadoras, tanto la querella, AFIP-DGA, como el representante del Ministerio Público Fiscal, se opusieron al pedido deducido por las defensas.

Precisamente, de la resolución aquí impugnada surge que "Por la parte querellante, el Dr. Melleretzky, solicitó el rechazo del sobreseimiento por transcurso de plazo razonable, subrayando que el 2 de mayo de 2017, 3 de noviembre de 2017, y 5 de marzo de 2018, impulsó sin respuesta alguna la fijación de audiencia de debate (...) A su vez, a los principios sustentados por la defensa, confrontó aquellos en cuya virtud el Estado asumió el compromiso de la lucha contra los delitos de corrupción citando la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por Ley 26.097, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos del Hombre, remarcando el compromiso del país a establecer un plazo amplio de prescripción cuando se trata de hechos de corrupción, receptado por el art. 67 del CP (...) En su postura, señaló que la causa se encuentra en condiciones de fijar la audiencia de debate desde el planteo de la defensa y que ello dará por terminado el estado de incertidumbre de los imputados dentro del lapso máximo de la pena prevista para el delito imputado, remarcando que se trata de un plazo razonable en consonancia con el plazo de vigencia de la acción penal conforme lo estipulado por el art. 62 del CP que nunca podría ser considerado en contrario (...)."

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal al contestar la vista conferida refirió que "(...) la defensa de los imputados efectuó presentaciones que objetivamente pueden considerarse dilatorias, que contribuyeron a la tardanza del proceso dando como ejemplo las reiteradas presentaciones de prescripción de la acción penal, la inconstitucionalidad del art. 67 2° párrafo del CP reeditadas durante la instrucción, como en la presente etapa; agregó que ninguno de los imputados estuvo detenido, circunstancia que también merece ser valorada conforme se dijo en autos 'Robledo, Guillermo T. s/ Recurso de casación'. Remarcó la complejidad de los hechos reprochados haciendo hincapié en las condiciones de A. y C. como funcionarios públicos, y la cantidad de personas procesadas. Con base en el art. 77 del CP rechazó la idea de que los nombrados no sean considerados funcionarios públicos, apelando también al art. 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción en lo que respecta al concepto acuñado por la norma. Alegó que no puede repararse en la fecha de la comisión del presunto ilícito sin merituar a su vez, las causas de suspensión y/o de interrupción del curso de la prescripción, haciendo notar que los imputados continúan revistiendo la calidad de funcionarios públicos y que por ello no ha corrido tal plazo. En razón de los fundamentos esgrimidos, solicitó el rechazo de la pretensión de la defensa por inadmisible y la fijación de la audiencia de debate a la brevedad, en concordancia con los varios pedidos efectuados anteriormente por esa parte en tal sentido".

En este escenario, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Salta dictó el pronunciamiento aquí cuestionado por el que dispuso: "I). Sobreseer a O. A. P., C. O. S. y A. V. S., de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden al delito de contrabando agravado por el número de personas intervinientes en el carácter de partícipes primarios (art. 865 inc. a en función del art. 864 inc. b de la ley 22.145 y 45 del CP); como así también a A. O., de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden al delito de contrabando doblemente agravado por el número de personas intervinientes y por tratarse de un funcionario aduanero, en carácter de autor (art. 865 inc. a y c en función del art. 864 inc. b de la ley 22.145 y 45 del CP); y a C. A. C., E. P. H. y L. A. A., de las demás condiciones personales obrantes en autos, por el delito contrabando doblemente agravado por el número de personas intervinientes y por tratarse de funcionarios aduaneros, en el carácter de cómplices primarios (art. 864 inc. b en función del art. 863 y 865 incs. a y c de la ley 22.145 y 45 del CP); en todos los casos, por insubsistencia de la acción penal en virtud del quebrantamiento de la garantía judicial que establece el derecho a ser juzgados dentro de un plazo razonable".

La parte querellante en su impugnación sostuvo, en lo medular, que la decisión criticada resultaba arbitraria en la medida en que no se advertía una prolongación indebida del proceso llevado a cabo en las presentes actuaciones, ni fueron comprometidas las garantías de defensa en juicio y debido proceso.

Ahora bien, el derecho a ser juzgado sin dilaciones no puede traducirse en un número específico de días, meses o años (Fallos: 322:360 y 327:327), sino que es el juez quien debe evaluar en cada caso concreto ciertas pautas de razonabilidad, que revelen si efectivamente se ha violado de un modo palmario e injustificado la garantía en trato.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Salgado" (Fallos: 332:1512), recordó que el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir de los precedentes "Mattei" (Fallos: 272:188) y "Mozzatti" (Fallos: 300:1102), cuando la excesiva duración del proceso puede resultar irrazonable y la prescripción aparece como medio idóneo para consagrar efectivamente esa garantía (conf. Fallos: 323:982; 327:327 y 4815 y causa C.2625. XL "Cabaña Blanca SA s/ infracción a la ley 23.771 —causa N° 7621—", rta. el 07/08/2007),

"...se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación (Fallos: 330:4539 y sus citas) pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, 'la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible'..." (con cita de la causa P. 1991, L. XL, 'Paillot, Luis M. y otros s/ contrabando', rta. 01/04/2009, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni).

Sobre dicha cuestión la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) —cuya jurisprudencia constituye la guía para la interpretación de los preceptos convencionales (cfr. Fallos: 319:1840, 323:4130, entre otros)— consideró que el concepto de plazo razonable al que se hace referencia en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) "...debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades en la conducción del proceso..." (caso "López Álvarez v. Honduras", del 01/02/2006; cfr. precedente "Acerbo" en Fallos: 330:3640, que se remite al dictamen del Procurador General). La Corte IDH, al referirse al concepto de "plazo razonable", ha señalado que aquel comienza con el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable del delito (Corte IDH; "López Álvarez v. Honduras" y "Bayarri", sentencia del 30 de octubre de 2008; entre otros), con fundamento en que el principio de "plazo razonable" al que hace referencia el artículos 8.1 de la CADH tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente (Corte IDH, "Suárez Rosero").

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que la garantía constitucional a ser juzgado en un plazo razonable no se limita exclusivamente al estricto cumplimiento del transcurso de los plazos prescriptivos previstos en el código de fondo.

También sostuvo que "la garantía de no ser sometido a un desmedido proceso penal impone al Estado la obligación de impartir justicia en forma tempestiva, de modo que existirá un obrar antijurídico que comprometa la responsabilidad estatal cuando se verifique que el plazo empleado por el órgano judicial para poner un final al pleito resulte, de acuerdo con las características particulares del proceso, excesivo o irrazonable" (cfr. Fallo "Mezzadra", del 08/11/2011 en 334:1302; en igual sentido 334:1264; 333:1987; 332:2604).

Al respecto, el Máximo Tribunal se pronunció en el precedente "Acerbo" (Fallos: 330:3640), oportunidad en la que expresó que "la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514; 319:1840; 323:4130) consideró que el concepto de plazo razonable al que se hace referencia en el art. 8°, inc. 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 'debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades en la conducción del proceso' (caso 11.245, resuelto el 1° de marzo de 1996, párrafo 111° y caso 'López Álvarez c. Honduras', del 1° de febrero de 2006)".

En el mismo sentido se expidió el Procurador General de la Nación —a cuyo dictamen se remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en la causa "Salgado" (Fallos: 332:1512)—, en cuanto sostuvo que el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir de los precedentes "Mattei" (Fallos: 272:188) y "Mozzatti" (Fallos: 300:1102) "se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación (Fallos: 330:4539 y sus citas) pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, 'la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible'(conf. Causa P. 1991, L. XL, 'Paillot, Luis M. y otros s/ contrabando', del 1° de abril de 2012, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, y sus citas)".

En ese marco, la alegación del transcurso del tiempo no resulta suficiente para sustentar los sobreseimientos dictados en autos, pues se deben tomar en cuenta las pautas evaluativas descriptas por la CADH, la Corte IDH y la CSJN para resolver la cuestión.

La referencia temporal en abstracto efectuada por el a quo no da cuenta de la complejidad de las maniobras investigadas en la presente causa. A ello, debe agregarse que a los imputados se les atribuye el delito de contrabando agravado por el número de personas intervinientes en el carácter de partícipes primarios —en los casos de O. A. P., C. O. S. y A. V. S.—; el delito de contrabando doblemente agravado por el número de personas intervinientes y por tratarse de un funcionario aduanero, en carácter de autor —en el caso de A. O.— y el delito contrabando doblemente agravado por el número de personas intervinientes y por tratarse de funcionarios aduaneros, en el carácter de cómplices primarios —en los casos de C. A. C., E. P. H. y L. A. A.—.

Del estudio de las actuaciones se advierte que el análisis efectuado por el a quo revela una fundamentación parcial y en contra de los parámetros establecidos por los mencionados precedentes de la CSJN, Corte IDH y CEDH.

En efecto, sin una evaluación circunstanciada de la complejidad del caso, como así también del avanzado estado procesal en el que se encuentra la causa —en condiciones de fijar fecha de debate oral, lo que fue solicitado ante el a quo tanto por el representante del Ministerio Público Fiscal como por la querella en reiteradas oportunidades— y la presunta participación de funcionarios públicos en la maniobra investigada, la decisión del tribunal no luce razonable y no puede ser convalidada como una acto jurisdiccional válido (cfr., en lo pertinente y aplicable, CFCP, Sala IV, voto del suscripto, causa FSM 586/2010/TO1/CFC1, caratulada "Pedrouzo, Omar N. y Morgenstern, Aníbal E. s/ recurso de casación", Reg. N° 829/19.4, rta. —por unanimidad— el 06/05/2019; decisión contra la cual la defensa interpuso recurso extraordinario federal el que fue declarado inadmisible el 05/06/2019 —Reg. 1133/19.4—).

En este sentido, tal como señalaron mis distinguidos colegas, debe destacarse que tampoco ha operado el plazo de prescripción de la acción penal.

Por último, considero que, en orden a las particulares circunstancias del caso, el presente no guarda relación de sustancial analogía con el precedente de esta Sala IV, CFCP, causa FBB 22000231/2000/TO1/4/CFC1, caratulada "Montes, Pedro A. y otros s/ recurso de casación", Reg. 845/20, rta. el 18/06/2020.

Ello así, fundamentalmente en lo que refiere a la complejidad de las maniobras investigadas en cada caso, las características del objeto procesal de cada uno, la actividad procesal de las autoridades judiciales y de las partes.

Así las cosas, se advierte que en la resolución impugnada el tribunal a quo no llevó a cabo el necesario análisis de las constancias de la causa a fin de dar sustento a la decisión adoptada, por lo que tal extremo configura en el sub lite un supuesto de arbitrariedad de sentencia (conf. doctrina de Fallos: 331:2285; 330:4983; 326:3734; 313:343; 311:1438, entre muchos otros).

Por lo expuesto, corresponde que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la querella, se revoque la decisión impugnada y se remita la causa al tribunal de origen para que, a la brevedad, continúe con la sustanciación del juicio. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del CPPN).

Por ello, en mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal, resuelve: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querella (AFIP-DGA) y, por mayoría, Revocar la resolución recurrida y Remitir las actuaciones al tribunal de origen para que, a la brevedad, continúe con la sustanciación del juicio, sin costas (arts. 530 y ccdtes. del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. *— Mariano H. Borinsky. — Javier Carbajo. — Gustavo M. Hornos.*

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Pedido de prisión preventiva. Finalización de la investigación. Ausencia de peligro de fuga. Rechazo. Disidencia.

1. — Debe rechazarse el dictado de la prisión preventiva, dado que el entorpecimiento de la investigación ha desaparecido con la condena, y con respecto al peligro de fuga, el fiscal no dio razones suficientes para modificar la situación en la que se encuentran los imputados, por cuanto, a lo largo de todo el proceso se han mantenido a disposición del tribunal y acudieron a sus llamados todas las veces que fueron convocados.

2. — El dictado de una medida restrictiva de la libertad en modo alguno implica la ejecutoriedad de una condena que aún no ha adquirido firmeza, sino que se trata de la aplicación de una medida de coerción con exclusivos fines procesales y cautelares, sin que jamás pueda tener objetivos de retribución, y que obedece a que en autos se configurarían algunos de los indicadores de riesgo procesal previstos por el legislador, resultando absolutamente imprescindible su imposición en atención a las puntuales circunstancias objetivas existentes en la causa y referidas en su presentación (del voto en disidencia del Dr. Carbajo).

3. — El dictado de la sentencia mediante la que se condenó a los imputados a la pena de doce años de prisión de efectivo cumplimiento, aun cuando no se encuentre firme, se presenta como una circunstancia jurídica que debe ser evaluada en conjunto con las demás pautas objetivas y subjetivas y que permiten el análisis de la existencia de los riesgos procesales (del voto en disidencia del Dr. Carbajo).

4. — El incremento del riesgo de fuga que implica la condena y la pena de efectivo cumplimiento ya determinada por delitos de lesa humanidad y, en ese sentido, la posibilidad que tienen los imputados de eludirla encontrándose en libertad, constituyen un supuesto del cual podría eventualmente derivarse una sanción para el

Estado argentino en caso de incumplimiento. Y ello en tanto y en cuanto la responsabilidad internacional de una Nación no se agota con la obligación de investigar y juzgar a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridos en el período histórico que relevan las presentes actuaciones, sino que se extiende también al deber de sancionar, aplicar y hacer cumplir las penas a los responsables de estos sucesos, en caso de que se consideren culpables (del voto en disidencia del Dr. Carbajo).

5. — El derecho del que goza una persona imputada y sometida a proceso de transitarlo en libertad en virtud del principio de inocencia que lo ampara debe conjugarse con el interés que tiene la sociedad de defenderse contra el delito (del voto en disidencia del Dr. Carbajo).

CFCasación Penal, sala IV, 15/10/2020. - C., H. V. y otro s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/57525/2020]

Causa FTU 750017/2007/TO1/7/CFC2

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 15 de 2020.

Resulta:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, provincia homónima, con fecha 19 de diciembre de 2019, resolvió, en cuanto aquí interesa: "1°) No hacer lugar al pedido de prisión preventiva de J. R. M. y H. V. C.".

II. Contra este pronunciamiento, la representante del Ministerio Público Fiscal, doctora Indiana Garzón, dedujo recurso de casación, que fue concedido por el tribunal a quo con fecha 26 de febrero de 2020.

III. La impugnación tuvo sustento legal en el inciso 2° del artículo 456 del CPPN; así, consideró arbitraria la decisión de denegar la prisión preventiva de condenados por delitos de lesa humanidad.

Sostuvo que esta carece de motivación por omitir analizar argumentos oportunamente esgrimidos y realizar una arbitraria selección de antecedentes jurisprudenciales, lo que ha conducido a los jueces a una errónea deducción de la comprobación de los extremos fácticos pertinentes para la decisión del caso.

Alegó que en el sub judice "...se trata de la obligación de los órganos estatales de investigar, juzgar y sancionar de manera adecuada a los responsables de crímenes de lesa humanidad y que el incumplimiento de tales obligaciones puede generar responsabilidad internacional del Estado Argentino, quien debe garantizar el sometimiento a juicio de las personas penalmente responsables de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante la última dictadura".

Indicó que el recurso se funda, principalmente, en el agravio de arbitrariedad, puesto que la resolución en crisis se aparta, sin fundamentos, del precedente "Vigo" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y aplica de manera impropia el fallo del Alto Tribunal "Loyo Fraire", además que omite tomar en consideración los argumentos del Ministerio Público Fiscal.

En ese sentido recordó que, en su rol de acusadora oficial, motivó el pedido de detención y prisión preventiva de los encartados en la existencia de elementos de convicción suficientes que acreditan el temor cierto de que las penas impuestas no se cumplan o sufran menoscabo durante esta etapa del proceso.

Destacó los hechos por los cuales fueron condenados C. y M. y que en base a ellos formuló el pedido de detención. Agregó que los nombrados tienen 69 años de edad y que sus condiciones de salud psicofísicas son óptimas, además de poseer recursos "...simbólicos, culturales y económicos suficientes para sustraerse de los mandatos de la justicia", estimó que el riesgo de fuga que pesa sobre ellos es "objetivo, lógico y hasta resulta prudente anticiparlo".

Expuso que las condiciones personales de los encausados son centrales para controvertir el temor de fuga que acarrea el dictado de una pena grave, ya que involucra la potencialidad concreta de intentar eludir la justicia.

A ello sumó que la CSJN, en pronunciamientos recientes, subrayó que la condena impuesta constituye una pauta de especial relevancia para evaluar riesgos procesales en causas donde se juzgan delitos de lesa humanidad "(cfr. causa "Vigo, Alberto G.", —V.621. XLV— del 14/09/2010; en similar sentido, "Pereyra" —P.666.XLV— del 23/11/2010; "Binotti" —B.394. XLV— del 14/12/2010; "Altamira" —A.495.XLV— del 14/12/2010; "Daer" —J.83.XLVI— del 01/11/2011 y "Aguirre" —A.255.XLVII— del 20/12/2011, entre otros)".

Puso de resalto también que es arbitrario el fundamento del a quo en cuanto a los efectos suspensivos del recurso de casación que impide la ejecutoriedad de la sentencia y que en caso de ordenar la detención se traduciría en una transgresión al principio de inocencia.

Al respecto, manifestó que el pedido de prisión preventiva formulado trata de una medida cautelar y no

supone, como erróneamente sostiene el a quo, una ejecución de pena anticipada. En ese sentido señaló que "...el carácter suspensivo del recurso de casación no proyecta sus efectos sobre el análisis de procedencia o viabilidad de una detención cuando se verifican riesgos procesales".

Citó en apoyo de su postura el precedente de esta Sala IV "Ruiz, Juan C.", del 21 de noviembre de 2019, y expresó que el fallo que recurre "merece ser descalificado como acto jurisdiccional válido por cuanto se apartó sin fundamento de la doctrina judicial "Vigo" invocada por la Fiscalía y aplicable al caso".

En base a lo expuesto, solicitó que se revoque por arbitraria e infundada la resolución que rechazó la prisión preventiva y detención de C. y de M.

Hizo reserva de caso federal.

IV. En la oportunidad prevista en el artículo 465 bis, en función de los arts. 454 y 455, del CPPN (ley 26.374), el Fiscal General ante esta Cámara doctor Raúl Omar Pleé, presentó breves notas y solicitó que se haga lugar al recurso interpuesto.

En primer término, sostuvo que compartía los fundamentos de su antecesora de instancia y agregó que, en función de la teoría de los recursos que ordena que las resoluciones judiciales deben resolverse de conformidad a las concretas circunstancias actuales del procedimiento, "los motivos sobre los cuales el representante del Ministerio Público Fiscal fundó el pedido de detención de J. R. M. y H. V. C., concretamente en orden al riesgo procesal de fuga producto de la pena de doce años de prisión impuesta a ambos imputados, los graves delitos por los que fueran condenados, y que los mismo fueran calificados como de lesa humanidad".

En este sentido, prosiguió, "entiendo que el pedido de prisión preventiva de J. R. M. y H. V. C. se encuentra debidamente fundamentado y ajustado a las pautas fijadas por el Máximo Tribunal en la materia, a efectos de asegurar el efectivo cumplimiento de la sanción impuesta, frente a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en materia de delitos de lesa humanidad como los aquí endilgados (CSJ S.C., V. 261, L. XLV "Vigo, Alberto G. s/ causa N° 10.919, del 31/08/2009; CSJ 296/2012 "Olivera Róvere, Jorge C. s/ rec. de casación", resuelta el 27 de agosto de 2013; FMZ 97000098/2013/TO1//1/CS1 "Miret Cpalés, Luis F. y otro s/ incidente de recurso extraordinario", de fecha 10 de octubre de 2017; y más recientemente CSJ FTU 400133/2005/TO1/4/CFC2-CS1 "Ledesma, Francisco A. y otros s/ casación, de fecha 3 de septiembre de 2020)".

A su turno, el defensor particular de los imputados, doctor Eduardo S. San Emeterio, en su escrito de breves notas expresó su oposición a la pretensión de la Fiscalía del Tribunal Oral Federal de Santiago del Estero.

Sostuvo que "si bien la ejecutoriedad de una sentencia puede preceder a su carácter de firme, pues esta se entiende como tal cuando es insusceptible de recurso alguno, en tanto aquella lo es cuando se ha tornado operativa...; pero ninguno de estos efectos se presentan en el proceso".

A ello agregó que "tratándose de una sentencia recurrida, la que ha sido concedida con efecto suspensivo, no puede ser ejecutoriada (solo admisible en la hipótesis de haber sido legislada con efecto devolutivo), pero —además— ello transgrede el principio de inocencia, lo que importa un modo elíptico de violar o eludir los efectos del potencial recurso".

También refirió que de "la compulsa efectuada por el TOF de autos, permite inferir que estos, tanto en la etapa instructoria como en la de debate oral han estado siempre a derecho —asistiendo a cada uno de los actos procesales a los que fueran convocados— lo que da cuenta que el peligro de fuga invocado por el Ministerio Publico Fiscal resulta infundado, aun con el dictado de sentencia condenatoria".

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

Superada esta etapa procesal y practicado el sorteo de estilo del que resultó el siguiente orden sucesivo: doctores Javier Carbajo, Liliana Elena Catucci y Eduardo Rafael Riggi, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

El doctor *Carbajo* dijo:

I. Llegan las presentes actuaciones a estudio de esta Cámara Federal de Casación Penal en virtud del recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal contra la decisión del a quo que dispuso rechazar su pretensión de que se disponga la detención cautelar de J. R. M. y H. V. C.

El recurso interpuesto es formalmente admisible, pues ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (art. 458 del CPPN), cumple los requisitos de tempestividad y fundamentación (arts. 438 y 463 del CPPN), y se dirige contra una decisión que, según lleva dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta equiparable a definitiva por sus efectos (cfr., mutatis mutandi, "Vigo", V. 261, L. XLV, del 14/09/2010 y "Pereyra" P. 666 L. XLV, del 23/11/2010).

A su vez, la naturaleza del planteo suscita cuestión federal suficiente al poner en tela de juicio el alcance de los deberes del Estado argentino de garantizar la efectiva investigación de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante la última dictadura, lo que eventualmente habilitaría la intervención de la CSJN de acuerdo con la doctrina del precedente recaído en CSJ 296/2012 (48-0)/CS1 "Olivera Róvere", del 27/08/2013.

II. De las constancias de autos surge que, el 9 de diciembre de 2019, el tribunal a quo resolvió "Condenar a H. V. C. (…) por resultar autor material (art. 45 CP) de los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada por el uso de violencia y su carácter de funcionario público en perjuicio de J. D. A., P. P. A. y H. A. G. (arts. 144 bis, inc. 1° y último párrafo, en función del art. 142 inc. 1° del CP, leyes 14.616 y 20.642); tormentos agravados (art. 144 ter del CP) en perjuicio de H. A. G. y asociación ilícita en carácter de miembro (art. 210 del CP); todo ello en concurso real (art. 55 CP), imponiéndole la pena de doce años de prisión, accesorias legales por igual término de la condena y Costas del proceso (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41 y 45 del CP; arts. 530 y 531 del CPPN)… 9°) Condenar a J. R. M., … por resultar autor material (art. 45 C.P.) de los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada por el uso de violencia y su carácter de funcionario público (arts. 144 bis, inc. 1° y último párrafo, en función del art. 142 inc. 1° del CP, leyes 14.616 y 20.642) en perjuicio de J. D. A., P. P. A. y H. A. G.; tormentos agravados (art. 144 ter del CP) en perjuicio de P. P. A. y H. A. G.; y asociación ilícita en carácter de miembro (art. 210 del CP); todo ello en concurso real (art. 55 CP), imponiéndole la pena de doce años de prisión, accesorias legales por igual término de la condena y Costas del proceso (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41 y 45 del CP; arts. 530 y 531 del CPPN)".

La señora fiscal de juicio, a la sazón, solicitó al tribunal de grado que se dictara la prisión preventiva de los nombrados, a fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las penas impuestas, conforme a los términos de los arts. 312 y concordantes del CPPN.

En esa oportunidad, señaló que existen elementos de convicción suficientes para acreditar "el temor fundado" de que las penas impuestas no se cumplan o sufran menoscabo durante esta etapa del proceso. Alegó, en pos de su pretensión, sobre la obligación internacional del Estado argentino de juzgar y sancionar a quienes resulten responsables por la comisión de crímenes de lesa humanidad y acerca del peligro de fuga en virtud de la magnitud de las penas impuestas como presunción iuris tantum.

El tribunal de mérito, al resolver, puntualizó que dictó "sentencia de condena a pena de cumplimiento efectivo contra los encartados, quienes concurrieron al Debate en libertad por concesión de beneficio libertatis dictado en la etapa de Instrucción".

Agregó a ello que "…el decisorio de este Tribunal no constituye sentencia definitiva, más aún cuando surge de los autos la articulación de la defensa técnica de los encartados de Recurso de Casación…" y que "[t]ratándose de una sentencia recurrida, la que deberá ser concedida con efecto suspensivo, no puede ser ejecutoriada (solo admisible en la hipótesis de haber sido legislada con efecto devolutivo), pero —además— ello transgrede el principio de inocencia, lo que importa un modo elíptico de violar o eludir los efectos del potencial recurso (conc.: Guillermo Rafael Navarro, Roberto Raúl Daray, ob. cit., T. 2, ps. 609/10)".

Hizo hincapié en "…el efecto suspensivo de los recursos aun cuando se dictase orden de prisión preventiva respecto a un imputado que no se encuentra privado de su libertad, [y que] la misma no podrá ejecutarse hasta tanto quede firme (o ejecutoriada) la resolución que la ordena…".

Expuso, de seguido, que "…la presunción de entorpecimiento de la investigación o de fuga debe ceder ante el análisis de las condiciones personales de los imputados y su comportamiento a lo largo del proceso. La compulsa de autos permite inferir que estos, tanto en la etapa instructoria como en la de debate oral han estado siempre a derecho —asistiendo a cada uno de los actos procesales a los que fueran convocados— lo que da cuenta [de] que el peligro de fuga invocado por el Ministerio Publico Fiscal resulta infundado, aun con el dictado de sentencia condenatoria".

Motivó su decisión en el precedente de la CSJN "Loyo Fraire, Gabriel E. s/ p.s.a. estafa reiterada - causa N° 161.070".

III. Tal como sostuve, la parte requirente ha fundado el pedido de prisión preventiva de H. V. C. y de J. R. M. en el peligro de fuga existente a raíz de la magnitud de las penas impuestas en la sentencia condenatoria de fecha 9 de diciembre de 2019.

A su entender, tal circunstancia implica mayor certeza acerca de la existencia del hecho acriminado y de la responsabilidad de los imputados y, en consecuencia, se configuran en la causa elementos objetivos que no pueden ser desconocidos al tiempo de decidir sobre la procedencia de la medida cautelar requerida, pues se genera suficiente evidencia para precaver que, en el caso de que el pronunciamiento condenatorio se torne ejecutable, los imputados intentarán sustraerse a su cumplimiento ante la gravedad de los

delitos por los que fueron condenados y las sanciones que enfrentan.

De ese modo, la condena dictada por delitos de lesa humanidad se erige como una pauta de especial relevancia a la luz de los estándares definidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación evocados en su presentación recursiva y, de no ser atendida favorablemente su petición, se pondría en peligro una posible responsabilidad del Estado argentino.

Por otro lado, en opinión de la representante del Ministerio Público Fiscal, se ha incurrido en una defectuosa deducción de la comprobación de extremos fácticos que eran conducentes para decidir de otro modo, habida cuenta de que ellos demostraban la existencia del riesgo de fuga, el que se patentiza en las "probadas condiciones personales de los encartados", vinculados a la "empresa criminal del terrorismo de Estado" y en las dificultades de la justicia federal para "capturar a los únicos criminales de lesa humanidad que decidieron profugarse en Santiago del Estero" (sic. del recurso).

El tribunal previo respaldó la decisión recurrida sobre la base de dos fundamentos.

i) que los efectos de la sentencia condenatoria dictada se hallan suspendidos con motivo de la concesión del recurso de casación, lo que significa que no pueda ejecutarse hasta tanto quede firme o ejecutoriada.

ii) que los riesgos invocados por la acusación cedían ante las condiciones personales y la conducta de los imputados a lo largo del proceso, quienes habían concurrido al juicio en libertad por decisión de la justicia en la etapa temprana, "...lo que da cuenta [de] que el peligro de fuga invocado por el Ministerio Publico Fiscal resulta infundado, aun con el dictado de sentencia condenatoria" (sic. del fallo).

IV. Llegado el momento de resolver y de adverso a lo sostenido por mis colegas de la instancia anterior, considero que ninguno de esos motivos resulta suficiente para rechazar la pretensión incoada por el Ministerio Público Fiscal.

En línea con los argumentos reseñados por la recurrente, estimo que el análisis llevado a cabo en el decisorio se observa —cuanto menos— dogmático pues, si bien no corresponde con sustento en una categorización de delitos imponer de modo irreflexivo o automático la prisión preventiva, no menos cierto es que la argumentación utilizada carece de base normativa y desatiende el núcleo de los planteos introducidos oportunamente por la señora fiscal, no superando, por ende, el test de fundamentación que se le exige a todo pronunciamiento jurisdiccional de conformidad con el art. 123 del CPPN.

En efecto, el dictado de una medida restrictiva de la libertad como la pedida por la fiscal en modo alguno implica la ejecutoriedad de una condena que aún no ha adquirido firmeza, sino que se trata de la aplicación de una medida de coerción con exclusivos fines procesales y cautelares, sin que jamás pueda tener objetivos de retribución, y que obedece a que en autos se configurarían algunos de los indicadores de riesgo procesal previstos por el legislador, resultando —a entender de esa parte— absolutamente imprescindible su imposición en atención a las puntuales circunstancias objetivas existentes en la causa y referidas en su presentación.

No rige, entonces, en el caso el carácter suspensivo que el artículo 442 CPPN les atribuye a los recursos, el que se vincula con la imposibilidad de ejecutar el pronunciamiento condenatorio atacado hasta tanto adquiera firmeza la decisión, de conformidad con la doctrina de la CSJN en Fallos: 330:2826 ("Olariaga"), citado en la resolución puesta en crisis.

En decir, de ningún modo se trata de la ejecución prematura de una sentencia omitiendo la doctrina del Alto Tribunal antes referida, sino que lo que se discute en autos es si es posible disponer, como pide la fiscal de grado basándose en los elementos de convicción disponibles para su valoración y que surgen de la causa, una restricción preventiva de la libertad en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones personales de los imputados que, a su ver, evidencian un aumento del peligro de fuga a partir del dictado de una sentencia condenatoria en una causa cuyo objeto procesal lo constituyen hechos configurativos de delitos contra la humanidad.

En este orden de ideas, el dictado de la sentencia mediante la que se condenó a H. V. C. y a J. R. M. a las penas de doce años de prisión de efectivo cumplimiento, aun cuando no se encuentre firme, se presenta como una circunstancia jurídica que debe ser evaluada en conjunto con las demás pautas objetivas y subjetivas presentes en el expediente y que permiten el análisis de la existencia de los riesgos procesales.

Pese a no constituir un parámetro exclusivo y autosuficiente y tal como sostuve en el precedente CFP 1302/2012/TO1/20/CFC12 del registro de esta Sala, "Núñez Carmona, José M. s/ recurso de casación" (Reg. 191/19, del 25/02/2019), dicho extremo configura un dato concreto que no puede ser soslayado. Ello es así en la medida en que la sentencia condenatoria —aunque no firme— opera como un indicador de la

mayor verosimilitud del derecho *(fumus boni iuris)* y, además, en virtud de la pena impuesta, importa un objetivo incremento del riesgo de fuga que no puede ser soslayado.

Desde otro andarivel, la condena dictada contra los nombrados por la comprobación —hoy presunta, ya que se encuentra a estudio de esta Sala IV el recurso de casación contra ella incoada— de esta clase de hechos, se erige evidentemente como una pauta de especial relevancia a la luz de los estándares definidos por la CSJN para evaluar riesgos procesales en causas donde se investigan y juzgan delitos de lesa humanidad (cfr. causa "Vigo, Alberto G." —V. 621. XLV— del 14/09/2010 y, en similar sentido, "Pereyra" —P. 666. XLV— del 23/11/2010, "Binotti" —B. 394. XLV— del 14/12/2010, "Altamira" —A. 495. XLV— del 14/12/2010, "Otero" —O. 83. XLVI— del 01/11/2011 y "Aguirre" —A. 255. XLVII— del 20/12/2011).

El incremento del riesgo de fuga que implica la condena y la pena de efectivo cumplimiento ya determinada por estos hechos y, en ese sentido, la posibilidad que tienen los imputados de eludirla encontrándose en libertad, constituyen un supuesto del cual podría eventualmente derivarse una sanción para el Estado argentino en caso de incumplimiento. Y ello en tanto y en cuanto la responsabilidad internacional de una Nación no se agota con la obligación de investigar y juzgar a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridos en el período histórico que relevan las presentes actuaciones, sino que se extiende también al deber de sancionar, aplicar y hacer cumplir las penas a los responsables de estos sucesos, en caso de que se consideren culpables, tal como surge de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Barrios Altos" (sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C) y "Almonacid" (sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154), ambos receptados por nuestro Máximo Tribunal Federal en Fallos: 328:2056 y 330:3248).

Ha sostenido también la CSJN en Fallos: 333:2218 que "[C]orresponde revocar la sentencia que concedió la excarcelación ya que imputándose al acusado varios delitos calificados como de "lesa humanidad" la extrema gravedad de los hechos recuerda de manera evidente que no es lo mismo la sujeción de una persona que espera la realización de su juicio con la expectativa de ser condenada a una pena de ejecución condicional o de efectiva privación de la libertad por un período de tiempo limitado, que otra respecto de la cual, de recaer condena, será fatalmente de efectivo cumplimiento..., lo que lleva a mantener resguardos y no menospreciar a las estructuras de poder a las que podría recurrir con mayor facilidad el imputado de recuperar su libertad; estructuras que habrían actuado con total desprecio por la ley y sobrepasado los límites del territorio nacional, como lo ha recordado la Corte Suprema en el caso "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312), integrando una red continental de represión ilegal, cuyos residuos remanentes sería ingenuo ignorar" (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

En tal sentido, cobra vocación aplicativa lo resuelto también en cuanto a que "...es jurisprudencia consolidada de este Tribunal, que al resolver qué temperamento correspondía adoptar respecto de la libertad provisional del imputado... se había omitido atender al estándar sentado por esta Corte en el citado precedente "Vigo" (entre muchos otros) con relación al... "especial deber de cuidado que pesa sobre los magistrados para neutralizar toda posibilidad de fuga" en esta clase de procesos en el que se juzgan delitos calificados de lesa humanidad y las implicancias que ello tenía con relación a su posibilidad de sustraerse al proceso" (cfr. CSJN, O. 296. XLVIII, "Olivera Róvere, Jorge C. s/ recurso de casación" del 21/08/2013), precedente cuya doctrina fue ratificada el 18/04/2017, al resolver el caso CFP 14216/2003/TOl/6/1/CS1 "Alespeiti, Felipe J. s/ incidente de recurso extraordinario" y, más recientemente, en la sentencia dictada en "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa "Colotti, Camilo Á. y otros s/ querella", del 10/09/2020.

De igual modo a lo sostenido por esta Sala in re FMZ 97000076/2012/TO1/5/CFC2 "Garro Rodríguez, Antonio I. y otros s/ recurso de casación", en el que un tribunal oral había dispuesto rechazar un planteo similar al aquí incoado por el Ministerio Público Fiscal por razones formales y sin analizar en concreto los riesgos procesales que entrañaba para el devenir de estas actuaciones la libertad de los acusados, considero que también en esta ocasión mis colegas jueces de la instancia anterior se han apartado, sin fundamentos, de la doctrina judicial sobre la materia, establecida y reiterada ya con habitualidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de resolver recursos extraordinarios o de queja sobre cuestiones similares.

En la causa citada de esta Sala, registrada bajo el N° 2203/19, del 31/10/2019, se recurrió al Fallo "Vigo" antes referido, en el que el Alto Tribunal se expidió acerca de los motivos que pueden fundamentar el riesgo procesal en causas en las que se investigan delitos de lesa humanidad cometidos en el marco de la última dictadura que sufrió nuestro país, y donde se "...tuvo especialmente en cuenta las características particulares de los delitos imputados y [se] enfatizó "...el especial deber de cuidado que pesa sobre magistrados [...] para neutralizar toda posibilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación en casos como el aquí considerado", extremo que en esta oportunidad

—como en aquella— ha sido desatendido por el quo en la decisión que viene a estudio.

Se agregó que "...[E]n el marco de esta doctrina, la Corte avaló —al analizar la legalidad de la restricción preventiva de la libertad de una persona imputada por delitos de lesa humanidad— la ponderación de "la conducta previa del imputado (desempeño bajo su órbita de mando de un grupo de poder paralelo, que desarrolló tareas de modo clandestino, con utilización de alias, modalidad delictiva centralmente estructurada en la destrucción de rastros y actuación corporativa posterior para perpetrar la impunidad)" (cf. causa "Vigo"; en un sentido similar, ver causa "Pereyra"). En la misma dirección, la Corte ha expresado que "...las investigaciones encaminadas a esclarecer los crímenes cometidos durante la última dictadura solo pudieron tener inicio luego de restablecida la democracia" y que "...la circunstancia de que hoy estén en trámite no se debe a la impericia de la justicia, sino a las numerosas conductas que indefectiblemente se orientaron a la obstrucción del esclarecimiento de esos hechos" (del voto de mi colega de Sala, doctor Gustavo M. Hornos, al que adherí).

En el caso ahora traído a estudio, se advierte que la gravedad de los delitos atribuidos a C. y a M., así como el modo en el que, en principio, fueron cometidos y su calificación como crímenes contra la humanidad, otorgan protagonismo a las pautas trazadas por la CSJN en los referidos fallos, las que evidentemente no han sido tenidas en cuenta en la resolución cuestionada.

Por ello, en atención a que "[c]arecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia", soy de la opinión que el decisorio puesto en crisis no puede ser convalidado.

Como se expuso en la causa "Garro Rodríguez" de esta Sala, no se busca "...la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte, sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste, de donde deriva la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se aparten de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas a su juzgamiento (doctrina de Fallos: 312:2007) —del dictamen del Procurador General, al que se remitió la Corte Suprema en autos "Cornejo, Alberto c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa" c. 2583.XLI; RHE, 18/12/2007—".

En suma, ante los déficits señalados y frente a las pautas jurisprudenciales desatendidas por el tribunal de grado, considero que el pronunciamiento debe ser descalificado por contener una motivación meramente dogmática, no superando, por ende, el test de fundamentación exigido a tenor del art. 123 del CPPN.

De otro lado y sin perjuicio de que ante esa comprobación ya corresponde, per se, dar favorable acogida al recurso en trato, también observo que el a quo ha invocado meras razones formales para descartar el riesgo procesal de fuga detallado por la señora fiscal de grado.

Surge de las constancias del expediente electrónico disponible por LEX 100, que la parte requirente ha fundado el carácter necesario y proporcional de la prisión preventiva que solicitaba y ha argumentado, con razones fundadas, que las particularidades del caso generaban suficiente evidencia para precaver que los imputados intentarán sustraerse al cumplimiento de la sentencia ante la gravedad de los delitos por los que fueron condenados y las sanciones que enfrentan.

Repárese que al corrérsele traslado a las defensas a fin de exponer argumentos que controviertan el requerimiento fiscal sobre la imposición de esa medida de coerción provisional, estas no lo contestaron, razón por la cual el a quo entendió que, habiéndose vencido el plazo de ley, se consideraba precluido su derecho.

Finalmente, los jueces, sin considerar ninguna de las cuestiones que constituían el núcleo central de los planteos de la representante del Ministerio Público Fiscal, sostuvieron que los riesgos invocados cedían frente al análisis de las condiciones personales de los imputados y su comportamiento a lo largo del proceso, resultando determinante a esos efectos que C. y M., tanto en la etapa instructoria como en el juicio oral, habían estado siempre a derecho, asistiendo a cada uno de los actos procesales a los que fueran convocados.

Sin embargo, soslayaron dar tratamiento directo a los planteos de la ahora recurrente, sin abordarlos como correspondía y cercenando dogmáticamente una instancia apta para el examen de su concreto pedido, oportunamente presentado por la parte acusadora un día después del veredicto de condena.

Esa parte fue enfática en comunicar el "temor fundado de que las penas impuestas a los imputados no se cumplan o sufran menoscabo durante esta etapa del proceso" y, de su lado, los jueces, apartándose de las constancias actuales de la causa, arribaron a una conclusión meramente formal, que no alcanza para dotar de fundamento suficiente al pronunciamiento en los términos del art. 123 del CPPN.

En esa línea, la mera invocación de un precedente de la CSJN ("Loyo Fraire", L.196.XLIX.RHE —causa 161070—, del 06/03/2014), desligado de la materia en trato, solo satisface de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Entonces, en la medida en que para la parte acusadora se ha acreditado que existen elementos suficientes que ponen en evidencia el riesgo procesal de fuga y respaldan su solicitud de aplicación de una medida coercitiva de la libertad para C. y M. y que, de adverso, el tribunal no ha brindado una respuesta fundada para descartar esa petición, sino que tan solo ha recurrido a afirmaciones dogmáticas, carentes de apoyo legal y jurisprudencial, y a una motivación meramente aparente para afirmar que cedía ese peligro frente a la conducta demostrada por los imputados antes del dictado de esa condena a penas de doce años de prisión por considerárselos autores de delitos calificados como de lesa humanidad, el fallo en recurso no puede ser convalidado como acto jurisdiccional válido pues, como se sostuvo, se aparta de los elementos comprobados de la causa en la materia controvertida.

Por último, cabe poner de resalto que el derecho del que goza una persona imputada y sometida a proceso de transitarlo en libertad en virtud del principio de inocencia que lo ampara debe conjugarse con el interés que tiene la sociedad de defenderse contra el delito. Así lo ha sostenido la CSJN al indicar que "…el derecho a gozar de libertad hasta el momento en que se dicte sentencia de condena no constituye una salvaguardia contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares estas que cuentan con respaldo constitucional, pues la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de manera que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro" (Fallos: 310:1835).

En consecuencia, en los términos de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que refiere que debe descalificarse por arbitrario el pronunciamiento que se apoya en fundamentos que no constituyen derivación razonada del derecho vigente, a la par que omite la consideración sobre agravios conducentes para la correcta solución del caso (Fallos: 324:3612; 326:3734 entre muchos otros), propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, anular la resolución de fecha 19 de diciembre de 2020 y remitir las actuaciones a su origen a fin de que dicte una nueva decisión de conformidad con los parámetros aquí establecidos, sin costas (arts. 471, 530 y cc. del CPPN).

La doctora *Catucci* dijo:

Llega a conocimiento de esta instancia el recurso de casación interpuesto por la doctora Indiana Garzón, representante del Ministerio Público Fiscal, contra el rechazo del pedido de prisión preventiva de J. R. M. y H. V. C. dictado el 9 de diciembre de 2019 por el Tribunal Oral Federal de Santiago del Estero.

En prieta síntesis, calificó de arbitrario el fallo por apartarse sin fundamentos de la doctrina judicial de la CSJN sentada en el fallo "Vigo", sin rebatir sus argumentos, por afectar el contradictorio al considerar que el pedido de detención cautelar implicaba la ejecución anticipada de condena, argumento no brindado por las partes, por sostener como único elemento para evaluar el riesgo de fuga, la conducta de los imputados en el proceso y por aplicar erróneamente el estándar del precedente "Loyo Fraire".

Analizados los antecedentes de la incidencia reseñados en el voto que lidera el Acuerdo, considero que la resolución recurrida ha arribado a una solución que se adecua a las circunstancias concretas del caso sin que se observe la arbitrariedad que reclama la recurrente.

Es que el pedido de detención y prisión preventiva lo hizo la fiscalía al día siguiente de la condena de los nombrados a la pena de doce años de prisión por delitos de lesa humanidad, que fundó en la existencia de elementos de convicción que, a su entender, acreditarían un temor cierto de que tales sanciones impuestas no se cumplirían. Se basó en que los hechos por los cuales los condenaron a penas graves se vinculan con la empresa criminal del terrorismo de estado, en que por la edad que tienen —69 años— se encuentran en óptimas condiciones de salud psicofísicas y con recursos simbólicos, culturales y económicos para sustraerse de los mandatos de la justicia y en que la justicia federal santiagueña ha resultado endeble para revertir casos de fuga de acusados de crímenes de lesa humanidad, que citó.

Al examinar este recurso ha de tenerse presente que la medida cautelar de prisión preventiva fue recién reclamada por el fiscal después de la condena no firme.

A tenor de los dos grandes rubros que sustentan la prisión preventiva según lo dispuesto en los artículos 221 y 222 del Cód. Proc. Penal Federal que dan las pautas del riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación. De ellas, es obvio que la última ha desaparecido con la condena.

Quedaría entonces la del peligro de fuga, respecto de la cual la fiscal no dio razones suficientes para mo-

dificar la situación en la que se encuentran H. V. C. y J. R. M., por cuanto, a lo largo de todo el proceso los nombrados se han mantenido a disposición del tribunal y acudieron a sus llamados todas las veces que fueron convocados.

Conducta puesta de manifiesto en la sentencia que al graduar la pena de los condenados se valoró en cada caso "como atenuantes, su carencia de antecedentes penales y el sometimiento a la justicia sin condicionamientos, toda vez que ha comparecido en tiempo y forma a las convocatorias del tribunal a lo largo del proceso, cumpliendo con las expectativas de la confianza oportunamente depositada por la justicia al momento de otorgarle la libertad caucionada".

Es decir que el recurrente no ha podido refutar estos argumentos que coinciden en general con los expuestos en la decisión de la instancia anterior y que van dejando en evidencia la insuficiencia argumental de la vía de impugnación incoada.

Si bien no se desconocen las consideraciones expuestas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Vigo" citado, lo cierto es que a su respecto regía otro ordenamiento procesal, cuya letra y espíritu difieren del que rige en la actualidad y en lo que se refiere a este cuestionamiento el Superior hasta el momento no se ha expedido en el mismo sentido.

Lineamientos del código nuevo que insertan a la prisión preventiva como último recurso en caso de que las otras medidas previas no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

Supuesto este último que no puede fundarse en las generalidades sobre las que se asienta el recurso de casación de la Fiscal General, pues se está frente a encausados con conductas distantes de las establecidas como pautas de riesgo procesal.

Argumentos todos que van en consonancia con las pautas legislativas que imponen la suspensión de la condena frente a la concesión de los recursos de casación interpuestos. Por ello, mantener el estado actual de sujeción de los condenados hasta tanto la sentencia condenatoria se encuentre firme, es compatible con el criterio fijado por la suscripta en la causa N° 13.251 "Albornoz, Roberto H. s/ recurso de casación", Sala III, reg. N° 81/2011, del 16 de febrero de 2011, con cita de lo decidido por la Sala I de este cuerpo in re causa N° 1915 "Griguol, Fernando y otro s/ rec. de casación" Reg. 2327, del 21 de agosto de 1998 y seguido en la causa N° 11.684, "Chabán, Omar E. y otros s/ recurso de casación", Sala III, reg. N° 473/2011, del 20 de abril de 2011.

A su luz, en atención al efecto suspensivo de los recursos establecido por el artículo 442 del ordenamiento formal y a que no se visualizan razones válidas que justifiquen una modificación del status quo que gozan los condenados, la decisión cuestionada resulta un acto jurisdiccional válido.

Finalmente, resta señalar que el contradictorio se ha garantizado con la intervención de la defensa ante esta instancia y que su significado no atañe a la vinculación del dictamen fiscal, como parece suponerlo la fiscal recurrente.

En consecuencia, la decisión cuestionada resulta sustentada razonablemente y los agravios solo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (CSJN, Fallos: 302:284; 304:415; entre otros). Cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden la descalificación del fallo como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchísimos otros).

En virtud de lo expuesto, disiento con la solución propiciada por el distinguido colega que abre el Acuerdo y propongo que se rechace el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal General, sin costas (art. 532 del CPPN).

El doctor *Riggi* dijo:

Toda vez que en el caso no se ha fundado debidamente la existencia de riesgos procesales, y atento que la sentencia condenatoria dictada en las presentes actuaciones aún no se encuentra firme, entendemos que lo decidido por el a quo se ajusta a lo dispuesto por el Alto Tribunal in re "Loyo Fraire, Gabriel E. s/ p.s.a. estafa reiterada —causa N° 161.070—" del 06/03/2014 y al temperamento adoptado por el suscripto en distintos precedentes de la Sala III (cfr. causa N° 1188/2013/TO1/CFC5 "Córdoba, Marcos A. y otros s/ recurso de casación", registro 442/18 del 08/05/2018; "Chabán, Omar E. y otros", registro N° 1519/12 del 29/10/2012; entre muchos otros); motivo por el cual habremos de adherir a la doctora Liliana E. Catucci, en cuanto propone rechazar el recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas.

Tal es nuestro voto.

Por ello, en mérito al Acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 530 y 531 in fine del CPPN). II. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen

mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Javier Carbajo* (en disidencia). — *Liliana E. Catucci.* — *Eduardo R. Riggi.*

ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL

Joven de 17 años acusado de abusar de una adolescente de 14 años que estaría alcoholizada. Privación de la libertad. Riesgos procesales. Gravedad del delito. Perspectiva de género.

1. — La gravedad del hecho y sus consecuencias penales concurren a reputar la privación cautelar de libertad del imputado como absolutamente indispensable para asegurar la investigación y la actuación del régimen legal aplicable, pues se le imputa el delito de abuso sexual con acceso carnal y tal imputación satisface, con creces, el requisito del art. 100, inc. a) de la ley 9944 de la provincia de Córdoba. Como indicios concretos de peligrosidad procesal, debe tenerse en cuenta la modalidad de los hechos, dado que el imputado, de 17 años de edad, se habría aprovechado de la situación de que, al momento del hecho, la víctima, a más de ser menor de edad, se encontraba bajo los efectos del alcohol, por lo cual no podía ejercer pleno uso de sus facultades.

2. — Las circunstancias evaluadas como indicadores de riesgo procesal para decidir la privación de la libertad del imputado deben ser analizadas a la luz del marco normativo que conforman los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, los cuales tienen jerarquía constitucional. En este contexto, resulta importante lo prescripto por la Convención de Belém do Pará, aprobada por ley 24.632 —que en su art. 1° define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta—, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, y en su art. 3° consagra el derecho de toda mujer una vida libre de violencia.

3. — Debe dictarse, en relación al imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal, la privación cautelar de libertad prevista en el art. 100 de la ley 9944 de la provincia de Córdoba, por lo que el joven deberá permanecer alojado en establecimiento correccional dependiente de la Se.N.A.F., bajo un régimen de contención efectiva, donde reciba protección y asistencia integral, se garantice su abordaje educativo multidisciplinario, se les brinde asistencia en forma sistemática y continua y adecuada atención para su problemática personal y adictiva, conforme a los arts. 82 y 87, incs. e) y d), en función del art. 100 de la ley 9944, 3° y 37, apartados b y cc. de la Convención sobre los Derechos del Niño y orientación y apoyo al grupo familiar y/o presuntos guardadores —debiendo los profesionales intervinientes evaluar alternativas concretas para ello— los que deberán asistir en forma previa al Taller de Orientación para Padres.

JPen. Juv. 6a Nom., Córdoba, 21/08/2020. - G., F. E. s/ causa pen/juv. con menor imputable.

[Cita on line: AR/JUR/55320/2020]

1ª Instancia.- Córdoba, agosto 21 de 2020.

Resulta:

Al joven F. E. G. se le endilga el siguiente hecho: "Con fecha siete de junio de dos mil veinte siendo entre las 21 y las 22 horas aproximadamente, la menor A. C., de 14 años de edad, junto con su amiga L. M. P. de 15 años de edad, se dirigieron a la casa de E. R. M., de 15 años de edad, domiciliada en el mismo Barrio que las nombradas —de esta ciudad de Córdoba—, lugar donde tomaron mates. Seguidamente, las dos primeras, siendo entre la 22 y las 23:45 horas, se habrían dirigido a una reunión que se llevaba a cabo en la vereda de la casa de C. C., llegando allí cuando habían terminado de cenar, reunión que inmediatamente después, con motivo de que C. C. se retiró, se trasladó a la vereda de la casa del frente, perteneciente a M. M. sita en Manzana ... Lote de Barrio ... de esta ciudad. En la misma se encontraban —en la vereda— además de las jóvenes A. C. y L. M. P., alrededor de 10 personas más, entre ellas M. E. L. de 33 años de edad, M. M. de 23 años de edad y F. E. G., de 17 años de edad, mientras que en el interior de la vivienda aludida se hallaban M. R. V. de 18 años, C. E. L. de 18 años y T. N. R. de 20 años. En dichas circunstancias, los reunidos en la vereda tomaban vino y escuchaban música, ocasión en que A. C. habría bailado y se habría besado con F. E. G. Así las cosas es que siendo entre la 1 y las 2 horas aproximadamente del día ocho de junio de dos mil veinte, el imputado F. E. G., aprovechando que A. C. se encontraba visiblemente alcoholizada y la diferencia de edad existente entre ambos, la habría apartado de la fiesta y conducido a un descampado cercano —el que se encuentra a la vuelta del referido domicilio, a 150 metros aproximadamente—, siendo el mismo de acceso público, ubicado sobre calle Pública sin nombre, entre calles y, manzana de dicho Barrio, fuera de la vista de las demás personas. Allí, contra la voluntad de la nombrada que le decía que

"no", aprovechando su superioridad física y el estado en que se encontraba la menor A. C., por la fuerza, le habría bajado el pantalón haciendo lo propio con el suyo y, acto seguido, con el propósito de menoscabar su reserva sexual, la habría accedido carnalmente vía vaginal sobre los pastizales existentes en el lugar. Como consecuencia del accionar de F. E. G., A. C. sufrió las siguientes lesiones: desgarro en el himen en hora 4, 8 y 10, equimosis en hora 4 a 6 y 8 a 10 del himen desde base a borde distal del mismo. Asimismo, producto del forcejeo con el imputado, la joven A. C. sufrió también tres equimosis, la mayor de 10 mm aproximadamente en dorso de mano derecha, lesiones de naturaleza traumática, de gravedad leve, por la que le asignaron tres días de curación e inhabilitación laboral. Luego de vulnerar la integridad sexual de A. C., F. E. G. se retiró del lugar, dejando a la nombrada sola en el descampado."

Considerando:

I. Con fecha 12/06/2020 F. E. G. fue imputado por este Tribunal del delito de Abuso sexual con acceso carnal en calidad de autor a tenor de los artículos 119, 3° Párrafo y 45 del CP, oportunidad en que se dispuso su detención (ver decreto de fs. 103). El joven se encuentra alojado en Centro Socio-Educativo dependiente de la SeNAF desde el día 13/06/2020.

II. Evidencias probatorias: El plexo probatorio reunido durante la presente investigación penal preparatoria en curso es el siguiente: Testimoniales: Agente J. B. M. (fs. 1/2), P. O. C. (fs. 4/5), M. J. C. (fs. 24/25), Oficial Ayudante B. E. F. (fs. 27, 29, 30, 80), M. E. L. (fs. 37/38), C. E. L. (fs. 40), T. N. R. (fs. 41), Sargento C. M. B. (fs. 43, 75/76, 82), M. R. V. (fs. 42), Sargento Ayudante C. D. A. (fs. 47), M. A. M. (fs. 68), L. V. C. (fs. 69), N. A. V. (fs. 72), D. A. C. (fs. 74), Sargento S. S. S. (fs. 204). Documental/Instrumental/informativa: croquis ilustrativo del domicilio de la víctima (fs. 3), croquis ilustrativo, y acta de inspección ocular (28, 31), orden judicial de allanamiento N° 3264827-1 y acta de allanamiento y croquis respectivos (fs. 44/46), acta de detención de F. E. G. (fs. 48), Acta de notificación (fs. 50), certificado de antecedentes (fs. 55), croquis ilustrativo del domicilio de progenitor (fs. 77), croquis ilustrativo del domicilio donde se llevó a cabo la reunión en la que estaban los jóvenes (fs. 81), orden judicial de allanamiento N° 3264827-2 diligenciada y acta de inspección ocular y croquis ilustrativo (fs. 83/85), orden judicial de allanamiento N° 3264827-PG 2 y orden judicial de allanamiento N° 3264827-PG1 diligenciadas y actas respectivas (fs. 205/208), informe medicina legal de A. C. (fs. 8/10), entrevista de contención primaria de A. C., L. M. P. y E. R. M. (fs. 15, 23, 91), informe químico N° 19.898 (3212407) (fs. 172/173), 19.899 (3212408) todos respecto de A. C., informe químico N° 19.897 (3212406), informe de consultorio de imputados de F. E. G., informe de identificación de personas fotografía de F. E. G., informe de sección Química Legal N° 20.140 (3213329), 20.141 (3213330) (incorporados en sumario digital), estudio retrospectivo alcoholemia de A. C. informe Químico N° 22.830 (3243032) (fs. 174/175), informe químico N° 24.318 (3248041) (fs. 233/235), planilla prontuarial (fs. 99), informe del centro de comunicaciones (fs. 66/67), partida de nacimiento de A. C. (en sumario digital), partida de nacimiento de F. E. G. (fs. 242), informes de Cámara Gesell de A. C. y L. M. P. (fs. 188, 189), pericia interdisciplinaria de F. E. G. (fs. 196/199), informe preliminar de la pericia psicológica de A. C. (fs. 216) y demás constancias de autos y del Sumario Digital N° 3264827/20 de la Unidad Judicial de Delitos Contra la Integridad Sexual.

III. Declaración del imputado: A F. E. G. se le recibió declaración el día 01/07/2020, oportunidad en la que, debidamente asistido por su defensa técnica Dr. Manuel O. Juncos, expresó "Que niega los hechos y se abstiene de continuar declarando" (fs. 143/144).

IV. Estudios técnicos: El Informe social elaborado por la Licenciada Olga Liascovitz, fechado el 26/06/2020, da cuenta que el grupo conviviente de F. E. G. se trata una familia con jefatura monoparental femenina en la madre del joven, Sra. M. C., a cargo de las actividades ligadas a la producción en la vida cotidiana. Los progenitores se encuentran separados hace aproximadamente 6 años, habiendo terminado en buenos términos, pero esta situación habría afectado a F. E. G., que desde entonces tiene escaso vínculo con su padre. No obstante, mantiene un vínculo estrecho con la abuela paterna, con quien tiene contacto permanente y es referente afectiva. Respecto a las condiciones habitacionales, se trata de una vivienda propia. Los recursos económicos provienen de transferencia formales del Estado, sumado a la colaboración por parte de la abuela paterna, ya que por la situación de crisis sanitaria la progenitora habría quedado desempleada. En cuanto al rol normativo, la Sra. C. manifestó tener dificultades para que su hijo respete las pautas, aclarando que si bien intenta establecer límites, presenta una postura autónoma en su práctica y decisiones. Por su parte, el progenitor Sr. A. G. manifestó que luego de la separación comenzó a construir su propia vivienda y formó una nueva familia. Sus ingresos provienen de su trabajo informal como albañil, así como de asignaciones del estado. La profesional advierte que, si bien el padre mantiene vínculo con F. E. G., no sería un referente autoridad ya que el tiempo compartido es escaso, y quién acompaña y establece las pautas es la progenitora, quien reconoció dificultades. A su vez, se informa respecto de la abuela paterna del joven, Sra. S. R., actualmente desempleada de su trabajo como empleada doméstica, haciendo saber que convive con uno de sus hijos

y con cuatro nietas, de quienes asume la responsabilidad económica y también los cuidados diarios. En cuanto a la situación de salud, padece de síndrome de malabsorción hace aproximadamente a 8 años, encontrándose en tratamiento en el Hospital San Roque. Que mantiene vínculo cercano y afectivo con F. E. G., con visitas regulares, y siempre lo incentiva para que continúe estudiando o se capacite laboralmente. A tal fin colaboró económicamente para que pueda realizar un curso profesional de peluquería, que logró culminar. En cuanto a la situación de consumo mencionó que su nieto consume marihuana, y expresó tener voluntad en acompañarlo y ayudarlo en el proceso. En cuanto a la trayectoria de vida individual, F. E. G. no tiene antecedentes en el Sistema Penal Juvenil, dejó la escuela en el 2017, por no mostrar interés. La progenitora hizo saber que su hijo tuvo episodios de convulsiones desde los 15 años, se realizó estudios que dieron buen resultado por lo que nunca recibió tratamiento. Agrega que F. E. G. se caracteriza por ser cerrado el momento de expresar sus emociones, y que en el último tiempo mantenía una postura reticente a las pautas establecidas, con desempeño autónomo en la toma de decisiones y exposición a situaciones de riesgo. Por todo ello, la profesional detecta como nudos problemáticos las situaciones trascendentales que atravesaron su grupo familiar (la separación de los progenitores y el escaso vínculo con su padre), la escasa participación en actividades educativas, laborales o de oficio que puedan fortalecer sus habilidades, lo cual deja entrever un posicionamiento laxo por parte de la progenitora en cuanto a la propuesta de límites y supervisión y la escasa participación de su padre en los cuidados parentales. Se advierte un manejo autónomo de la cotidianidad, tomando decisiones y pasando gran parte de su tiempo libre en la vía pública con amigos, escasa supervisión adulta, expuesto contexto de riesgo para sí y para terceros, con vínculo en la práctica del consumo de sustancias psicoactivas y trasgresiones a la ley. Como factor de protección, destacan la voluntad y predisposición familiar para el acompañamiento, con una postura crítica de la situación. En cuanto a la posibilidad de la abuela paterna como guardadora, se observa que la misma tiene problemas de salud y a su vez está a cargo de cuatro nietas, lo cual da cuenta de una sobrecarga en sus tareas y funciones por lo que se considera oportuno que el vínculo de su abuela en F. E. G. pueda realizarse de forma paulatina. Respecto de la voluntad del padre de asumir la responsabilidad y cuidado, si bien se considera un factor positivo, teniendo en cuenta su escasa participación en cuidados parentales es necesario abordar la relación padre hijo previamente, ya que no hay un vínculo fortalecido entre los mismos. Asimiento, se advierte la necesidad de dar continuidad al abordaje psicológico del adolescente. En consecuencia, considera pertinente la continuidad con el abordaje individual familiar y comunitario de F. E. G., a fin de evaluar alternativas superadoras, en vista de pensar de manera progresiva un posible egreso. Por su parte, el informe psicológico de fecha 30/06/2020, elaborado por la Lic. María Sol Passero (fs. 150/152) da cuenta que el joven de referencia si bien exhibe ansiedad y angustia por la situación de encierro, se muestra predispuesto al diálogo y a responder las preguntas realizadas, orientado en tiempo y espacio. La profesional observa escasa conciencia de su situación actual, cierto grado de inmadurez, y sorpresa respecto a la trascendencia actual del hecho. Sus padres se separaron hace aproximadamente 8 años y desde entonces vive con su madre. Describe relaciones positivas con todos los integrantes de su familia. En cuanto a sus actividades, indicó que hace dos años abandonó la escuela por dificultades en el aprendizaje cuando cursaba 1° año del secundario. Que pasa gran parte del día con sus amigos, algunos de ellos vinculados a prácticas delictivas. En cuanto al consumo de sustancias expresó consumir frecuentemente marihuana y a veces pastillas, y se observa escasa problematización y conciencia respecto a tal práctica. De lo expuesto la profesional infiere una desorganización en su rutina, pensamiento infantil y poca conciencia respecto a los riesgos implicados en la incorporación de hábitos poco saludables tales como su consumo de sustancias, grupos de pares de riesgo y prácticas transgresivas, por lo que sugiere continuar el abordaje de manera integrar en el centro socioeducativa de alojamiento.

Por último del informe del Dispositivo de Saludo del 16/07/2020 elaborado por la Licenciada Verónica Brochero (fs. 211/212), se desprende que el padre de joven sería consumidor de cocaína. En cuanto a la evaluación de F. E. G., presenta un consumo actual es de marihuana y psicofármacos eventualmente, y que si bien probó cocaína no es usuario habitual. Se encuentra estable y no ha presentado síndrome de abstinencia. Hace saber que fue incluido en los espacios de trabajo preventivo por consumo de sustancias del centro terapéutico del complejo y que se continuará con las intervenciones en espacios individuales con el equipo técnico. A su vez, sugiere que una vez que se normalice la atención al público, asista a realizar tratamiento para problematizar el consumo de sustancias en espacio de primera escucha de barrio.

Finalmente, se incorpora a fs. 196/199, la pericia elaborada por el Equipo Técnico del Poder Judicial a cargo de la Licenciada Mónica Soria, suscripta por las Licenciadas Leticia Perona y Maira Lutri, de la que surge lo siguiente: Aspectos generales de su situación actual: El joven F. E. G., de 17 años de edad, con fecha de nacimiento el 18/07/2002, una convivencia favorable con el grupo de pares con los cuales comparte el espacio, no habría mantenido conflictos con jóvenes del Complejo. Asimismo verbaliza sentir malestar por

la situación de encierro, demostrando urgencia por recuperar su libertad. Refiere que el presente contexto, se constituye en la primera experiencia que lo vincula a conflictos con la ley penal, destacando nunca haber atravesado por situación similar ni haber ingresado en el Complejo Esperanza. En este sentido se evidencian indicadores objetivos de angustia durante la entrevista con G., en relación al tiempo de ausencia y separación de su familia, en especial de su madre. G. se presenta a la entrevistas en tiempo y forma, manifestando una actitud de respeto, colaboración y predisposición con la presente intervención judicial. Sostiene con un discurso coherente, respondiendo a las consignas con buena interpretación de las mismas. El mismo se expresa mediante un léxico y algunos modismos acorde a su edad evolutiva y contexto social de pertenencia. Se lo observa al joven en aparentes buenas condiciones generales. Se destaca que al momento actual, el joven F. E. G. estaría realizando las actividades permitidas en la Sede del Complejo Esperanza, cumplimentando con la cuarentena en el marco de los protocolos por la pandemia del Covid-19. En este sentido, habría logrado sostener entrevista con el profesional de psicología del CAD y agrega no poder recibir visitas de manera presencial, por lo mencionado anteriormente; aunque si se comunicaría telefónicamente con su madre, hermanos y novia, tres veces por semana aproximadamente. Cabe mencionar que el joven manifiesta ante las profesionales, su preferencia de no conversar sobre los hechos que dieron origen a la presente causa, de la cual se desvincula a partir de entender que todo tipo de encuentro con la víctima habría sido consentido, según sus propias palabras. Condiciones del contexto socio-económico y cultural de la vida del joven y su grupo familiar. De lo trabajado, se destaca que el joven F. E. G. conforma un grupo familiar monoparental, integrado por la Sra. M. E. C., de 39 años, quien cuenta con estudios secundarios incompletos, siendo ama de casa; y sus hermanos: L. , D. , A. y G. todos ellos de apellido G. Los mismos se encontrarían escolarizados. Los principales ingresos económicos con que cuenta el grupo familiar conviviente de autos, provienen actualmente de transferencias formales del Estado y de la inserción en el mercado laboral informal. Cabe mencionar que la Sra. M. E. C., se desempeñaba como ayudante de cocina en un local de comida; sin embargo a raíz de la pandemia del Covid-19, la misma habría sido desvinculada de sus tareas, afectando significativamente el ingreso económico del grupo familiar. En relación a su progenitor, el joven refiere que se llama L. G. , realiza tareas de albañilería de manera informal; reside en calle s/ N, de barrio. Los progenitores de G. habrían conformado pareja por aproximadamente 13 años, produciéndose la separación definitiva hace aproximadamente 6 años, denotando cierta desvinculación con su progenitor al inicio de la separación conyugal, en cuanto al aporte en materia económica y vínculo con sus hijos; situación que habría cambiado favorablemente con el pasar del tiempo, manteniendo en la actualidad comunicación frecuente con el mismo. El grupo familiar de G. reside en barrio, habitando en dicho lugar desde hace 14 años, en una vivienda otorgada mediante un programa de Plan Provincial Habitacional, (anteriormente habitaban en barrio ...). G. ocupa el segundo lugar de la escala fraterna. Se evidencia en el discurso de F. E. G., una significativa connotación emocional en relación al traslado de un barrio a otro, relacionado con los vínculos de amistad conformados, los cuales provendrían desde la infancia. En cuanto a la familia extensa, el joven menciona a los abuelos maternos: R. C. y E. J. , aproximadamente; quienes también residen en barrio ... En relación a los abuelos paternos, refiere a S. R. y L. G. (fallecido), brindando características positivas de los mismos. Nombra a los mismos como referentes afectivos significativos. F. E. G. al igual que su progenitora, manifiestan contextos de riesgo e inseguridad respecto al espacio socio-geográfico de residencia actual del joven, vinculado a la accesible circulación y acceso a estupefacientes, sobre todo en el grupo etario de adolescentes; lo cual es relativamente problematizado por los entrevistados. En esta línea, F. E. G. da cuenta de haber sostenido un consumo problemático de sustancias psicoactivas (marihuana y pastillas) desde los 14 años de edad aproximadamente, habiendo interrumpido el mismo hace dos meses, según sus dichos. Agrega que a tal edad, habría comenzado a vivenciar episodios de convulsiones, situación que enlaza al consumo de estupefacientes. La progenitora del joven refiere haber realizado consulta médica en el Hospital San Roque de la ciudad de Córdoba, manifestando que no le habrían diagnosticado epilepsia a su hijo F. E. G. Surge de las entrevistas, que los integrantes del grupo familiar extenso del joven no contarían con antecedentes penales, ni estarían involucrados con el consumo de sustancias psicoactivas. En relación a la instrucción educativa formal de G., se destaca que el joven habría cursado la escolaridad primaria en la Escuela Municipal ... Al respecto, el joven refiere ciertas dificultades en el proceso de aprendizaje principalmente en el área de matemáticas. Durante esta etapa, habría sido acompañado por su progenitora, al momento de ingreso y egreso del horario escolar; así como también refiere la presencia de la misma al momento de asistir con las tareas educativas. Posteriormente, habría cursado hasta 1° año de nivel secundario en el IPET ...; habiendo desertado dicha etapa escolar a la edad de 15 años, por iniciativa propia. En este sentido, refiere haber atravesado frecuentes conflictos con sus pares, lo cual causaron la expulsión del mismo de tal establecimiento atento a la gravedad de los hechos. Este hecho no habría sido corroborado por la progenitora al momento de la entrevista. Se evidencia una composición familiar con una marcada organización de la dinámica interna dependiente de

la figura adulta femenina, siendo la progenitora del joven la principal proveedora de recursos materiales y económicos del hogar, así como también afectivos y simbólicos. Surge que el joven F. E. G., hasta el momento de su ingreso en la institución de resguardo, residía junto a su progenitora y sus hermanos. En este sentido se advierte la figura de madre como el principal referente en relación a la puesta de límites en la conducta de los hijos; además de ser el sostén afectivo y de contención para F. E. G. y el resto de los hermanos. No obstante ello, se infiere cierto desconocimiento y falta de control respecto a las actividades que sostendría su hijo fuera del ámbito doméstico, lo que habría incluido el consumo de sustancias de parte del mismo. De las entrevistas surge que el joven se encontraría de novio con la joven M. R. de 16 años, desde hace aproximadamente 1 año y medio. La misma tiene contacto y vínculo con la madre del joven y su grupo familiar extenso, refiriendo la Sra. C. que considera positiva la influencia de M. R. en su hijo, considerando que la misma ocuparía cierto rol de control y de permeabilidad en relación al joven, quien normalmente se muestra más aislado y reticente a la comunicación sobre sus sentimientos y estado anímico. Nivel dinámico. Nivel estructural. Antecedentes psicopatológicos y/o psicopatología actual. De lo valorado mediante video conferencia con el joven y entrevista presencial con la progenitora, surge que el joven presenta discurso organizado, coherente, con adecuada ubicación de circunstancias de tiempo y de lugar al momento de la valoración. Al momento de realizadas las entrevistas no se advirtieron alteraciones en cuanto al curso y/o al contenido a nivel del pensamiento o de alteraciones senso-perceptivas. De lo relevado con el joven y su progenitora no surgen antecedentes de tratamientos o antecedentes psicopatológicos, no desprendiéndose de su discurso que el joven haya presentado con anterioridad conductas auto u hetero-agresivas. Del discurso de los entrevistados no surgen antecedentes de exposición del joven a situaciones de delitos contra la integridad sexualidad, ya sea de manera activa o pasiva, ni antecedentes en el grupo familiar de hechos de este tipo. El joven reconoce haber consumido sustancias psicoactivas hasta aproximadamente dos meses antes de la intervención. Refiere que su novia habría sido quien influyó en su decisión de dejar de consumir. Al momento de la intervención el joven vincula dicho consumo, con presiones vinculadas al grupo de pares, refiriéndose a esta práctica como a un mecanismo para hacer frente a situaciones angustiantes y dolorosas, tales como la separación de sus padres, verbalizando el joven que las sustancias le habrían permitido no pensar en estas cosas. La madre del joven refiere haber propuesto al joven que el mismo realizase tratamiento en relación a su consumo de sustancias, negándose el joven en dichas ocasiones a recibir este tipo de ayuda. Al momento de la intervención realizada el joven se muestra permeable a nivel discursivo en cuanto a la iniciación de un tratamiento vinculado al consumo de sustancias, verbalizando su intención de dejar de consumir y retomar actividades laborales que habrían quedado relegadas. De lo manifestado por el joven durante las entrevistas, surgen indicadores de malestar subjetivo en cuanto a su exposición en el barrio de procedencia luego de los hechos denunciados, refiriendo sentirse afectado por la percepción negativa de la gente del barrio, luego de la denuncia en su contra. Manifiesta su intención de no regresar al domicilio de su madre, considerando como posibilidad comenzar a residir en el domicilio de su abuela paterna, quien tendría una habitación disponible, que en un comienzo habría sido pensada para su hermano, quien recientemente ha sido papá. Atento a que su hermano no la estaría ocupando, refiere que ese sería un buen espacio para establecerse junto a su novia, expresando intenciones de retomar su actividad laboral como peluquero, una vez que cuente con los elementos para ello. En términos de exo-grupo, surge que el joven no estaría inserto en actividades educativas formales al momento de la intervención. Surge como significativo el grupo de pares de su infancia, a quienes habría conocido en la escuela primaria y en... Refiere lazos afectivos intensos en relación a estos. Valoración profesional: De lo abordado con el joven F. E. G. es posible referir que si bien el mismo cuenta con una red familiar y de contención que podría reorientar aspectos conductuales a partir de señalamientos y acciones concretas, se logra inferir ciertos aspectos lábiles en cuanto a la puesta de límites. Surge como necesario que la Sra. C. pueda acudir a espacios que le posibiliten trabajar en relación a su posicionamiento subjetivo en cuanto a su función parental y de ese modo lograr un proceso reflexivo en relación a las necesidades e intereses de su hijo. Se sugiere su inclusión en un espacio psicoterapéutico, al observarse significativos indicadores de malestar subjetivo y angustia en el transcurso de la entrevista, en relación a lo sucedido con su hijo y los hechos denunciados. De las entrevistas con la progenitora del joven, surgen recursos positivos siendo la misma, referente afectiva significativa en cuanto a asumir de manera activa y comprometida el rol de contención. Se advierte que el grupo familiar de origen del joven F. E. G., sería una unidad doméstica monoparental, con jefatura femenina en relación a la puesta de límites a sus descendientes, con hijos menores a cargo. Teniendo en cuenta la actividad laboral de dicha familia, se puede caracterizar a la misma, como una unidad doméstica basada en el trabajo asalariado de sus miembros, según su inserción en el mercado laboral informal. Se estima oportuno que el joven se inserte en el espacio terapéutico con el objetivo de problematizar sus conductas de consumo problemático de sustancias y abordar lo que se considere oportuno en cuanto a su inclusión en el proceso judicial y su posicionamiento subjetivo en re-

lación a los hechos denunciados. Se considera pertinente que el joven logre acceder a ciertos recursos de índole material, con la finalidad de insertarse en el mercado laboral y de esa manera obtener recursos materiales para su subsistencia y además sostener más tiempo ocupado, alejándose de los espacios de la calle y de los peligros a los cuales podría encontrarse expuesto. Se sugiere además la intervención de los profesionales de la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia, con la finalidad de realizar acompañamiento y contención al grupo familiar del joven, así como también brindar herramientas a la progenitora del mismo, en caso de ser necesario, como por ejemplo que la misma acuda a los talleres para padres, destinados a tal fin.

V. Corrida vista al Ministerio Público Fiscal para que se expida respecto a la procedencia de la privación cautelar de libertad en relación a F. E. G. (art. 100 ley 9944), o en su defecto dictamine la medida más adecuada al interés superior del nombrado, la Sra. Fiscal Penal Juvenil de Segundo Turno, Dra. Norma Graciela Scaglia, con fecha 22/07/2020, entendió que resulta procedente el dictado de la Privación Cautelar de la Libertad de F. E. G. (Art. 100 de la ley 9944), lo cual fundamentó diciendo que: "...obran en autos elementos de convicción suficientes como para tener por acreditadas la existencia del hecho y la participación disvaliosa en el mismo por parte de F. E. G. En este sentido, se destaca el testimonio brindado por la víctima A. C. en oportunidad de su recepción por Cámara Gesell (art. 221 bis CPP) que da cuenta de manera clara y coherente del hecho que nos ocupa tal como fue fijado en la plataforma fáctica y de la participación en el mismo de F. E. G., vecino suyo del barrio (ver constancias de SAC n° 9302509), lo que fuera corroborado de manera indubitable por los testimonios de las demás personas que se encontraban esa noche en el lugar (ver sumario digital n° 3264827/20), como por el informe de la sección Medicina Legal —Policía Judicial— y los informes de la sección Química Legal —Policía Judicial— (ver sumario digital n° 3264827/20). Como se advierte, el plexo probatorio detallado visibiliza claramente el fumus bonis iuris requerido como uno de los requisitos que justifican la privación cautelar de la libertad, confirmando con el grado de probabilidad exigido en esta etapa del proceso los extremos de la imputación, esto es, tanto la existencia del hecho cuanto la participación penalmente responsable en el mismo del joven imputado. De otro costado, como segunda condición para dictar la medida de coerción personal, también se infiere la existencia de peligrosidad procesal, tanto de la escala penal prevista para el delito a *prima facie* reprochado de seis a quince años de reclusión o prisión (art. 281 bis inc. 1) CPP en función del art. 100 ley 9944) —Abuso Sexual con acceso carnal (Art. 119 —3° párrafo— del CP)—, cuanto de las peculiaridades conductuales que presenta el adolescente, que permiten colegir que hay un riesgo serio y concreto que en algún momento del proceso podría intentar sustraerse a la acción del Estado. En esta dirección, téngase presente que estamos ante un hecho que por sus circunstancias y naturaleza, es grave, ya que el joven F. E. G. no trepidó en menoscabar la reserva sexual de la adolescente A. C. y en contra de la voluntad expresa de la nombrada, y usufructuando su superioridad física y el estado de ebriedad de la joven, procedió a accederla carnalmente por vía vaginal. Ello da cuenta de una personalidad violenta, inadecuada, agresiva y transgresora, que se erige en indicios concretos de riesgo de fuga (TSJ "Arce", S. n° 285, 13/08/2014).

Esa personalidad de marcados rasgos de transgresión a la norma se corroboran con el testimonio de la comisionada policial B. E. F., quien en su testimonio de fecha 12/06/2020 obrante en sumario digital n° 3264827/20 refirió que consultados los vecinos del sector del domicilio de F. E. G., manifestaron que "... desde hace unos días, sin precisar cuántos con exactitud, el denunciado se marchó de la vivienda de su madre, por lo que se encuentra residiendo en la casa de su papá (cuyo nombre y apellido no aportaron), sita en barrio de esta ciudad, sin brindar la dirección exacta. A su vez, dichos vecinos manifestaron no tener un buen concepto en relación a F. E. G., su madre y hermanos, ya que ninguno estudia ni trabaja, además tienen "mala junta", de modo tal que siempre lo ven drogado...". Los dichos de la funcionaria policial que reflejaron el temor vecinal por las inconductas del adolescente y su grupo familiar, se verificaron con los informes técnicos institucionales remitidos por las profesionales de Senaf. Así, las Lics. Ayala, Liascovitz y Passero dejan constancias que "...En lo que refiere al rol normativo, la progenitora expresa que tendría dificultades al momento de que el joven recepte sus pautas, ya que si bien intenta establecer límites, este mantiene una postura autónoma en sus prácticas y decisiones.... reconoce que F. E. G. se caracterizaría por ser cerrado al momento de expresar sus emociones, y que en el último tiempo mantenía una postura reticente a las pautas establecidas, manteniendo un desempeño autónomo en sus prácticas y decisiones, exponiéndose a situaciones de riesgo... Con respecto a la participación en actividades productivas, si bien el joven cuenta con un título de peluquero, y con anterioridad realizaba dicha actividad, actualmente no se desempeñaría en el oficio... se observa la escasa participación del joven en actividades educativas, laborales y/o de oficio, que puedan fortalecer sus habilidades, dejando entrever un posicionamiento laxo por parte de la Sra. M. E. C. en cuanto a la propuesta de límites y supervisión, y la escasa participación de su padre en los cuidados parentales.... F. E. G. menciona pasar gran parte del día con sus amigos, que en su barrio, algunos de sus amigos están vinculados a prácticas

delictivas, reconociendo que en varias oportunidades ha delinquido... se infiere una desorganización presente en su rutina, pensamiento infantil y escasa conciencia respecto a los riesgos implicados en la incorporación de hábitos pocos saludables en relación al consumo de sustancias, grupo de pares de riesgo y prácticas transgresivas... En cuanto a las prácticas de consumo de sustancias psicoactivas, la entrevistada manifiesta que el joven consume regularmente marihuana, y ella mantiene una postura crítica al respecto, identificando que en el vínculo con sus pares sería frecuente el compartir el uso de dichas sustancias... el joven refiere que desde temprana edad habría empezado a desarrollar prácticas de consumo de diversas sustancias... No obstante se observa un posicionamiento con escasa reflexión y problematización sobre dichas prácticas. A su vez, en el discurso de la madre del joven, comenta que ella identificaría que el joven habría empezado a desarrollar prácticas de consumo a partir de los 15 años, edad en la cual inician episodios de epilepsia... Se visualiza que el joven tendría un manejo autónomo de su cotidianidad, tomando decisiones y pasando gran parte de su tiempo libre en la vía pública con amigos y con escasa supervisión adulta, expuesto a contextos de riesgos para sí y para terceros. En articulación con la psicóloga actuante se advierte que la trayectoria del joven estuvo vinculada a prácticas de consumo de sustancias psicoactivas, como a transgresiones a la ley, según expresaría el joven este se involucraba en prácticas delictivas por necesidad...". Finalmente, termina de corroborar las características inadecuadas de la personalidad de F. E. G. aludidas supra, la pericia interdisciplinaria agregada en autos, en la que el profesional interviniente refiere "...En este sentido se advierte la figura de madre como el principal referente en relación a la puesta de límites en la conducta de los hijos; además de ser el sostén afectivo y de contención para F. E. G. y el resto de los hermanos. No obstante ello, se infiere cierto desconocimiento y falta de control respecto a las actividades que sostendría su hijo fuera del ámbito doméstico, lo que habría incluido el consumo de sustancias de parte del mismo... es posible referir que si bien el mismo cuenta con una red familiar y de contención que podría reorientar aspectos conductuales a partir de señalamientos y acciones concretas, se logra inferir ciertos aspectos lábiles en cuanto a la puesta de límites. Surge como necesario que la Sra. C. pueda acudir a espacios que le posibiliten trabajar en relación a su posicionamiento subjetivo en cuanto a su función parental y de ese modo lograr un proceso reflexivo en relación a las necesidades e intereses de su hijo. Se sugiere su inclusión en un espacio psicoterapéutico, al observarse significativos indicadores de malestar subjetivo y angustia en el transcurso de la entrevista, en relación a lo sucedido con su hijo y los hechos denunciados...". En tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en materia minoril, ha sostenido "que la gravedad del hecho cometido, no puede interpretarse como un indicador de peligrosidad procesal del niño, sino como una cabal demostración de que los padres no habrían desempeñado adecuadamente su rol principal, concerniente a la educación y contención de ese niño, por lo cual resulta necesario que el Estado asuma su rol subsidiario que le compete ejercer en cuanto a estos aspectos, llevando a cabo un tratamiento tendiente a la superación de la grave inconducta probablemente cometida..." (TSJ, "Ortiz Gubler y otros", S. 127, 17/10/2006). Otro indicio de peligrosidad procesal que no debe obviarse es la inmediata cercanía de los domicilios que habitan, no sólo la víctima del hecho, A. C. y el prevenido —escasas cuatro o cinco cuadras de distancia—, sino la mayoría de los testigos que han declarado en la causas, ya que en atención a la violencia desarrollada por F. E. G. a fin de lograr su cometido delictivo, se puede inferir que podría tratar de influir sobre aquellos para que declaren en forma falsa o reticente, cuando todavía la investigación es reciente y restan diligencias probatorias por realizar (TSJ, "Valdez", S. n° 182, 21/05/2015). De otro costado, en el caso traído a estudio, las circunstancias valoradas precedentemente como indicadores de riesgo procesal deben ser analizadas a la luz del marco normativo de la Convención de Belém do Pará, aprobada por Ley 24.632 —instrumento este en el que se fijan estándares de la debida diligencia para prevenir—, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inc. "b"), directrices que se plasmaron a su vez en la Ley 26.485 (Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que se desarrollen relaciones interpersonales), que entre sus objetivos menciona el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial" (art. 3). Además establece deberes para los Estados Partes, y dispone en su inciso f) que los estados se obligan a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos toda vez que el hecho se perpetró en un escenario que revela un contexto de violencia sexual en contra de una mujer. Ello impone asegurar la realización del debate y, por ende, demanda también poner especial atención en aquellas circunstancias que podrían impedirlo u obstaculizarlo (TSJ, "Montaño Martínez", S. n° 441, 19/11/2014).

Por último, no está de más puntualizar en relación a la doctrina judicial citada para apuntalar el hallazgo de indicadores de peligrosidad procesal que conducen indefectiblemente al dictado de la medida de coerción más gravosa para el joven F. E. G., que si bien en esos antecedentes jurisprudenciales resolvieron

asuntos de mayores, tales indicios de riesgo procesal están legal y absolutamente emparentados con los arriba enumerados, conforme se describen en las normas rituales que regulan uno y otro proceso (arts. 281 y subsiguientes del CPP y art. 100 de la ley 9944). Todos estos indicadores de peligrosidad procesal analizados, nos permite considerar indispensable el dictado de su privación cautelar de la libertad como último recurso conforme a lo dispuesto por el art. 37 inc. b) de la CDN; no escapa a la suscripta que F. E. G. consume sustancias psicoactivas (ver informes de Dispositivo de Salud adjuntados con fecha 16/07/2020 SAC n° 9302509), esta particularidad, torna necesario a fin de abarcar adecuadamente el tratamiento de esa cuestión y hacer efectivo el principio rector vigente en materia del Derecho Penal Juvenil, esto es, el denominado "Interés superior del niño" (Art. 3.1 de la CDN), que con relación al joven F. E. G. se haga efectivo lo sugerido por las profesionales técnicas intervinientes, a fin de trabajar sobre su problemática vinculada al consumo de sustancias psicoactivas, lo que contribuiría favorablemente para el desarrollo del joven; toda vez que encontrándose el joven incurso en un proceso penal y por lo tanto bajo la protección judicial, se debe proveer a su custodia y formación en los términos contemplados en el art. 3 de la Ley 22.278".

VI. Corrida vista a la defensa técnica del joven Dr. Manuel Odelcio Juncos, y habiendo vencido los plazos procesales a tal fin, nada dijo (ver fs. 240).

VII. Cabe aclarar que el imputado F. E. G. adquirió la mayoría de edad el 18/07/2020, conforme Partida de Nacimiento incorporada en autos, por lo que cesó de pleno derecho la intervención a su respecto de la Representante Complementaria, Sra. Asesora de Niñez y Juventud del 5° Turno.

VIII. Valoración del Tribunal: De las constancias glosadas, adelanto opinión en cuanto a la adherencia a los argumentos vertidos por el Ministerio Público Fiscal, al requerir la aplicación de la medida contemplada en el art. 100 de la Ley 9944, los cuales han sido reproducidos *ut supra*, compartiendo en un todo sus fundamentos. Como reiteradamente se ha señalado, la medida, tiene una entidad similar a la prisión preventiva por un lado y a la medida tutelar de guarda institucional por el otro, sin que se diluya su propia identidad (ver G. del Solar, José H., "Protección Judicial del Niño y el Adolescente", p. 119, nota 346) y es desde esta perspectiva en que debe efectuarse el análisis.

Resultan presupuestos de la coerción el *fumus boni iuris,* dado por el caudal probatorio requerido por la ley con grado de probabilidad y el *periculum in mora* denominado así por la doctrina clásica, que se traduce en la peligrosidad procesal, que merece un análisis particularizado en virtud de los principios del Derecho Penal Juvenil y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Tribunal Superior de Justicia, conforme los lineamientos dados en la causa "Loyo Freire" (Sentencia N° 34 de fecha 12/03/2014). Así debe analizarse la peligrosidad procesal, tanto desde el punto de vista abstracto como concreto.

VIII. a) En relación al primer presupuesto, corresponde aquí, conforme las reglas de la sana crítica racional, efectuar una valoración de los elementos probatorios reunidos hasta el momento, los cuales permiten acreditar, con el grado de probabilidad requerido en esta etapa procesal, la existencia histórica del suceso denunciado y la participación penalmente responsable en el mismo de F. E. G., en calidad de autor.

En tal sentido, se cuenta, en primer término con las declaraciones de la víctima A. C., de fecha 08/06/2020, en entrevista de contención primaria desarrollada en la Unidad Judicial, en la cual expuso: "Yo salí a las nueve de mi casa... el día siete...ayer... de la noche... yo no soy de salir nunca, pero ya estaba aburrida de estar en mi casa... y me fui a la casa de una amiga y estaba con otra amiga también... mi amiga se llama E. R. M.... no me acuerdo el apellido... tiene 15... vive en el barrio mío...y también estaba...mi amiga L. M. P. tiene 15... yo salí de la casa de E. R. M. como a las diez... con la L. M. P.... y cuando salí de ahí había unos amigos de mi hermano en la vereda... mi hermano se llama a M. J. C.... los chicos estaban en la casa de una señora que se llama M...que es tía de mis hermanos... la casa queda en la otra cuadra de la casa de E. R. M.... yo conocía a dos nomás... eran muchos pero no los conozco... yo conocía a uno que se llama F. E. G.... que fue el que me llevó... en la casa de la E. R. M. no tomé nada pero con los chicos si tome... tome vino era... pero no tome mucho... porque yo no tomo mucho... porque no soy de tomar mucho... pero después no sé lo que me pasó... los chicos que conocían era F. E. G. creo que tiene 17 y otro que era un amigo de mi hermano... se llama M. E. L.... no se el apellido... pero era grande... tiene más de 20... yo tomé y después no me acuerdo... me acuerdo que estaba en el pasto y ese chico F. E. G. me bajo los pantalones y yo le decía que no... no sé cómo llegué ahí... yo sentía que alguien me llevo... yo antes que sintiera que alguien me llevó estaba con ella... con la L. M. P.... después me acuerdo que estaba ahí... no conocía ese lugar...y yo después me acuerdo que yo me quería ir a mi casa... y me sentía como con agua... y después me miró así y estaba mojada...(la adolescente se señala la zona de la entrepierna y los genitales)... si me dolía todo acá (la adolescente se señala la zona del bajo vientre)... y me acuerdo que yo estaba la L. M. P... ella estaba conmigo... y estaba llorando en la esquina porque me quería ir a mi casa...y yo decía

que ellos me habían hecho algo malo... después vi que apareció un auto y ese auto me llevo a mi casa... y en ese auto estaba mi hermano con dos amigos... uno era su cuñado... y yo en mi casa estaba sentada y me caía sola... después ella estaba en mi casa... la L. M. P., y ella me preguntaba si estaba bien... y mi hermana le dijo - cómo le preguntas si está bien...mira como esta?!...y ahí yo me miré y tenía todo sangre en el pantalón (la adolescente nuevamente se enseña en la zona de la entrepierna y los genitales)... después a la L. M. P. no la vi más" (fs. 15).

Luego, en entrevista en Cámara Gesell, conforme consta en acta de fs. 178/179, la joven expresó, dando mayores precisiones y corroborando lo señalado en la Unidad Judicial, que: "...estaba sentada porque estaba muy mareada y no podía pararse ni sostenerse de pie. Entonces la llevaron alzada a un monte lleno de yuyos. Sintió que le desprendían el pantalón, era el F. E. G. Se sintió mojada y después vio que era sangre. F. E. G. la dejó ahí, tirada. Apareció L. M. P. y le pregunto qué le pasaba, y pasó un auto en el cual iba su hermano, junto a otros amigos de L. M. P. Expresa que después tenía un "chichón" que no se había dado cuenta, la joven se señala detrás de la cabeza. La llevaron al Polo de la Mujer y le hicieron análisis. Seguidamente, precisó que ese día se encontraba muy mareada porque había estado tomando, que estaba sentada en las escaleras y que la trasladó una sola persona, alzándola siempre, y era F. E. G. Que la llevó a la cancha y que para abajo había un terreno, donde después se cayó. Se acuerda cuando llegaron porque F. E. G. le desprendió el pantalón. Que ella veía borroso, pero había yuyos y no pasaba nadie por ahí. Manifiesta "yo me quería ir, no me dejaba", no se podía ir sola porque no podía caminar y la tenía agarrada de la mano, se señala las dos muñecas. Le hurgaba la campera. Como un detalle, recuerda que ella tenía el pelo atado con una prensa antes, ella no se desató el pelo, después se dio cuenta que tenía la prensa en el bolsillo de la campera y el pelo suelto. Se quería ir, pero le agarraba las dos manos. No sintió nada. Ella se subía el pantalón y F. E. G. se lo bajaba. Estaba tirada en la calle. Después, cuando la revisaron, le dolía. También tenía, se dio cuenta después, un moretón en la parte izquierda superior (entre la pierna y la ingle), lo señala. En su casa no podía quedarse parada, se caía de la silla y la llevaron a la cama. Después fueron dos policías. Respecto de F. E. G., dijo que eran conocidos del barrio, pero nunca habían tenido nada, nunca había pasado nada entre ellos con anterioridad. Hacía mucho que no lo veía y no se hablaban por mensajes. Que ella tiene novio. Precisa que a las 21 hs. salieron, a las 23 hs. estaban en la vereda y que regresó a su casa aproximadamente a las 02 hs. y algo. Que cuando estaba sola (luego del hecho) se cruza L. M. P. y ella empezó a llorar y gritar en la calle y se cayó. L. M. P. la quería levantar, pero se sentía cómoda en el piso, estaba cansada, se sentía mal y desesperada. En ese momento no sentía nada. Cuando pasó estaba parada contra la pared, de eso se acuerda. Ella se subía el pantalón y él se lo bajaba. Ella no se veía sangre. Expresa que estaba manchada, que se lo vio en el "Polo". En cuanto a F. E. G. expresa que tenía puesto ese día un pantalón a cuadros y una campera celeste. Ella caminaba y se caía. Al ser consultada sobre cómo se siente dijo "me siento mal". Trata de estar bien, pero piensa y se pone triste. Fue feo. (...)".

Del informe de valoración de la Cámara Gesell confeccionado por la Lic. Romina De Leeuw, surge que A. C. presenta lenguaje claro, conciso y coherente, con vocabulario amplio y acorde a su edad. Que respecto del motivo de la intervención, la menor refirió una situación inadecuada que habría vivenciado de forma intromisiva con F. E. G., precisamente A. C. respondió: "por violación, cuando te obligan a tener relaciones". A su vez, la joven aportó información acerca del lugar y la fecha en la que se habría dada dicha situación, y en relación a la modalidad, ya que indicó haber consumido alcohol, que se acuerda que F. E. G. la habría alzado y la habría llevado a un baldío, donde le habría desprendido sus pantalones, y puntualmente aclaró: "me sentí mojada, después en el Polo me di cuenta que era sangre". También surge que requirió de manera verbal y reiterada al denunciado su rechazo ante la situación sexual, precisando: "me quería ir, me agarraba de las manos, me hurgaba los bolsillos...". Y que F. E. G. se habría retirado del lugar del hecho, dejándola sola hasta que se reincorporó y regresó con los demás jóvenes, momento en que se encontró en el camino con su amiga, L. M. P. En cuanto a su emocionalidad, la profesional advierte ansiedad en torno a lo verbalizado (fs. 188).

Los creíbles y sinceros dichos de la damnificada fueron avalados por el resto de las evidencias colectadas durante la investigación preparatoria. Así, la situación que A. C. describe antes y después del abuso, fue corroborada por varios testigos presenciales. En tal sentido, repárese que por su naturaleza, los actos de abuso sexual se ejecutan, casi siempre, en ámbitos privados y sin la presencia de terceros, por lo que tienen alto valor indiciario las condiciones concomitantes y posteriores al hecho (TSJ, Sala Penal, S. N° 262, 12/09/2013, "Saravia, Javier E. p.s.a. lesiones leves reiteradas, abuso sexual sin acceso carnal - Recurso de Casación").

Del informe preliminar de la pericia psicológica solicitada respecto de A. C., elaborado por la Lic. De Leeuw, surge que se advierte del relato espontáneo, la necesidad permanente de manifestar, en relación a lo que se denuncia, que habría bebido demasiado y que solo podría recordar algunos detalles de lo sucedido, como que el denunciado la habría alzado dirigiéndo-

se hacia un baldío y le habría desprendido sus pantalones sin su consentimiento, vivenciado esta situación de forma intrusiva. Advierte temor y sentimiento de culpabilidad con respecto a las repercusiones que habría tomado el hecho en relación a su familia (fs. 216). Sumado a ello, los testimonios incorporados en autos son coincidentes en cuanto a las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se habría desarrollado el hecho.

Se destacan las declaraciones de la amiga de la víctima, L. M. P., quien la habría acompañado a la reunión. En entrevista de contención primaria en la Unidad Judicial, manifestó que el día 07/06/2020 aproximadamente a las 22:00 horas fueron con A. C. a la casa de una amiga llamada E. R. M., y luego de un rato se retiraron, ya que la habían invitado a una reunión en la casa de "M.", a una cuadra de distancia. En tal domicilio se encontraba F. E. G., U. L., "F.", M. E. L., L. "T.", "Q.", "T." y un chico más que no recuerda el nombre. Allí, tomaron vino junto a los jóvenes, A. C. no podía tomar porque estaba medicada por dolor de muela, pero tomó, y le dijo a la declarante que estaba mareada y después se empezó a besar con F. E. G., lo cual la puso incómoda, ya que si algo le llegara a pasar lo sentía como su responsabilidad. Por eso, le dijo a su amiga que se quede con ella, pero se fue con F. E. G. a un pasillo. Adentro de la casa había tres chicas C. E. L., T. y M. (pareja de M.), que escucharon a A. C. decir "no", seguido lo cual una de ellas, C. E. L., salió y le advirtió "anda a fijarte no sea cosa que F. E. G. le haga algo". Que se asomó pero ya no había más nadie, por lo que se quedó allí esperando a A. C., quien al regresar le dijo que se quería ir porque se sentía mal, y no se podía sostener bien en pie. Le pregunto qué había sucedido, pero A. C. solo contestaba que no le cuente nada al padre ni a su novio, mientras lloraba y gritaba. En ese momento observó que tenía manchas de sangre desde la cintura hasta encima de la rodilla. Seguidamente, pasó por allí el hermano de A. C., la subió al auto y la llevo a la casa. Agrega en su exposición que al día siguiente F. E. G. le habló para decirle que él no le había hecho nada, que ella fue, y precisamente le requirió "vos decí la verdad de cómo fue".

En ulterior oportunidad, al mantener entrevista en Cámara Gesell expresó, en relación al hecho, haber estado ese día con unos amigos bebiendo sangría y que vio como F. E. G. alzó a A. C. Que les preguntó hacia donde se dirigían, sin obtener respuesta. Entonces, otra de las jóvenes reunidas, C. E. L., le habría dicho: "anda a fijarte no la vaya a querer violar", refiriéndose a F. E. G. y a A. C. Que escuchó cuando A. C. conversaba con F. E. G. y le decía: "no, no" (refiriéndose a que no quería ir), y ella se habría acercado a la esquina pero que no la vio (fs. 189).

Por su parte, los testigos presentes en el lugar donde se desarrolló el encuentro entre la víctima y el imputado, corroboraron la forma en que se produjeron los hechos. Así, C. E. L., expuso que el 07/06/2020 las 23:00 hs. aproximadamente, cuando estaba yendo a la casa de su vecina M. R. V. vio, cruzando la calle antes de ingresar a la casa, a un grupo de hombres entre quienes pudo identificar a M. y a F. E. G., siguió caminando e ingresó directamente a la casa de su vecina, donde se quedó reunida junto a ella y a la cuñada llamada T. N. R. A las 12:30 hs. aproximadamente, entraron a la habitación L. M. P. y A. C., se encontraban conscientes, no parecían ni borrachas ni drogadas. Enseguida escucharon que F. E. G. llamaba a A. C., quien junto con L. M. P. volvió con los chicos afuera. La dicente se quedó en el interior de la vivienda escuchando música, hasta que a las 2:00 hs. aproximadamente se retiró hacia su casa (fs. 40). En el mismo sentido T. N. R., refirió que el 07/06/2020, se juntó con C. E. L. y su cuñada M. V. en su vivienda (manzana lote de B°) y se quedaron en la pieza de M. V. tomando. Que en una casa de la cuadra de enfrente había una reunión de muchas personas, y luego se trasladaron la vereda de la vivienda de la declarante y su cuñada. Recordó que en un momento entró a la casa "La C." (A. C.) y pidió ir al baño, luego de lo cual volvió con los chicos de afuera. Que la vio sobria y bien, y solo se enteró de lo que había pasado por dichos, en el barrio, al día siguiente.

M. R. V., fue coincidente al deponer que conoce de vista a A. C., por su apodo "C." y que el 07/06/2020, a las 23:00 hs. aproximadamente, se encontraba en su vivienda junto a T. N. R. y C. E. L., y su novio M. estaba en la vereda con amigos (identificó a C. C. y F. E. G.). Que ellas se quedaron en su habitación tomando vino y escuchando música, y en un momento entraron L. M. P. y "C.", estaban en buen estado, sobrias, y compartieron la bebida, pero a los pocos minutos L.

M. P. y "C." volvieron con los chicos que estaban en la vereda y las llamaban. Por su parte, quienes participaron de la reunión que se desarrollaba en la vía pública fueron contundentes en señalar que la víctima se encontraba visiblemente bajo los efectos del alcohol y que el imputado la habría llevado para alejarla del grupo y lograr concretar así sus fines abusivos sin la intromisión de terceros. Incluso la secuencia posterior donde F. E. G. dejó a A. C. sola en el descampado es confirmada por los presentes que señalaron que la nombrada volvió primero evidenciando notorios signos de angustia (lloraba y gritaba sindicando a F. E. G.). Posteriormente regresó F. E. G. quien inmediatamente se retiró del lugar e incluso fue avistado por los techos a modo de evitar ser encontrado.

Lo afirmado surge claramente de los dichos de M. E. L., (fs. 37/38) quien declaró que el 07/06/2020 en

horas de la noche se reunió con sus amigos, incluido F. E. G., en la casa de C. C., en la vereda. Alrededor de las 23:45 hs., llegaron dos chicas a quienes ubicaba por sus apodos, "P." (L. M. P.) y "C." (A. C.), y esta última se sentó al lado de F. E. G. A los pocos minutos Claudio les pidió que se retiraran, por lo que todos fueron al domicilio de en frente, a la vereda de la casa de M., donde tomaron una jarra de vino compartida entre todos. Aclaró que solo tomaron esa bebida alcohólica, que ninguno estaba inconsciente, ni totalmente ebrio. Agregó que entre F. E. G. y A. C. hubo besos y bailaron juntos, y luego se retiraron del grupo hacia el jardín delantero, F. E. G. alzó a "C." (A. C.) en sus brazos y comenzó a alejarse. Entonces junto con L. M. P. le dijeron a A. C. que no se vaya, pero la joven hizo caso omiso. Seguidamente, F. E. G. se alejó con A. C., dirigiéndose a la vuelta de donde se hallaban, reiterando que todos le gritaron que no se la llevara, pero de todos modos lo hizo, como un juego. Luego de veinte minutos aproximadamente, como no volvían, fueron con otros tres chicos a buscarlos, y como los vieron besándose, ambos parados, sin notar nada extraño, regresaron con el resto. A la media hora A. C. retornó sola, seria, y dijo que se iba, acompañándola L. M. P. Inmediatamente después de eso, volvió F. E. G., muy callado. Que, atento que las cuadras son cortas, pudo escuchar como A. C., cuando se encontraba en la esquina, empezó a llorar y a gritar que F. E. G. le había hecho algo, no paraba de llorar y gritaba mucho, estaba muy nerviosa, y cuando le preguntaron que le habían hecho, no especificaba y sólo les respondió "Algo me hizo, algo me hizo". En ese momento, llegó M. J. C., hermano de A. C. y al preguntar por F. E. G. el declarante lo llevó hasta la vereda donde se habían reunido, pero el denunciado ya se había retirado. Luego, con M. J. C. lo vieron corriendo en los techos, como escondiéndose.

En similares términos M. A. M., (fs. 68) manifestó que en la fecha precisada se reunió con un grupo de amigos (C. C., M. E. L., L. alias "T." A., U. L., B. P. alias "Q.", F. M. alias "T.", un tal "T." y F. E. G.) primero en la vereda de C. C. y luego frente a su domicilio sito en Manzana, Lote de Barrio. Aproximadamente a las 22 hs. llegaron L. M. P. y A. C., quien se sentó en la misma silla que F. E. G. y les compartieron el vino que estaban tomando. En un momento L. M. P. y A. C. pasaron al baño. Adentro de la casa estaba su novia M. R. V. y dos amigas, C. E. L. y T. N. Luego regresaron, y A. C. y F. E. G. empezaron a besarse y abrazarse. A las 2:00 horas aproximadamente, A. C. y F. E. G. se fueron caminando hacia la esquina de su casa y doblaron. Luego de 40 minutos o una hora volvieron, F. E. G. se unió al grupo y A. C. le dijo a L. M. P. que se quería ir. Minutos después, escucharon gritos en la esquina y fueron a ver que sucedía, A. C. lloraba mientras decía que no sabía que le había hecho "F. E. G.". Estaba también el hermano de A. C. y otros chicos, por lo que el declarante regresó, y advirtió que F. E. G. se había ido. Precisó que vio a A. C. tomar alcohol y que estaba "media tomada como borracha" cuando se fue con F. E. G.

La falta de consentimiento de la víctima y la sindicación del imputado también fue corroborada por L. V. C., (fs. 69) quien expresó que se reunieron en la casa de su prima E. R. M., L. M. P. y A. C. se fueron y le avisaron que estaban en la casa de un chico de nombre M., a una cuadra de distancia. La dicente fue y observó a A. C. besándose con F. E. G., conocido del barrio, por lo que saludó y luego regresó al domicilio de su prima. Pasados unos minutos, escuchó unos gritos que provenían de la calle, que decían "yo no quería, yo no quería", salió con su prima y hermana y fueron hasta la esquina, donde vieron a A. C. tirada en el piso acompañada de L. M. P., llorando mientras repetía "yo no quería". Le preguntaron que le había sucedido, pero ella no quiso decir nada, tenía sangre en el pantalón en la zona de la entrepierna. En ese momento llegó el hermano de A. C. con unos amigos y ellas regresaron al domicilio.

En forma coincidente E. R. M., en entrevista de contención primaria agregó que escuchó gritos en la calle, salió y vio que en la esquina había mucha gente y A. C. estaba tirada en el piso llorando mientras gritaba "me duele, me duele, no sé qué me hizo el F. E. G." (fs. 91).

Posteriormente la secuela de lo acaecido también es confirmada por los dichos del hermano de la damnificada M. J. C., quien explicó que el 08/06/2020, aproximadamente a la hora 1:00, estaba dando vueltas por su barrio (...) en auto con sus amigos N. V. y D. C., cuando éste le dijo: "Mira, ahí está la A. C. llorando" señalando a su hermana, que estaba sentada sobre el cordón de la vereda en compañía de una amiga (L. M. P.). A. C. estaba muy angustiada, lloraba mucho, parecía que estaba drogada porque decía cosas que no se entendían, manifestaba que "No sabían qué le habían hecho, que le habían bajado los pantalones", entonces le preguntó quién le había hecho eso, ante lo cual le respondió "F. E. G.", refiriéndose a un vecino de la zona, que reside aproximadamente a cuatro cuadras de su casa, de 16 o 17 años de edad, a quien conoce del barrio. Luego subieron al auto y se dirigieron hacia donde estuvieron reunidas antes, donde observó un grupo de cinco chicos del barrio, identificando a M. E. L. y un tal M., a quienes preguntó por F. E. G., a lo que le informaron que ya no estaba. Por eso, comenzaron a dar vueltas en el auto buscándolo, hasta que el declarante vio a F. E. G. corriendo arriba de los techos "como escapándose", por lo que decidió llevar a su hermana a su domicilio para que se calmara. Recién al arribar advirtió que el jean que A. C. llevaba puesto presentaba manchas de sangre en la zona de sus genitales y de pasto en la parte trasera. Entonces,

le contó a su madre lo que había sucedido, pero A. C. seguía muy nerviosa por lo que no lograba aportar detalles y únicamente repetía que F. E. G. le había hecho algo, mientras que L. M. P. decía que no sabía qué le había pasado, que sólo habían tomado vino previo a lo ocurrido (fs. 24/25).

Los nombrados V. y C. declararon de manera coincidente indicando que A. C. lloraba mucho, gritaba "algo me hizo, algo me hizo", "algo me hizo F. E. G.", "no sé qué me hizo, yo no me acuerdo, yo no quería pero no me soltaba" y estaba acompañada de una amiga de nombre L. M. P., que manifestó no saber qué había ocurrido y les indicó donde se encontraría F. E. G. Luego, los tres junto a A. C. subieron al vehículo y fueron al lugar indicado, donde al preguntar por F. E. G. les dijeron que se había ido corriendo, por lo que llevaron a A. C. a su casa. C. agregó que pudo observar que A. C. tenía el pantalón manchado entre las piernas (fs. 72, 74).

Finalmente, la progenitora de la víctima, P. O. C., a fs. 4/5, expresó que el 07/06/2020, alrededor de las 21:00 hs., su hija le pidió permiso para reunirse en el domicilio de su amiga E. R. M. Aproximadamente las 2:00 hs. del día 08/06, como A. C. aún no había regresado, le envió un mensaje a través de la red social Facebook: "A. C. vení, mirá la hora", y luego otro mensaje: "A. C.", sin recibir respuesta. A los pocos minutos, arribó a su hogar su hijo M. J. C. junto con un grupo de amigos, y escuchó que gritaban "la A. C., la A. C.", por lo que salió a la vía pública y vio a A. C., que estaba con un ataque de nervios, se tiró a la vereda y lloraba diciendo "el F. E. G., el F. E. G., yo sé que me hizo algo". El jean que llevaba puesto (color verde), estaba manchado con sangre en la parte de los genitales, así como también en la zona trasera de la prenda. Además, le sintió halitosis alcohólica, su hija no es de tomar por lo que nunca la había visto así y en el dorso de su mano derecha presentaba un pequeño rasguño que no tenía con anterioridad. A. C. le relató que en un momento, F. E. G. y otros chicos la llevaron sola a un lugar "donde había pasto" cree que a la canchita de futbol, ubicada entre calle de barrio de esta ciudad. Allí F. E. G. le desprendió su pantalón, y no dijo más nada, le costaba hablar del tema. Pero relató que después de estar en "la canchita" apareció a dos cuadras aproximadamente de allí, en compañía de su amiga L. M. P., momento en el cual la encontró su hermano M. J. C. con un amigo y la llevaron a su casa. Respecto de F. E. G., le dijo que se trata de un vecino del barrio, de 16 o 17 años de edad. A. C. no pudo precisar si fue accedida carnalmente vía vaginal o anal, ni mucho menos si el agresor utilizó preservativo, sólo repetía "Me hicieron algo". Por ello, avisó a la policía, conforme surge del informe del centro de comunicaciones del 08/06/2020 a las 02:15:54 a.m. (fs. 66/67).

Asimismo, la Agente J. B. M., comisionada al efecto entrevistó a la Sra. P. O. C. y a A. C., quienes le relataron lo sucedido en iguales términos a los expuestos. La declarante precisó en su deposición que a pesar de no sentirle halitosis alcohólica, a simple vista pudo observar que la menor se encontraba mareada.

Acreditadas las circunstancias inmediatamente concomitantes al hecho, anteriores y posteriores y la intervención de F. E. G. en las mismas, lo relatado por A. C., en cuanto a la forma concreta en que se habría desarrollado el abuso sexual, también ha sido acreditado por prueba objetiva de la que surge el estado de embriaguez de la víctima, las lesiones a nivel genital que presentó compatibles con un abuso sexual con acceso carnal y otras lesiones físicas que comprueban el despliegue de violencia por parte del imputado. Así, del Informe Técnico Médico-Ginecológico N° 3210920, practicado el 08/06/2020, surge que la víctima viste la misma prenda que usaba cuando ocurrió el hecho, que presenta manchas aparentes de sangre. El examen físico general arroja equimosis lineales en número de 3, la mayor de 10 mm aproximadamente, en dorso de mano derecha, de naturaleza traumática y reciente, con elemento productor contundente, de gravedad leve que demanda tres días de curación e inhabilitación para el trabajo. Repárese que ello constata lo que relata A. C. en cuanto a que F. E. G. la tomaba de las muñecas para sujetarla.

En cuanto el examen ginecológico y anal, la damnificada presentó desgarro de himen en horas 4, 8 y 10, completo y reciente. Se observa equimosis en hora 4 a 6 y de hora 8 a 10 de himen, desde la base a borde distal del mismo. Ello corrobora sin dudas el acceso carnal.

En función de ello, se secuestra pantalón color verde con manchas de sangre y bombacha blanca con manchas de sangre (fs. 8/10). Al respecto, el Informe Químico N° 19.897 (del 08/06/2020) detectó la presencia de sangre humana en dichas prendas y en los hisopados vaginales, y la presencia de antígeno prostático específico, componente del plasma seminal, pero no exclusivo de este fluido biológico, en los cortes realizados en la bombacha y el pantalón descriptos. No se detectó la presencia de semen en los hisopados vaginales analizados. Lo concluido motivó que se ordenara una pericia de ADN (ver fs. 157) la cual se encuentra en curso.

En cuanto al consumo de alcohol por parte de la víctima, el Informe Químico N° 19.898, estableció la presencia de 0.95 g/l (95 mg%) de etanol en la muestra de sangre de la víctima y también detectó la presencia de etanol en la muestra de orina (172/173), por lo cual se requirió análisis retrospectivo de alcohol en sangre.

Así el Informe Técnico Químico N° 22.830 de fecha 06/07/2020, establece que con base en el resultado obtenido de alcohol en sangre se puede realizar un análisis retrospectivo que consiste en un cálculo matemático teórico considerando como tiempo transcurrido entre el momento del hecho y la toma de la muestra 2,5 horas. Teniendo en cuenta que el rango de metabolización promedio de alcohol en sangre varía entre 0,10 y 0,20 g/l por hora, tomando un valor promedio de 0,15 g/l por hora, concluye que en ese tiempo transcurrido se habrían metabolizado 0,37 g/l de alcohol en sangre. Este resultado debe ser sumado al obtenido al momento de recolectar la muestra, lo que arroja un valor final promedio teórico de 1,30 g/l de etanol en sangre de A. C. al momento del hecho.

Seguidamente se anexa información toxicológica de los efectos producidos según la graduación de alcohol en sangre en la escala que va de 1,10 a 1,59 g/l, destacándose que los reflejos son considerablemente más lentos, deterioro del equilibrio y del movimiento, deterioro de algunas funciones visuales, articulación confusa de las palabras y notable grado de indiferencia frente a los resultados de las propias acciones.

Tales conclusiones a su vez son contestes con la descripción que hacen los testigos del estado de A. C., a saber: la Agente J. M. expresó que a simple vista la menor se observaba mareada (fs. 2); la progenitora P. O. C. dijo que estaba con un ataque de nervios, se tiró a la vereda y lloraba diciendo el F. E. G., el F. E. G., yo sé que me hizo algo, le sintió halitosis alcohólica, nunca la había visto así, estaba borracha" (fs. 5); L. M. P. expuso que A. C. empezó a tomar, le dijo que se sentía mareada, estaba como descontrolada, cuando regresó al lugar de reunión dijo que se sentía mal y se quería ir, y que cuando la agarraron, se "les fue" para atrás, lloraba y gritaba (fs. 23/24); M. J. C. dijo que su hermana estaba muy angustiada, lloraba mucho, parecía que estaba drogada porque decía cosas que no se entendían (fs. 24), M. E. L. declaró que A. C. no paraba de llorar y gritaba mucho, estaba muy nerviosa, hablaba pero gritaba (fs. 38); M. A. R. dijo A. C. estaba llorando, decía que no sabía que le había hecho F. E. G., estaba medio tomada, como borracha al momento de retirarse del lugar con F. E. G. (fs. 65); L. V. C. manifestó que escuchó unos gritos que provenían de la calle, que decían "yo no quería, yo no quería", fueron hasta la esquina y vieron que A. C. estaba tirada en el piso, llorando y dijo dos o tres veces "yo no quería" (fs. 69); N. A. V. dijo A. C. estaba llorando mucho, sentada en la esquina, gritaba "algo me hizo F. E. G." (fs. 72); D. A. C. dijo que A. C. estaba llorando, repetía a los gritos "F. E. G. me hizo algo", decía "no sé qué me hizo, yo no me acuerdo, yo no quería pero no me soltaba", todo en un llanto desconsolado (fs. 74); E. R. M. dijo que A. C. estaba tirada en el piso llorando y decía "me duele, me duele, no sé qué me hizo el F. E. G." (fs. 91).

La relevancia de lo señalado radica en que nos permite afirmar, por un lado, que la capacidad de A. C. para prestar un consentimiento válido no existía y, por otro, que su estado de intoxicación era evidente. Por ende F. E. G. también sabía que A. C. no podía consentir, de allí que la haya llevado en alzas en un primer momento, e incluso menospreció la expresión de negativa de A. C. para mantener relaciones sexuales, lo cual se evidencia en los signos de violencia detectados en el cuerpo de la víctima (repárese que estamos hablando de una persona de 50 kg. y 1.57 de estatura contra otra de 1.64 y 65 kg. —ver informes de fs. 8/10 e informe médico 3213282 del imputado incorporado al srio. digital que refiere ausencia de signos de violencia física externa—), por lo que resulta evidente que aún cuando la víctima intentó resistirse, el imputado pudo vencer fácilmente dicha resistencia.

A su vez, dan fuerza a la plataforma fáctica fijada las labores del personal comisionado en la investigación que dan veracidad a los dichos de la víctima respecto a las circunstancias de lugar donde acaeció el hecho. Así, la Oficial Ayudante B. E. F., relató que junto a la víctima y su progenitora realizaron un recorrido a los fines de determinar el lugar del hecho, hasta llegar a un descampado sin ninguna medida de seguridad, y de acceso al público, ubicado sobre calle, entre ... y, manzana de Barrio ... El terreno es de 50 metros aproximadamente de largo y ancho, sin perímetro, sin árboles, y con pastizales de 30 centímetros de alto. En el extremo derecho, presenta una pared medianera de ladrillo block, sin pintar ni revocar de dos metros de alto. Refiere que, por los dichos de la víctima, el hecho acaeció, sobre el pasto, a una distancia de no más de un metro de dicha pared, y un metro y medio aproximadamente de la vereda de la calle pública. En el lugar no había restos de botellas de bebidas alcohólicas, ni rastros biológicos, tampoco preservativos o envoltorios. En cuanto al sitio donde se desarrolló la reunión momentos anterior al hecho, A. C. dijo que era una casa ubicada a dos o tres manzanas de distancia e indicó también el domicilio del denunciado F. E. G., sito en manzana lote en la intersección de calle., esquina con sin nombre de barrio... (material tradicional, revocada y pintada de color claro, con numeración visible, orientada al punto cardinal sur, presenta una puerta de chapa color gris, y dos ventanas de doble hoja de chapa color gris). Se adjuntó la correspondiente Acta de Inspección Ocular, en la cual se describe el lugar como ya se señaló y Croquis ilustrativo, en el cual se graficó el descampado, el domicilio, y el domicilio del denunciado, lo cual permite estimar que entre el lugar donde presuntamente se cometió el hecho (descampado) y el domicilio donde se llevó

a cabo la reunión previa (...) hay una distancia de una manzana, ya que el primero se ubica en la manzana y el segundo en la manzana. A su vez, se refleja la cercanía espacial del domicilio del imputado, ubicado en la manzana del mismo barrio, aproximadamente a dos cuadras de distancia.

En una segunda declaración, la comisionada especificó que se constituyó en el domicilio sito en calle esquina s/ N, (Manzana Lote), de Barrio ..., lugar en el que se llevó a cabo la reunión, observando que desde la vereda hasta el descampado hay una distancia de 150 metros aproximadamente, ya que se debe transitar hacia la izquierda 50 metros aproximadamente, hasta llegar a la intersección con calle, y allí doblar hacia la izquierda, y transitar 100 metros más, lo cual fue graficado en el respectivo Croquis (fs. 80/81).

Finalmente, indicó que se constituyó en inmediaciones del domicilio de la víctima y entrevistó a varios vecinos, que no quisieron identificarse, quienes, en relación a F. E. G., manifestaron que se marchó de la vivienda de su madre, y actualmente reside con su papá en Barrio ... A su vez, dichos vecinos manifestaron no tener un buen concepto del denunciado y su familia, ya que ninguno estudia ni trabaja, además tienen "mala junta" y siempre lo ven drogado (fs. 30).

La Sargento C. M. B., se constituyó en el domicilio sito en Manzana... lote ... en la intersección de calle ... esquina calle ... de Barrio ... de esta ciudad de Córdoba a los fines de diligenciar orden judicial de allanamiento N° 3264827-1 para la detención de F. E. G. y secuestro de elementos relacionados a la causa, que arrojó resultado negativo, acompañando las correspondientes actas de allanamiento e inspección ocular del domicilio y croquis ilustrativo, que respaldan su declaración (fs. 43/46). Asimismo, obra el testimonio del Sargento Ayudante C. D. A., quien declaró que el día 12/06/2020 a las 22:25 horas, cuando prestaba servicios en el Polo de la Mujer se presentaron espontáneamente M. C., junto a su hijo F. E. G., motivo del allanamiento realizado, por el cual tomaron conocimiento de la orden de detención. Seguidamente, notificó al nombrado de sus derechos y garantías y procedió a su detención (ver fs. 47, 48, 50).

Por su parte, el Sargento S. S. S. declaró que procedió a diligenciar orden de allanamiento N° 3264827-PG1, en el domicilio sito en Manzana ... Lote ..., de la intersección de calles y calle s/ n, de barrio ..., de esta ciudad (domicilio de la progenitora del imputado), procedimiento que arrojó resultado positivo en cuanto al secuestro de una campera de color celeste combinada con gris y negro, de algodón, con un estampado en cuerina marrón en su bolsillo derecho, con la leyenda "..." Original (ver fs. 204/208). Repárese que dicha prenda de vestir secuestrada coincide con la vestimenta que señaló la víctima usaba F. E. G. en el momento del hecho.

Finalmente, se cuenta con la Planilla Prontuarial de F. E. G. y juego de fichas dactilares, de la cual surge que no registra antecedentes penales (fs. 99), y Partidas de Nacimiento tanto de F. E. G. (fs. 242) como de A. C., que permiten tener acreditados fehacientemente identidad, edad y datos filiatorios de los nombrados.

De todo lo hasta aquí expuesto, es posible afirmar que se encuentra acreditado, con el grado de probabilidad requerido en esta etapa del proceso penal, tanto la existencia histórica del hecho intimado, como la participación en el mismo de F. E. G.

A modo de síntesis, de lo hasta aquí valorado podemos afirmar que el relato de la víctima A. C. muestra coherencia interna y credibilidad, en tanto las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que relató el hecho y la participación del imputado. Sus expresiones a lo largo de la investigación fueron reproducidas sin contradicciones ni fisuras, en Cámara Gessell y en la primera entrevista de contención y a los testigos ya referenciados (su progenitora, a la agente policial que intervino en primer momento, a su hermano, a los amigos de éste y a su amiga L. M. P., a lo que suman los dichos de los presentes en el lugar ya detallados). Así, desde los inicios de la investigación A. C. señaló a "F. E. G." (identificado como F. E. G.) como el único autor del presente hecho.

Da fuerza a los dichos de la víctima la pericia psicológica practicada por la Lic. de Leeuw, la cual especifica que A. C. presenta un nivel intelectual acorde a los parámetros esperables para la edad y no se advierten elementos en relación a la capacidad para engañar o para ser engañada, así como tampoco implementación de mecanismos de fabulación o confabulación en relación a lo que se pretende investigar. En cuanto a los indicadores de victimización sexual, mantiene un relato espontáneo asociado al presunto hecho de índole sexual de autos, y consigue explicar los momentos previos y posteriores al hecho, con dificultades en torno a la modalidad del hecho. Ello permitiría sostener la credibilidad del mismo. A nivel conductual habría experimentado alteración en su alimentación (inapetencia), dificultad para dormir (pesadillas), aislamiento social e hipervigilancia (estado de alerta). En particular, A. C. expresó: "escuchó voces, se corta la luz y veo a una imagen como si fuera una persona con un buzo gris". A nivel emocional se evidencia angustia, temor y sentimientos de vergüenza. La joven manifestó sentir miedo de encontrarse con el presunto autor del hecho y a las represalias que éste podría tomar, así como sentimientos de culpa de haber asistido a esa reunión sin el permiso de su pa-

dre y de las consecuencias de la denuncia en el estado anímico de su madre. Cómo otro indicador se advierte la utilización del mecanismo de la disociación que implica que ciertos pensamientos sentimientos y experiencias no sean integrados a la conciencia lo cual permite hacer frente a situaciones traumáticas. Todo lo analizado evidencia en A. C. labilidad yoica, indefensión, necesidad de sostén y autopercepción vulnerable. Se concluye que del examen realizado se desprenden sumatoria de indicadores que resultarían compatibles con posibles vivencias traumáticas de índole sexual, con sugerencia de inicio de espacio terapéutico para contar con apoyo y contención profesional (fs. 244/246).

Asimismo, el relato de la víctima ha sido corroborado externamente por las evidencias objetivas incorporadas, como resulta de los informes médico ginecológicos y químicos que evidencias las lesiones producidas consecuencia de la violencia y el estado de embriaguez en que se encontraba la víctima a lo que se suma la superioridad física y de edad del agresor, próximo a adquirir la mayoría de edad, todo lo cual permite afirmar que el abuso sexual practicado mediante acceso carnal vía vaginal fue efectivamente cometido por el imputado F. E. G.

Como corolario, cabe traer a colación lo señalado por la jurisprudencia respecto a la prueba en esta clase de hecho, en el sentido que es frecuente que los elementos de juicio que corroboran el relato de la víctima de delitos contra la integridad sexual estén constituidos, en su mayoría, por prueba indirecta. Empero, ello no resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria, en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos y, a su vez, que sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria. Asimismo, se indica que bajo el prisma de la Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU), cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione un testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia (TSJ, Sala Penal, Sent. N° 63, 20/03/2018, "Benignano, Oscar p.s.a. abuso sexual agravado —reiterado— y promoción a la corrupción de menores agravado —reiterado— Recurso de Casación").

VIII. b) Conforme lo analizado, la calificación legal en que corresponde encuadrar la conducta de F. E. G. es la de Abuso sexual con acceso carnal en calidad de autor conforme los arts. 119, párrafos 1° y 3° y 45 del CP. Ello por cuanto el imputado atentó contra la reserva sexual de A. C. contra su voluntad, accediéndola carnalmente vía vaginal.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Cimero ha establecido que lo que requiere la norma citada es que haya penetración sexual, vale decir, introducción, aún imperfecta y por cualquier vía, del órgano genital masculino, en el cuerpo de otra persona (*in re* "Vargas, M. Ángel p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado —Recurso de Casación—"S. 431 del 26/12/2013).

Del análisis de la figura aludida, en primer lugar, diremos que se encuentra comprendida dentro del título III, del libro Segundo del CP: "Delitos contra la Integridad Sexual". La doctrina ha entendido que, en estos delitos, "el bien jurídico protegido es la libertad sexual en su doble vertiente positivo - dinámica, esto es, la capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. En la vertiente negativa, es la posibilidad de negarse a ejecutar él mismo o a tolerar la realización por otros de actos de naturaleza sexual que no desee soportar. En cuanto a los menores de 13 años, o personas privadas de sentido o abusando de un trastorno mental, el bien jurídico es la intangibilidad o indemnidad sexual de la persona. En este punto hay interés del Derecho de evitar que terceras personas, ajenas a la vida del menor, tengan injerencia en su personalidad a través de su sexualidad" (Donna Edgardo, "Delitos contra la integridad sexual", 2ª edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005 p. 14).

En cuanto a la figura del abuso sexual en la que encuadra el hecho de autos debemos destacar que se trata de un abuso o agresión sexual contra una persona, cualquiera sea su edad, pero con tal que medie violencia, intimidación, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente el acto, y el particular supuesto contemplado en el inciso 3° —con acceso carnal—, el núcleo típico de la figura lo constituye la introducción del órgano sexual masculino en orificio o conducto natural o naturalizado de otra persona por vía normal o anormal, de modo de hacer posible el coito o acto equivalente sin que sea necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, es decir, que se produzca la eyaculación (inmissio seminis) ni que la penetración sea completa (inmissio penis). De este modo, la doctrina llegar a un absoluto acuerdo por lo menos acerca de que "tener acceso carnal" significa introducción, aunque imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima (Fígari, 2018).

VIII. c) Respecto al segundo requisito de la medida cautelar, es decir la peligrosidad procesal, corresponde destacar, en primer lugar, la gravedad del hecho y sus consecuencias penales, que concurren a reputar la privación cautelar de libertad como absolutamente indispensable para asegurar la investigación y la actuación del régimen legal aplicable. Particularmente, se le imputa a F. E. G., en calidad de autor, el delito tipificado penalmente como Abuso sexual con acceso carnal art. 119, párrafos 1° y 3° del CP Tal imputación satisface, con creces, el requisito del art. 100 inc. a) de la Ley 9944, pues se trata de un ilícito de inusitada gravedad reprimido con pena privativa de libertad cuyo mínimo no es inferior a tres años, lo que hace procedente la imposición de la medida cautelar que autoriza dicha previsión legal.

Reconocida jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia estableció en el precedente "Loyo Fraire", que "la gravedad del delito no basta para justificar la prisión preventiva (esto es, para demostrar en concreto el peligro que la libertad del imputado significa para los fines del proceso: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley). Pero esa insuficiencia no significa que de ninguna manera pueda tomarse en consideración aquella circunstancia en la valoración de los indicios y contra indicios de peligrosidad en concreto. Se trata, como se dijo en el precedente citado, del "primer eslabón de análisis" que debe ir necesariamente acompañado de indicios concretos de peligrosidad procesal. De manera tal que ante un delito de suma gravedad bastará un respaldo indiciario mínimo para acreditar el riesgo procesal, mientras que uno de escasa gravedad exigirá un respaldo indiciario fuerte." (cf. TSJ Sala Penal. "Arce", S. n° 285, 13/08/2014; "Palacios", S. n° 322, 04/09/2014; "Lescano", S. n° 392, 10/10/2014; "Fassano", S. n° 407, 22/10/2014; "Chacón", S. n° 413, 28/10/2014).

Así, como indicios concretos de peligrosidad procesal, el suscripto tiene en cuenta los siguientes:

a) La modalidad de los hechos, dado que F. E. G. se habría aprovechado de la situación de que, al momento del hecho, la víctima A. C., a más de ser menor de edad, se encontraba bajo los efectos del alcohol, por lo cual no podía ejercer pleno uso de sus facultades. Ello ha quedado evidenciado en el Informe Químico de determinación de Etanol N° 19.898, así como en el Informe retrospectivo de alcohol en sangre que arrojó como resultado que el valor promedio teórico de alcohol en sangre de A. C. en el horario en el cual habría sucedido el hecho fue de 1.30 g/l. De la información toxicológica de los efectos producidos según la graduación de alcohol en sangre aportada por la Sección Química Legal en dicho informe, se desprende que con la graduación antes estimada la víctima presenta reflejos considerablemente más lentos, deterioro del equilibrio y del movimiento, deterioro de algunas funciones visuales, articulación confusa de las palabras y notable grado de indiferencia frente a los resultados de las propias acciones. Ello se ve claramente graficado en los dichos de la damnificada, que en todas las oportunidades en las cuales relató el hecho manifestó que se encontraba mareada, que no recordaba bien lo acontecido, así como no poder controlar su cuerpo, incluso al punto en el cual cayó al piso y no podía levantarse. En particular, en el informe confeccionado por el Equipo Técnico de Intervención en Victimas de la entrevista en Cámara Gesell consta que A. C. habría referido de manera verbal y reiterada al denunciado su rechazo ante la situación sexual, manifestándole a la profesional: "me quería ir, me agarraba de las manos, me hurgaba los bolsillos...". Del mismo modo, al prestar declaración testimonial M. J. C., dijo en relación a su hermana A. C.: "se hallaba muy angustiada, lloraba mucho, parecía que estaba drogada porque decía cosas que no se entendían, para mí no era de borracha...No sabían qué le habían hecho, que le habían bajado los pantalones, entonces le preguntó quién le había hecho eso, ante lo cual le respondió "F. E. G.", refiriéndose con dicho nombre a un vecino de la zona, que reside aproximadamente a cuatro cuadras de su casa, de 16 o 17 años de edad", y D. A. C., que se encontraba junto a M. J. C. cuando encontraron a A. C. luego del hecho, agregó que la joven decía: "F. E. G. me hizo algo, F. E. G. me hizo algo", frase que repetía a los gritos, también decía: "no sé qué me hizo, yo no me acuerdo, yo no quería pero no me soltaba", en un llanto desconsolado, que luego se puso de pie y allí el dicente pudo observar que tenía el pantalón manchado entre las piernas". Esto evidencia la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima, aprovechada por el imputado, que la alejó del lugar que compartían con otros jóvenes y la condujo hacia un terreno apartado y en soledad. Una vez allí, hizo valer su superioridad física sobre la víctima, desoyendo las reiteradas oportunidades en las que esta intentó frenar su accionar, tanto resistiéndose físicamente como negándose verbalmente, pese a sus escasa posibilidades de éxito en la defensa.

b) Relación con el enclave geográfico del hecho y los testigos: No puede dejar de considerarse la situación de que los domicilios de la víctima del hecho y del imputado F. E. G. se encuentran en marcada cercanía, con cuatro o cinco cuadras de distancia, dentro del mismo contexto barrial, lo cual ha quedado suficientemente comprobado de las declaraciones y prueba instrumental ya valorada. Sumado a ello, debe tenerse en cuenta la influencia que podría ocasionar en los demás testigos que prestaron declaración durante la investigación, domiciliados en el mismo barrio y también con cercanía etaria, lo cual los torna propensos a compartir espacios y grupos de pares. Se destaca en este punto que L. M. P., C. E. L., T. N. R.,

M. R. V., M. J. C., M. E. L., M. A. R., L. V. C., N. A. V. y D. A. C., quienes prestaron declaración en relación al hecho de autos, todos se domicilian en barrio de esta ciudad, donde también lo hace el encausado y su grupo familiar. Se advierte claramente de lo narrado que la libertad de F. E. G. podría facilitar el contacto y la injerencia con los testigos a quienes se intenta preservar para el juicio, más aun tomando en consideración que intentó hacerlo, así L. M. P. en la entrevista mantenida con el Equipo de Psicología del Polo de la Mujer, dos días después del hecho (el 10/06/2020), expresamente indicó que el denunciado tuvo contacto con ella con posterioridad al hecho, precisamente dijo "F. E. G. me habló el otro día y me dijo que no le había hecho nada, que ella fue, me dijo vos deci la verdad de cómo fue..." lo cual evidencia que F. E. G. efectivamente intentó, en al menos una oportunidad, influir sobre testigos para que declaren en forma falsa o reticente, cuando todavía la investigación es reciente y restan diligencias probatorias por realizar (TSJ, "Valdez", S. n° 182, 21/05/2015), actitud que se puede repetir en el futuro en caso de retornar a su contexto barrial.

A la luz de la nueva redacción del art. 281 del Cód. Proc. Penal, según art. 1 de la Ley 1201 (BO 09/04/2014), cuya función no es incorporar nuevas causales para el dictado de la prisión preventiva sino aclarar sus propias disposiciones ya establecidas, el estado de libertad del imputado puede infundir en las víctimas y en los testigos, una considerable sensación de temor durante el proceso. Es así que esta relación de proximidad y conocimiento previo de quien resultó víctima, y el despliegue de violencia sin inhibiciones, indican suficientemente el peligro de infundir temor tanto en la víctima como en sus allegados y testigos declarantes, con el consiguiente riesgo de influir en la investigación, o incluso, más aún, en la propia tramitación y etapa del plenario. No puede soslayarse que uno de los objetivos de las medidas coercitivas, más allá de lograr la investigación, apunta a la realización del juicio, como fin primigenio del proceso penal. Entendemos la peligrosidad procesal concreto como "el riesgo que la libertad del imputado puede entrañar para los fines del proceso seguido en su contra, esto es, su posible afectación de los objetivos de descubrimiento de la verdad real —interponiendo obstáculos para su logro—, y de actuación de la ley penal sustantiva, impidiendo el normal desarrollo del juicio o el cumplimiento de la pena eventualmente impuesta, al sustraerse de la autoridad". (TSJ, Sent. N° 114, 18/10/2005, "Navarrete, Marcos A."). Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia *in re* "Núñez" (Sent. N° 84 del 13/04/2010), afirmó "(...) Que la instrucción se encuentre concluida —por haberse ya dispuesto la elevación de la causa a juicio— no implica que quede aventado todo riesgo a los fines del proceso, puesto que aún subsiste la etapa de mérito, que también necesita ser asegurada frente al encartado que muestra signos de no sujeción al mismo (...) En numerosas oportunidades, hemos sostenido que "por peligro procesal debe entenderse el riesgo que la libertad del imputado pude entrañar para los fines del proceso seguido en su contra, esto es, su posible afectación de los objetivos de descubrimiento de la verdad —interponiendo obstáculos para su logro— y de actuación de la ley penal sustantiva, impidiendo el normal desarrollo del juicio o el cumplimiento de la pena eventualmente impuesta, al sustraerse de la autoridad" (...) La medida de coerción no sólo pretende tutelar la investigación penal preparatoria, sino además la fase posterior del juicio y, en caso de recaer condena, su ejecución. Por ello, no resulta impeditivo de la procedencia de la prisión preventiva el hecho de que la instrucción de la causa se encontrara agotada, puesto que aún resta asegurar el desenvolvimiento del debate y su eventual consecuencia punitiva...".

c) Personalidad del Imputado: en este punto debe tenerse en cuenta como primer indicio el tipo de delito del cual se trata, que por sus circunstancias y naturaleza, es grave y consiste en un menoscabo a la reserva sexual de la víctima, conforme fue explicado, que se produjo en contra de la voluntad expresa de A. C., valiéndose a tal fin de la superioridad física, de edad y aprovechándose del estado de ebriedad de la joven al momento en que se habría producido el acceso por vía vaginal. Ello da muestras de una personalidad violenta, inadecuada, agresiva y transgresora, que la Sra. Fiscal Penal Juvenil entiende, en opinión que comparto, se erige en indicios concretos de riesgo de fuga (TSJ "Arce", S. n° 285, 13/08/2014). A su vez, en la entrevista en Cámara Gesell realizada a la testigo L. M. P., jóvenes que integraban el grupo donde se encontraban la víctima y el imputado momento antes del hecho de autos, expresó que vio como F. E. G. alzaba a A. C., y que otra de las jóvenes que se encontraba en el domicilio le habría dicho: "anda a fijarte no la vaya a querer violar", refiriéndose a F. E. G. y a A. C., L. M. P. también indicó que escuchó cuando A. C. conversaba con F. E. G. y le decía: "no, no" (refiriéndose a que no quería ir). La personalidad del encausado también ha sido destacada en la declaración testimonial de la comisionada policial B. E. F., quien manifestó que, al realizar una encuesta vecinal, los vecinos entrevistados expresaron "no tener un buen concepto en relación a F. E. G., su madre y hermanos, ya que ninguno estudia ni trabaja, además tienen "mala junta", de modo tal que siempre lo ven drogado...".

A más de ello, se deben tener en cuenta informes técnicos institucionales confeccionados por las Lics. Ayala, Liascovitz y Passero, profesionales técnicas de la Se.N.A.F., en los cuales se destaca el manejo autónomo que lleva F. E. G., acompañado por dificultades de sus progenitores de posicionarse como referentes

normativos, particularmente se refiere que "...la progenitora expresa que tendría dificultades al momento de que el joven recepte sus pautas, ya que, si bien intenta establecer límites, este mantiene una postura autónoma en sus prácticas y decisiones.... reconoce que F. E. G. se caracterizaría por ser cerrado al momento de expresar sus emociones, y que en el último tiempo mantenía una postura reticente a las pautas establecidas, manteniendo un desempeño autónomo en sus prácticas y decisiones, exponiéndose a situaciones de riesgo". A ello se suma la escasa participación del joven en actividades productivas o educativas organizadas sistemáticamente, destacando que "si bien el joven cuenta con un título de peluquero, y con anterioridad realizaba dicha actividad, actualmente no se desempeñaría en el oficio.... se observa la escasa participación del joven en actividades educativas, laborales y/o de oficio, que puedan fortalecer sus habilidades, dejando entrever un posicionamiento laxo por parte de la Sra. M. E. C. en cuanto a la propuesta de límites y supervisión, y la escasa participación de su padre en los cuidados parentales". En el mismo sentido, se agrega que "se visualiza que el joven tendría un manejo autónomo de su cotidianidad, tomando decisiones y pasando gran parte de su tiempo libre en la vía pública con amigos y con escasa supervisión adulta, expuesto a contextos de riesgos para sí y para terceros". Todo ello deviene en que F. E. G. pase gran parte del día con sus amigos del barrio, algunos de los cuales están vinculados a prácticas delictivas. En adición, los informes dan cuenta de una problemática de consumo en el adolescente, que fue referido por la progenitora diciendo que su hijo "consume regularmente marihuana, y ella mantiene una postura crítica al respecto, identificando que en el vínculo con sus pares sería frecuente el compartir el uso de dichas sustancias", así como reconocida por F. E. G., pero con un posicionamiento de escasa reflexión y problematización sobre dichas prácticas. Cabe destacar que los mismos ejes problemáticos fueron advertidos por el profesional encargado de realizar la pericia interdisciplinaria practicada en autos, en cuyo informe destacó "...la figura de madre como el principal referente en relación a la puesta de límites en la conducta de los hijos; además de ser el sostén afectivo y de contención para F. E. G. y el resto de los hermanos. No obstante ello, se infiere cierto desconocimiento y falta de control respecto a las actividades que sostendría su hijo fuera del ámbito doméstico, lo que habría incluido el consumo de sustancias de parte del mismo.... es posible referir que si bien el mismo cuenta con una red familiar y de contención que podría reorientar aspectos conductuales a partir de señalamientos y acciones concretas, se logra inferir ciertos aspectos lábiles en cuanto a la puesta de límites", lo cual motiva la sugerencia realizada de la inclusión de la progenitora a espacios que le posibiliten trabajar en relación a su posicionamiento subjetivo en cuanto a su función parental, así como en un espacio psicoterapéutico, al observarse significativos indicadores de malestar subjetivo y angustia, y también la inserción de F. E. G. en el espacio terapéutico con el objetivo de problematizar sus conductas de consumo problemático de sustancias y abordar lo que se considere oportuno en cuanto a su inclusión en el proceso judicial y su posicionamiento subjetivo en relación al hecho de autos. Todo ello, permite señalar que, al momento del presente hecho, el adolescente no contaba con referentes adultos aptos para supervisar su cotidianeidad, tampoco recibió contención suficiente para el desarrollo de actividades educativas y/o de capacitación acorde a su edad en forma sistemática. En este orden de análisis, resulta aplicable lo expresado por el Tribunal Superior de Justicia en la sentencia N° 127 de fecha 17/10/2006, en autos "Ortiz Gubler, Gregorio y otro p.ss.aa. Homicidio —Recurso de Casación—", en la cual se tiene dicho: "debe considerarse que en función de la directriz predominantemente protectoria del proceso de menores, la gravedad del hecho cometido (tanto su gravedad en abstracto —captada en el art. 100 de la ley 9944—, como la gravedad concreta del mismo), debe entenderse como una cabal demostración de que los padres no habrían desempeñado adecuadamente su rol principal, concerniente a la educación y contención de ese niño, por lo cual resulta necesario que el Estado asuma el rol subsidiario que le compete ejercer en cuanto a estos aspectos, llevando a cabo un tratamiento tendiente a la superación de la grave inconducta probablemente cometida y —en definitiva— arribar de este modo a la meta deseada: la no punición del menor, aunque sea declarada su responsabilidad penal en el hecho".

d) No puede dejar de mencionarse, ni es un dato menor, que seguidamente a perpetrar el hecho, F. E. G., escapó por los techos. Como también que se fue a la casa del progenitor, a Barrio. Y si bien el imputado F. E. G. se presentó ante la Unidad Judicial el día 13/06/2020, lo hizo, no espontáneamente, sino luego de haberse efectuado un allanamiento en su domicilio para lograr su detención.

e) Por otro lado, es importante destacar en que en el caso de autos, como bien fue remarcado por la Sra. Fiscal Penal Juvenil, las circunstancias que fueron evaluadas como indicadores de riesgo procesal deben ser analizadas a la luz del marco normativo que conforman los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, los cuales tienen jerarquía constitucional. En este contexto, resulta extremamente importante lo prescripto por la Convención de Belém do Pará, aprobada por Ley 24.632 —que en su artículo 1° define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta—, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público

como en el privado, y en su artículo 3° consagra el derecho de toda mujer una vida libre de violencia. A su vez, este instrumento obliga a los Estados Partes a condenar todas las formas de violencia contra la mujer y adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicarla, destacándose en el supuesto particular que nos ocupa llevar a cabo la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer y establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; (art. 7 inc. "b" y "f"). Sumado a ello, contamos como marco normativo de relevancia con la Ley 26.485 —Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que se desarrollen relaciones interpersonales—, que entre sus objetivos menciona el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia, las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; (art. 2), y en su artículo 3 garantiza los derechos reconocidos en la convención a la que se ha hecho alusión, con especial mención a una vida sin violencia y sin discriminaciones, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, así como gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad. Además, en la ley se definen puntualmente los diferentes tipos de violencia, incluyéndose la violencia sexual como cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres (art. 5 inc. 3). Por último, su artículo 7 la ley conmina a los tres poderes del Estado a adoptar las medidas necesarias para garantizar los preceptos rectores, entre los cuales se encuentra la asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia.

Consecuentemente con todo lo hasta aquí analizado, considero en coincidencia con lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal que debe dictarse, en relación al encausado, la privación cautelar de libertad prevista en el art. 100 de la Ley 9944, por lo que el joven F. E. G. deberá permanecer alojado en establecimiento correccional dependiente de la Se.N.A.F., bajo un régimen de contención efectiva, donde reciba protección y asistencia integral, se garantice su abordaje educativo multidisciplinario, se les brinde asistencia en forma sistemática y continua y adecuada atención para su problemática personal y adictiva, conforme al art. 82 y 87 inc. e) y d), en función del art. 100 de la ley 9944, 3 y 37 apartado "b" y cc. de la Convención sobre los Derechos del Niño y orientación y apoyo al grupo familiar y/o presuntos guardadores —debiendo los profesionales intervinientes evaluar alternativas concretas para ello— los que deberán asistir en forma previa al Taller de orientación para padres.

Por todo lo expuesto y normas legales citadas, resuelvo: Ordenar la privación cautelar de libertad de F. E. G., ya filiado, p.s.a. abuso sexual con acceso carnal (art. 119, párrafos 1 y 3 del CP), por lo que deberá permanecer en un establecimiento del que no puedan externarse por su sola voluntad, dependiente de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, donde reciba protección y asistencia integral, se garantice su abordaje educativo multidisciplinario, se le brinde asistencia en forma sistemática y continua y adecuada atención para su problemática personal y adictiva (arts. 82 y 87 inc. e) y d), en función del 100 de la ley 9944; 3 y 37 apartado "b" y cc. de la Convención sobre los Derechos del Niño) y orientación y apoyo al grupo familiar y/o presuntos guardadores —debiendo los profesionales intervinientes evaluar alternativas concretas para ello— sugiriéndose al efecto que en forma previa asistan Taller de Orientación para Padres. Protocolícese, notifíquese y ofíciese. — *Mauricio V. Sanz.*

ASOCIACIÓN ILÍCITA

Intervenciones telefónicas. Libertad probatoria del proceso penal. Robo. Hallazgo de material genético. Facultad de los jueces del Tribunal Superior. Dictado de acordadas. Recusación. Rechazo.

1. — Se hallaban presente una serie de indicios que hacía necesario determinar si los sospechados actuaban organizadamente y, de ser así, el grado en que lo hacían. Esto se vincula directamente con el objeto de la medida que, ante la petición de la Fiscalía —ligada al pedido previo de la policía de investigación—, ordenaba proceder a la escucha de las comunicaciones en las cuales se detalle la planificación y ejecución de distintos hechos delictivos, como así también referencias a trabajos ya realizados. Asimismo, se individualizaron los números de teléfono sobre los cuales se llevaría adelante la intervención, el tiempo de vigencia y el personal policial responsable; a la vez que fueron

dictándose autos interlocutorios sucesivos conforme el transcurso del tiempo y las altas y bajas de las líneas telefónicas, según el avance de la investigación y los motivos que se señalaban para ello.

2. — No se ha puesto en duda que los teléfonos intervenidos eran los autorizados, por lo que los datos que se obtuvieran de cualquier intercambio que resultara de aquellos serían válidos, independientemente de la cuestión probatoria relativa a la fuerza de convicción que pudieran tener respecto de los indicios proporcionados del hecho investigado.

3. — La realización de una identificación biométrica de voz no era un requisito ineludible para la vinculación establecida, dada la libertad probatoria que rige en el proceso.

4. — La figura de la asociación ilícita no lesiona la Constitución Nacional, en cuanto es un acto preparatorio punible de los otros delitos a los cuales estaba destinada a cometer.

5. — No hay discusión sobre la materialidad establecida —robo calificado por tres coautores en una vivienda, mientras las víctimas se encontraban en su interior—, además de lo cual se determinó que quienes ingresaron violentamente y con fuerza en las cosas trajeron consigo guantes y precintos para atar a los ocupantes, todo ello en una bolsa que quedó olvidada, y que de tales guantes y de las manijas de dicha bolsa, posteriormente secuestrados, se obtuvo el perfil genético que —en consecuencia— vincula al imputado con el hecho más allá de toda duda razonable.

6. — Para los fines del principio de congruencia, la descripción inicial del hecho ya incluía la utilización de un cuchillo en el robo, lo que exime de mayores comentarios acerca de la subsunción jurídica seleccionada. Asimismo, esta no podría ser tildada de sorpresiva, dado que tal utilización es comúnmente calificada así en relación con el medio empleado.

7. — La recusación debe ser rechazada *in limine* puesto que el dictado de una acordada que requiere el análisis de admisibilidad de las impugnaciones es parte de la competencia administrativa de los magistrados y no de su actividad jurisdiccional. Asimismo, se trata de una medida aclaratoria genérica y no específica. No hay ningún motivo o actividad que genere una duda razonable sobre la imparcialidad de quienes deben intervenir en el control de las solicitudes jurisdiccionales en tratamiento.

8. — La determinación de la pena se encuentra fuera del control extraordinario del Superior Tribunal, en la medida en que responde a cuestiones valorativas propias de los jueces de la causa, y tiene como límite la observación de una grosera desproporción con la gravedad de los hechos o con la culpabilidad de los imputados, de modo tal que su magnitud lesione la racionalidad de la decisión jurisdiccional.

ST Río Negro, sala Penal, 29/09/2020. - F., J. E. y otros s/ asociación ilícita.

[Cita on line: AR/JUR/52976/2020]

Expediente MPF-CI-00433-2017

Viedma, septiembre 29 de 2020.

Antecedentes

Mediante sentencia del 26 de junio de 2019, el Tribunal del Foro de Jueces de la IVª Circunscripción Judicial (TJ de aquí en más) resolvió —en lo pertinente— no hacer lugar al planteo de nulidad de los alegatos de la acusación. Asimismo, sintéticamente —para los fines de la comprensión de esta resolución—, absolvió a determinados imputados por algunos ilícitos y condenó a otros, a algunos de ellos por integrar una asociación ilícita (art. 210 CP) y también por participar en diversos hechos de robo, a cuyo respecto aquella era preparatoria; asimismo, mantuvo la declaración de responsabilidad de S. A. G. D. y una orden de captura y detención, y por sentencia del 31 de julio de 2019 lo condenó como integrante de una asociación ilícita y como coautor de varios robos calificados.

En oposición a ello los distintos defensores dedujeron sus impugnaciones ordinarias ante el Tribunal de Impugnación (en adelante el TI); en lo que interesa, el 12 de diciembre de 2019 (Se. N° 264), este hizo lugar a la impugnación en favor de R. L. V., revocó la decisión tomada en su contra y lo absolvió del hecho por el que había sido acusado; hizo lugar parcialmente al recurso de la defensa de A. O. M., revocó lo relativo a su participación en el hecho N° 13 denominado "D. S." y dictó su absolución, a la vez que adecuó su pena a diecinueve años de prisión; hizo lugar también parcialmente al recurso de los defensores de P. A. M. en lo atinente a la sanción impuesta y la fijó veinte años de prisión; finalmente; rechazó las impugnaciones presentadas a favor de los imputados J. E. F., G. I. C., F. R. C., B. A. P. C., S. A. G. D., R. A. A., J. R. A., G. C. R., J. J. S. y J. N., confirmando a su respecto la sentencia de condena.

Contra lo así resuelto las defensas de los mencionados G. D., M. (en la porción que lo perjudicaba), F., A., S., R., P. C., N., C., C. y M. (este también en relación con los agravios desestimados) dedujeron sendas impugnaciones extraordinarias, algunas de ellas en razón de la voluntad recursiva expresada in forma pauperis por sus pupilos.

En atención a que el TI declaró inadmisibles todas las presentaciones, los letrados dedujeron las quejas en estudio ante este Superior Tribunal.

Considerando:

1. Agravios de las quejas

1.1. Los letrados Ricardo J. Mendaña y Ezequiel Espina, representantes de G. I. C., sostienen que este fue llevado a juicio por los hechos primero, quinto, sexto, séptimo, octavo, décimo y decimocuarto, y aclaran que no formulan agravios respecto del décimo.

Luego efectúan una reseña de los aspectos principales del juicio para facilitar la comprensión de sus planteos y de los fundamentos expuestos para resolverlos —tanto por el TJ como por el TI—, y destacan que no fueron debidamente respondidos los cuestionamientos esgrimidos en su impugnación extraordinaria sobre arbitrariedad de sentencia, los que individualizan del siguiente modo:

- En lo que hace a la violación de la garantía del juez natural, afirman que el "fondo de la cuestión" no fue analizado dado que se desestimó el punto por extemporáneo.

- Aducen también que lo ocurrido justifica su petición de exclusión de las escuchas valoradas como prueba de cargo, atento al art. 88 del código ritual.

- Respecto del primer hecho, alegan que la acreditación de contactos previos o ulteriores entre el señor C. y otras personas que fueron sindicadas como copartícipes es insuficiente para tener por demostrada la existencia de una asociación ilícita; en este punto incluyen la inexistencia de prueba científica que permitiera afirmar que las comunicaciones atribuidas le pertenecieran.

- Sobre los casos quinto, sexto, séptimo y octavo, explican que el material fílmico que se utilizó para demostrar la autoría de su pupilo no era apto para tal fin por su falta de claridad y nitidez, y que la sentencia del TI no controló de modo expreso la lógica del análisis a partir de la vestimenta o la existencia de tatuajes en la región de la piernas, por lo que consideran incumplido el precedente "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- Acerca del hecho décimo, afirman que el TI no se hizo cargo de su crítica al relato de la víctima, dado que lo consideró consistente sin evaluar que se trató de un reconocimiento tardío, en el marco de audiencias públicas sobre las que influían los medios de comunicación, lo que propicia la inducción y el error.

- Subsidiariamente invocan la arbitrariedad de la sentencia por la falta de motivación del monto de la pena impuesta.

Señalan que el TI desestimó la nulidad de las escuchas por considerar que se trataba de una reiteración de temas ya planteados y no se advertía arbitrariedad o ausencia de fundamentación en los términos del art. 200 de la Constitución de la Provincia, criterio idéntico al sostenido respecto del monto de la pena de prisión impuesta.

También reseñan otras consideraciones de la decisión de dicho organismo, vinculadas con la falta de petición de que se vieran nuevamente las filmaciones que dieron sustento a la identificación de su pupilo.

En lo que hace a la queja en tratamiento, los letrados aducen que el análisis de inadmisibilidad ha violado la garantía constitucional y convencional que reconoce a los imputados un derecho amplio de impugnación y revisión, en razón de que no podía extenderse a tópicos que hacen a la fundabilidad de los agravios. En este sentido, señalan que los argumentos dados "parecen una tardía justificación de la sentencia" y agregan que el ordenamiento de rito no contempla una instancia de control de admisibilidad formal.

A continuación sostienen que, pese a lo afirmado, la intervención del TI no ha satisfecho el doble conforme de lo decidido por el TJ y que su parte se vio privada de argumentar y confrontar en la audiencia, con cita de doctrina y jurisprudencia. Añaden que la estructura de la contestación de agravios prescinde del tratamiento "personalizado" (sic) exigible cuando concierne al reproche penal y, como ejemplo, indican que no se demostró la responsabilidad de su pupilo en diecinueve de los hechos que componen la causa, a pesar de lo cual fue condenado por integrar una asociación ilícita, mientras que el mismo fundamento sirvió para negar tal calificación respecto de otros consortes de causa.

Finalmente, solicitan que se haga lugar a la queja y se ordene la audiencia respectiva para la procedencia de la impugnación deducida.

1.2. La señora Defensora Penal Silvana Ayenao, en representación de F. R. C., afirma que no viene a plan-

tear una mera discrepancia subjetiva, puesto que se ha incurrido en absurdo y arbitrariedad.

Explica que la sentencia de condena realizó un análisis parcial y caprichoso de las declaraciones testimoniales prestadas por L. M. y H. G. G., así como de la pericial efectuada sobre el calzado, mientras que el TI omitió valorar los agravios deducidos, lo que violentó la garantía del doble conforme.

Se remite a lo ya expresado respecto de la nulidad de las escuchas telefónicas y se opone a la aptitud probatoria otorgada al personal policial para identificar la voz de su pupilo en los hechos por los que fue condenado.

Acerca de los hechos quinto a octavo, estima que el cotejo facial a partir de las cámaras de filmación fue obtenido por los dichos de una experta dependiente de la Policía Federal que no tenía capacitación suficiente para determinar la participación del encartado, además de lo cual, prosigue, la prueba debe tener determinada "magnitud que arroje certeza".

También plantea su discrepancia acerca de la vinculación de su pupilo por las características de la voz registrada en las escuchas.

Aclara que no formula agravios sobre el hecho N° 11 y, en relación con el decimoctavo, alega que no se ha acreditado la autoría pues para ese fin resulta insuficiente y nula la escucha telefónica que demuestra que C. conducía un vehículo. Luego argumenta que la sentencia no ha explicado cuál fue la intervención concreta de su pupilo en la vivienda del señor O. ni cómo se acredita que estuvo allí.

Explica que el método aural utilizado por el Comisario L. para identificar a los presuntos autores es solamente orientativo y se basa en la supuesta experiencia de quien escucha, lo que conlleva una subjetividad manifiesta. También señala en este punto una falencia en la tarea de la Fiscalía, puesto que al menos debió haber convocado a una persona especializada en el campo de la fonética y la identificación aural, y destaca que el propio L. sostuvo que lo correcto habría sido llevar cabo una pericial biométrica de voces con elementos indubitados.

Finalmente, y en contra de la postura del TI, aduce que se trata de indicios escasos, que impiden superar toda duda razonable, por lo que resulta de aplicación el principio de inocencia.

Por último, califica de exagerado el monto de la pena impuesta en comparación con la de otros autores que recibieron penas similares y participaron presuntamente en varios hechos, con intervenciones realmente esenciales, lo que no es el caso de su representado. Concluye que todas estas críticas no merecieron tratamiento por parte del TI; cita jurisprudencia y doctrina, desarrolla conceptos generales sobre la garantía del doble conforme y, en razón de todo lo expuesto, pide que se admita el recurso de queja, se haga lugar a las pretensiones de la parte y se deje sin efecto la resolución recurrida.

1.3. Los letrados Oscar Pineda y Pablo Iribarren, en su carácter de defensores de P. A. M., sostienen que la Acordada 25/2017 STJ es inconstitucional, dado que la ley no establece un juicio de admisibilidad de la impugnación, a lo que suman que la negativa de la audiencia afecta el derecho de defensa, motivo por el cual recusan a los magistrados que la suscribieron (en referencia a los señores Jueces Ricardo Apcarian, Enrique Mansilla, Sergio Barotto y Liliana Piccinini) y piden que se aparten del tratamiento del recurso, por haber perdido su imparcialidad.

Seguidamente plantean que la sentencia condenatoria carece de fundamentos, pues las pruebas fueron apreciadas de modo absurdo y ello —contrariamente a lo sostenido por el TI— había quedado claramente definido en los agravios, que incluían las evidencias materia de contradicción. Sintéticamente, recuerdan que sus críticas se vinculaban con la nulidad de las escuchas y el modo en que se obtuvo la identidad de las voces, entre otras cuestiones que dejan sin sustento la determinación de la responsabilidad de su pupilo.

Sobre la aludida preclusión y tardanza en cuestionar esa prueba, afirman haber tomado conocimiento de su existencia el día previo a que fueran expuestas en el juicio, además de que fueron clasificadas por la Policía. Agregan que se trataba de un total de 1160 CD, de los cuales se utilizaron unos veinte —cuya selección era desconocida— y argumentan que no podía ser exigible su examen total. En cuanto a la oportunidad procesal en que debió haberse realizado el planteo de nulidad respectivo (audiencia de control de acusación), estiman que estas consideraciones dejan de lado el rol del Juez, quien debió velar por el resguardo de los derechos y garantías de las partes (art. 6 CPP), en el caso por verse afectada su intimidad. Los letrados añaden que las escuchas fueron parte de un extensísimo plazo de investigación (seis meses) durante el cual era imposible saber la estrategia de la acusación ni la configuración de una figura delictiva, además de que se iniciaron en el marco de una causa que finalizó con el dictado de una falta de mérito, no obstante lo cual perduraron más allá de su objeto procesal.

Sostienen finalmente que, luego de casi un año de escuchas telefónicas y sin una definición de lo que se estaba buscando, el Fiscal inició una investigación

preliminar por el presunto delito de asociación ilícita, obviando el art. 161 del Código Procesal Penal (Ley P 2107), que establece el inicio de la investigación en un plazo no mayor de quince días.

En lo que hace a la determinación de la identidad de las voces, refieren haber deducido la crítica adecuada relativa a la necesidad de realizar una pericial biométrica —que habría sido irrefutable—, de lo que debió colegirse —correlativamente— la impugnación de la metodología utilizada mediante identificación por testigos. Asimismo, califican de llamativa la identificación lograda por la testigo G. M., quien en el año 2019 afirmó recordar al encartado, pero que concurrieron al mismo colegio en el año 2009, por lo que aquella tendría una memoria extraordinaria; se preguntan además si es posible sostener que el timbre de la voz no se modificó durante una década.

A continuación abordan la figura penal de la asociación ilícita, a cuyo respecto expresan que, "visto desde las garantías constitucionales, afecta el principio de lesividad, reserva y acción, legalidad, proporcionalidad, non bis in idem y culpabilidad".

Consideran que no se ha demostrado la afectación de la tranquilidad pública y que la distribución de los roles de los partícipes de los hechos delictivos surgen de las escuchas telefónicas, que fueron cuestionadas.

Al tratar la afectación de la imparcialidad del TJ, que los defensores fundan en que este habría arribado a la conclusión de que el señor F. era el jefe de la asociación ilícita luego de observarlo realizar determinadas acciones en el debate, discrepan con el argumento denegatorio del TI, que advirtió que el planteo de recusación respectivo debió haberse realizado al advertir aquella circunstancia. Según la parte, tal afirmación no es pertinente, ya que no era dable presuponer que aquello iba a ser meritado en el fallo, y agregan que lo señalado les permite sostener que desde ese momento ya existía la convicción de que F. era el jefe de la asociación ilícita, aunque todavía se encontraban pendientes la producción de prueba y la realización de varias audiencias.

Sobre la identificación de P. M. por parte de Z. —en rueda de reconocimiento y en la audiencia—, entienden que carece de valor pues el encartado había sido portada de los diarios que cubrían la noticia mientras duraba el juicio.

En lo que hace al hecho denominado "G.", insisten en la ilegalidad de las escuchas y en que la geolocalización efectuada por el Ing. Baffoni abarca un área de cobertura bastante amplia, por lo que no puede descartarse que, aun encontrándose en ella, M. no estuviera necesariamente en el lugar del hecho.

En lo referido al hecho N° 15 ("Red Sport"), afirman que a su pupilo se le secuestraron zapatillas marca "Runin Stron" (sic) N° 7, pero las que "trabaja" dicho local eran "Runin Galaxi" (sic) medida 7 ½, por lo que la única prueba de cargo restante son las escuchas telefónicas, al igual que en los hechos N° 16 ("Quiniela Austral") y "Seri", con la aclaración —respecto de este último— de que la identificación de su pupilo en una reunión previa —valorada como indicio de cargo— fue realizada "a ojo", lo que espera sea advertido por este Cuerpo.

Acerca del hecho denominado "Blancoamor", alegan que el TI no dio tratamiento a los agravios deducidos.

Por todo lo expuesto, concluyen que las fallas señaladas han lesionado las garantías constitucionales de debido proceso y derecho de defensa y solicitan la apertura de la vía extraordinaria.

1.4. El abogado Federico Batagelj interpone su queja en representación de los señores S. A. G. D., A. O. M. y J. E. F. y, como agravio común a todos los coimputados, alega que se verifica la violación de la garantía del juez natural y del deber de fundamentar la sentencia.

Al respecto sostiene que la competencia originaria correspondía al Juzgado de Instrucción N° 2 y no al 4, puesto que la causa por la asociación ilícita se originó en las escuchas realizadas en la investigación del robo a la empresa Z., en la que el señor Juez Márquez Gauna, como subrogante a cargo de aquel organismo, las ordenó sobre los señores F. y M. y conforme a las cuales el señor Fiscal le solicitó iniciar la investigación por dicha figura penal, lo que fue negado. Añade que, en lugar de optar por una reposición, dicho funcionario sumó algunos fundamentos y le hizo el pedido al otro Juzgado, que autorizó las escuchas, violentando la garantía del juez natural.

Reseña la respuesta dada por el TI a ese planteo, entre cuyos considerandos se destaca que la actividad procesal debió ser atacada antes de la realización de la audiencia de juicio oral, aun cuando lo actuado no sería pasible de nulidad (arts. 1, 21, 34 y 38 Ley P 2107), a lo que sumó que, si la orden de allanamiento se encontraba fundada por el juez competente, no se verificaba la violación de la garantía invocada.

El letrado considera que se trata de una respuesta ilógica, dado que el agravio nunca tuvo en cuenta la persona del magistrado, y porque resultaba imposible el planteo respectivo pues entre los meses de diciembre de 2015 y abril de 2016 ninguno de los imputados sabía que estaba siendo investigado, lo que recién ocurrió en el mes de mayo de este ultimo año, cuando fueron allanados. También argumenta que, según el

TI, tal planteo era obligatorio para la parte, cuando en rigor se trata de una facultad.

Estima que debió analizarse en concreto cuál era el juzgado al que le correspondía realizar la investigación y el pedido de allanamiento, en virtud de que lo sucedido lleva a la interpretación de que el señor Fiscal incurrió en una suerte de "forum Shopping", esperando que un juez autorizara las intervenciones telefónicas, y reitera que el funcionario hizo su petición al Juzgado de Instrucción N° 2 y, como no se le hizo lugar, lo solicitó al otro.

En relación con la misma temática invoca la violación a la garantía de intimidad y la defensa en juicio (art. 18 CN), porque se ordenó la intervención de teléfonos, se escucharon conversaciones y se interceptó mensajería de texto sin motivación clara ni circunstanciada.

Plantea que se ha vulnerado su derecho al recurso, dado que respecto de lo anterior desarrolló varios agravios, alguno de los cuales no fueron tratados y otros negados con el argumento de la preclusión, lo que implica el desconocimiento de garantías esenciales.

Así, en punto a la garantía constitucional a la intimidad y la privacidad, afirma que el Auto Interlocutorio N° 296/15, que autorizó las interceptaciones telefónicas, dispuso que debían limitarse a los llamados entre las personas cuyos abonos se intervinieron.

También refiere que, atento al resultado de diez días de intervención, los investigadores pidieron una ampliación por la supuesta relación entre las personas, lo que surgió de escuchas entre números telefónicos a los cuales no deberían haber accedido y de conversaciones que no deberían haber sido escuchadas, incluyendo un supuesto vínculo con P. M., por una línea que en ningún momento se solicitó intervenir. A ello suma que se analizó la mensajería de texto cuando esto no estaba contemplado en la orden de intervención, que solo aludía a las "[l]lamadas, origen y contenido que se describe en los considerandos", y que de ese análisis se obtuvo un nuevo número utilizado supuestamente por J. F., así como la vinculación de M. M. y de N. Entiende que lo correcto habría sido informar la baja de determinadas líneas y solicitar la interceptación de otras nuevas, pero no escuchar todos los llamados telefónicos y leer la mensajería de texto cuando no había autorización para hacerlo.

Seguidamente cuestiona el Auto Interlocutorio N° 7/2016, que ordenó la siguiente intervención hasta abarcar nuevos números, por su carencia de fundamentos. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y afirma que tales precedentes se aplican a la motivación del Juez, que las autorizó ya que en lo escuchado "se detalla la planificación y ejecución de distintos hechos delictivos, como así también (la) referencia a 'trabajos ya realizados'". De tal modo, continúa, fueron agregándose números y se dieron de baja otros, sin motivo, como ocurrió con dos líneas que identifica.

Reseña otra serie de cuestiones que considera "llamativas" y plantea las deficiencias del método utilizado para identificar voces, cuando lo adecuado era realizar peritajes biométricos. Reseña el tratamiento del tema realizado por el TI al convalidar la sentencia del TJ y confirmar la constitucionalidad de lo actuado, reitera sus críticas a la supuesta preclusión de la cuestión y al método de identificación empleado, e insiste en la falta de motivación de las escuchas en los interlocutorios mencionados, básicamente porque estas fueron la parte central, y en muchos casos única, de los elementos de cargo contra sus pupilos. A ello suma que se validaron todas las escuchas y no solamente las efectivamente ordenadas y agrega, en oposición a lo manifestado por el TI, que sí cuestionó el método de investigación utilizado.

Aduce además que no es atendible el argumento de la preclusión del planteo, pues se trata de agravios vinculados con el incumplimiento de garantías constitucionales (arts. 13, 85, 86, 87 y 88 CPP), y sostiene que la convalidación es solo para actos que afectan los intereses de la Acusación, a la vez que tacha de inadecuada la remisión a los fallos "Jara", "Olivares" y y "Llanquin".

Afirma asimismo que el ejercicio de la defensa no fue deficiente, puesto que la audiencia de control de acusación no era una oportunidad que le posibilitara controlar con eficacia las escuchas, y agrega que —a todo evento— el planteo nunca sería extemporáneo.

Vuelve sobre la imparcialidad del juzgador, que considera afectada por ciertas apreciaciones surgidas del debate (por caso, el análisis de los movimientos de los coimputados en la sala), que fueron utilizadas como fundamento para determinar el rol asumido por F., y cuestiona la respuesta del TI ante la reiteración del agravio (que de haberse observado alguna parcialidad de uno de los integrantes del TJ, este debió ser recusado de inmediato).

A continuación desarrolla los agravios particulares respecto de cada uno de los hechos reprochados.

Así, sobre el primero, señala que planteó la inconstitucionalidad del art. 210 del CP y postula que no se acreditó una vulneración al bien jurídico tutelado, dada la ausencia de demostración de alguna forma de conmoción social que afectara la tranquilidad públi-

ca, a lo que suma lo relativo a la calidad organizativa de la asociación.

Agrega que mediante dicha figura jurídica se vulnera el principio de lesividad, pues se adelanta una pena por actos preparativos que no generan una afectación a terceros, al orden o a la moral pública, en tanto se trata de un mero acuerdo de voluntades. También invoca la vulneración de los principios non bis in idem y de proporcionalidad.

Siguiendo con sus agravios sobre este primer hecho, asevera que la calidad organizativa no puede tener como único fundamento que una persona era el jefe y que el resto colaboraba, sino que los roles específicos de de cada uno debían encontrarse delimitados.

En cuanto al tercero explica que, más allá de las escuchas telefónicas, no había prueba incriminatoria suficiente para dictar una sentencia de condena, por lo que propicia la absolución del señor F.

En alusión al hecho décimo, entiende que el encartado A. M. fue condenado porque en la casa donde ocurrió el robo se hallaron unos guantes y una bolsa con su ADN, los que "tranquilamente podrían haber llegado por otra persona". Añade que ninguna de las escuchas telefónicas le corresponde y que solamente le imputan la geolocalización de su teléfono en la ciudad donde reside, a la vez que expresa que hubo un tratamiento del material probatorio distinto del que culminó con la absolución del señor V., solución que a su criterio también corresponde respecto de M., con la disminución proporcional de la pena.

Luego se ocupa de la situación de F. en relación con este mismo hecho y sostiene que no hay prueba alguna que lo ubique en el domicilio, ni escucha telefónica que corrobore su participación. A ello suma que, aunque se habría determinado que tenía partes de una camioneta que había sido sustraída en uno de los hechos, no se acreditaría el modo en que estas llegaron a su poder, y alega que no puede tenerse por probado dicho extremo con el argumento de que la defensa no dio una versión de los hechos distinta de la de la hipótesis de la Acusación, ya que es a esta a la que le corresponde la prueba del apoderamiento.

Pasando al hecho N° 12, hace planteos similares a los anteriores y afirma que la única prueba fueron las intervenciones telefónicas y la geolocalización, pero que esta no refiere a un lugar en concreto sino al impacto de la antena en una ciudad, y que Cipolletti solamente tiene dos.

Un argumento semejante esgrime en cuanto al hecho N° 14 y señala que no había pruebas de apoyo o indiciarias que dieran sustento a la condena de F., puesto únicamente se reconoció un auto.

Formula las mismas críticas sobre el hecho decimoquinto y cuestiona el reconocimiento de algunos calzados que la víctima sostuvo le habían sido sustraídos, a lo que suma, para el caso de G. D., que la única evidencia es que se encontraba en la ciudad de Cipolletti y que habló con su hija.

Respecto del hecho N° 16, afirma que la condena de A. M. se basa en las intervenciones telefónicas y que la huella dactiloscópica atribuida a J. E. F. tenía solo nueve puntos de identificación y no los doce que son requeridos.

Al ocuparse del hecho N° 17 refiere la violación del principio de congruencia, dado que desde el control de la acusación hasta el alegato final se le reprochó el delito de robo en poblado y en banda (art. 167 inc. 2° CP), pero se solicitó pena por robo con arma (art. 166 inc. 2° CP), lo que implica un cambio sorpresivo en la calificación jurídica.

Agrega que el señor S. fue imputado y condenado por este hecho, con lo que se afecta el principio de igualdad. Señala que la estrategia de su parte estuvo dirigida a demostrar la inocencia de los acusados, pero no se ocupó de la utilización de un cuchillo como un plan de todos para intimidar, dado que este era del hijo de la declarante, por lo que nadie ingresó con él al lugar de los hechos. En atención a lo expresado, propicia la disminución de la pena por el primero de los tipos penales referidos.

Argumenta además que el señor G. D. ni siquiera se encontraba en Cipolletti, sino en Fernández Oro, según surge de su geolocalización, pero fue imputado porque habría hablado del teléfono que le asignaban a F., mediante peritaje aural, sin registrar ningún tipo de llamado con el resto de los condenados.

En lo que hace al hecho N° 18, también alega que no hay pruebas distintas de las escuchas, porque los elementos secuestrados eran del propio F. y, en lo que hace a G. D., prosigue, la colilla de cigarrillo con su ADN se recolectó a partir aquellas, por lo que la prueba estaba afectada por la nulidad originaria.

A continuación critica en general la determinación de la pena y luego desarrolla sus aspectos particulares sobre los señores S. A. G. D., J. E. F. y A. O. M.

En el acápite V de la queja, al agraviarse por la declaración de la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria, el letrado defensor se ocupa de la competencia del TI para analizar la presentación y afirma que este se arroga facultades que no tiene, pues no

debe controlar procedibilidad. Estima que se encuentran reunidos los recaudos de la vía pretendida y que se han desatendido los principios de oralidad, inmediación y contradicción. Luego vuelve sobre las temáticas iniciales, referidas a la ilegalidad de las escuchas, la utilización de intervenciones que no habían sido ordenadas, la interceptación de mensajería, la imposibilidad de asignar una identidad a las voces registradas, la omisión de analizar sus cuestionamientos, la ausencia de fundamento en la orden de interceptaciones, la extensión de las escuchas en el tiempo y la intromisión en la intimidad de las personas, de lo que —señala— nada dijo el TI.

Cita doctrina y jurisprudencia y plantea la imposibilidad de convalidar la violación de garantías constitucionales por la supuesta inacción de la defensa, a la vez que insiste en la violación de la garantía del juez natural en relación con el organismo jurisdiccional que —a todo evento— debió ordenar las escuchas, sobre lo que tampoco existe a su juicio un pronunciamiento atendible.

También invoca la conculcación de la garantía de imparcialidad por la ponderación de la conducta de alguno de los coimputados en la audiencia de debate, insiste en las críticas a la calificación jurídica por cuanto no se probó la afectación de la tranquilidad pública y reitera su planteo de inconstitucionalidad de la figura de la asociación ilícita.

Vuelve a cuestionar la prueba de la materialidad y la autoría en los hechos que individualiza y la motivación de la pena, en especial respecto de sus pupilos, ofrece prueba y, para finalizar, solicita que se revoque la resolución atacada y que, en definitiva, se absuelva a sus pupilos.

1.5. La señora Defensora Penal Silvana Ayenao deduce queja a favor de B. A. P. C. y sostiene que el TI no trató o trató insuficientemente sus agravios.

En tal orden de ideas, se opone al mérito probatorio de las declaraciones del personal policial en cuanto a su aptitud para identificar las voces de las escuchas, e invoca además su nulidad; por ello, y por la insuficiencia de la prueba, pide la absolución de su representado en relación con los hechos quinto a octavo.

Respecto del hecho decimocuarto, a las objeciones anteriores suma la violación de los principios de congruencia, pro homine y de duda razonable. Así, cuestiona la capacidad probatoria para el reconocimiento de voces que se atribuye a L. (cuando debió realizarse una pericial biométrica de voces con elementos indubitados), así como el reconocimiento positivo por parte del señor O. cuando inmediatamente después del hecho no había podido hacerlo y sí dos años más tarde. Agrega que tampoco se describe su conducta y se agravia de la pena impuesta, por excesiva.

Argumenta que su pupilo no participó de un reconocimiento en rueda de personas en el año 2016 pero luego se hizo una identificación impropia, sin considerar que se trataba de un juicio con audiencias públicas y de una considerable duración temporal, por lo que la víctima pudo visualizar a su pupilo.

Cita jurisprudencia en abono de sus dichos y concluye que se trata de una sentencia errónea, contradictoria y deficiente, por lo que propicia su invalidez.

1.6. El letrado Michel J. Rischmann, defensor técnico de J. N., aduce que fue modificado el hecho de la acusación pues la plataforma fáctica del alegato es diferente de la intimada en la audiencia de control de acusación.

Así, sobre el hecho N° 18, señala que en la audiencia de control y ante la aclaración solicitada, el señor Fiscal sostuvo que "cuando se produce el robo uno de los camiones tiene un desperfecto mecánico, se comunicaron con el Sr. N. quien auxilió...", mientras que se lo condenó por recibir, dirigir y esconder camiones en la ciudad de Allen. Alega además que se le atribuyó una participación en el robo cuando no se demostró una promesa anterior, por lo que se trataría de un encubrimiento, y que nada se ha dicho sobre ese auxilio que habría brindado. Reseña los hechos que se tuvieron por acreditados, en los que nada consta acerca de que este recibiera o escondiera un camión robado según un compromiso asumido previamente.

Estima que resulta incorrecta la postura según la cual el principio de congruencia se encuentra resguardado por la identidad entre el hecho alegado en la audiencia de apertura y lo finalmente decidido en la sentencia; añade que incluso así no hay correspondencia entre ambos; finalmente, afirma que la acusación es la contenida en la audiencia de control de acusación (art. 8.2 b CADH y art. 18 CN).

Luego niega que su pupilo haya tenido una participación esencial para el desarrollo de los hechos y refiere que su agravio no puede haber sido igual al formulado ante el TJ —como ha afirmado el TI—, puesto que en dicha oportunidad no había sucedido la incongruencia que luego cuestiona.

Insiste en que el hecho por el que fue acusado su pupilo fue haber salido de la ciudad de Allen y prestar un auxilio, yendo al lugar donde un camión se descompuso, y encender su motor, lo que es diferente de la situación de haberse encontrado en la mencionada ciudad y allí haber recibido y escondido un camión robado.

1.7. En una impugnación ulterior el abogado Federico Batagelj adecua técnicamente la presentación in pauperis de su pupilo J. E. F. y desarrolla los agravios que formaron parte de la presentación ya reseñada, respecto de la violación de la garantía de juez natural.

También invoca una interceptación telefónica ilegal, por haber sido modificado el primer número asignado y por falta de fundamentación de lo decidido a su respecto; en términos similares alude a la ausencia de motivación de los autos interlocutorios que ordenaron las escuchas telefónicas, por violación del derecho a la intimidad, y el mismo defecto achaca a la extensión de las escuchas valoradas, pues estas debían abarcar solamente las comunicaciones entre los abonados. Discrepa asimismo con la preclusión procesal resuelta acerca de tales planteamientos, pues involucra nulidades absolutas y con la modalidad probatoria para identificar las voces grabadas.

Luego aborda la determinación de cada uno de los hechos y, en alusión al denominado "tercero", manifiesta que le resulta increíble la afirmación del TI según la cual su pupilo "es detenido llevando consigo una mochila, de la cual se secuestró un arma, dos equipos de comunicación con frecuencia policial activada y la suma de 50 mil pesos —monto denunciado por las víctimas C. Z. y su esposa M. M.—, sustraídos de la caja fuerte de su domicilio", dado que nunca fue detenido ni se le secuestraron los elementos mencionados.

Estima que esto es demostrativo de que no se realizó una revisión integral, pues lo relatado ocurrió con V. O. M., quien fue condenado a la pena de tres años de prisión.

También se opone al tratamiento que dio el TI a su agravio sobre la ineptitud de la registración para individualizar a su pupilo, donde estableció que no se había pedido específicamente su revisión, puesto que su parte había presentado como prueba los videos de la audiencia de debate, referencia esta que considera suficiente. Por ello, concluye que no se ha cumplido el doble conforme.

Acerca del hecho N° 11, continúa, tanto el TJ como el TI han sostenido que los elementos secuestrados (rueda de auxilio y criquet) pertenecían al señor G. dado que su hermano no había acreditado en forma eficaz su propiedad, lo que entiende una determinación arbitraria, pues este último acompañó un acta de secuestro de la camioneta respectiva, con el título y la tarjeta verde, a lo que se suma que la testigo de reconocimiento de secuestro —Sra. M. F.— no se encontraba en condiciones de corroborar nada. Añade que el señor L. no lo reconoció en ningún momento, que la descripción dada no se correspondía con los rasgos del señor F. y que hubo criterios valorativos diversos, recordando lo ocurrido con el señor V.

Formula críticas respecto de lo sucedido en la audiencia de debate y sobre la conducta del TJ de valorar como prueba de cargo determinada actitud del imputado.

En relación con la figura seleccionada, niega la existencia de una situación de conmoción social y, pasando al hecho N° 17, advierte sobre una nueva arbitrariedad porque su pupilo fue acusado por el robo en poblado y en banda, pero fue condenado por un robo agravado por el uso de arma; explica que al señor S. se lo condenó por la primera figura, menos gravosa, puesto que no podía conocer la utilización del arma, mientras que a F. se le reprochó la segunda, cuando —al igual que aquel— tampoco podía tener conocimiento de tal elemento, un cuchillo que pertenecía al hijo de la víctima y que, por ende, no fue introducido en la vivienda.

Seguidamente cuestiona por excesiva la pena de prisión impuesta y aduce que se hizo caso omiso al planteo relativo a la aplicación del Estatuto de Roma, por analogía y disposición de la Ley 26.200.

Ofrece prueba en abono de sus dichos y solicita la apertura de la instancia.

1.8. El mismo defensor realiza una nueva adecuación técnica de la queja deducida por el señor F. contra la resolución del TI que rechazaba un cuestionamiento previo por el supuesto error en la notificación, en razón de que no se le había acompañado el texto integral de la sentencia. Hace una reseña de los agravios de su impugnación principal y afirma que fue desestimada sin argumentos, pues era ineludible contar con la copia completa para poder realizar un correcto descargo. Por ello solicita que se revoque la decisión de aquel organismo y que, con nueva integración, se analice la admisibilidad de la impugnación extraordinaria.

1.9. La señora Defensora Penal Silvana Ayenao interpone queja en representación de G. C. R. y se agravia en cuanto al reproche dirigido a su pupilo (hecho N° 18) pues se habría incurrido en un supuesto de arbitrariedad de sentencia, dado que esta ha invocado indicios "endebles" como prueba de cargo y no ponderó los testimonios ofrecidos que demostrarían que la presencia de su pupilo en el kiosco era habitual, porque era cliente.

Menciona también la omisión de tratar sus planteos, dado que el TI los descartó de modo escueto y dogmático.

También se opone a la validez de las escuchas telefónicas, cuestionamiento que desarrolló en el alegato, afirmando que el fundamento para las intervenciones no podía obtenerse de actuaciones anteriores, en la medida en que la causa tenía una sola hoja (el propio pedido de la policía). Añade que ha recibido respuestas dispares ante temáticas análogas, ya que en el caso "Subiabre" (MPF-CI-00123-2017), frente a un planteo de nulidad deducido en la audiencia de formulación de cargos, se le contestó que ello debía discutirse en el juicio, y agrega que su estrategia procesal fue la de introducir las órdenes de intervención en el juicio para que tuvieran calidad de prueba (incorporada) y luego alegar al respecto.

Invoca la doctrina de la Corte Suprema en el sentido de que, cuando una nulidad afecta una garantía constitucional, esta debe ser declarada incluso de oficio en cualquier momento del proceso, y señala que en autos se trataba de una solicitud de intervención telefónica "a la pesca", lo que evidencia su invalidez. Insiste en que la solicitud no se encuentra fundada, puesto que no se sabía qué hecho se investigaba o cuáles eran los indicios que sustentaban la petición, y a ello suma que la interceptación avanzó sobre los mensajes y sobre comunicaciones de otras personas.

En cuanto a la prueba del hecho reprochado y la participación de su pupilo, afirma que R. ha reconocido ser quien aparece registrado en la filmación, pero ha explicado que había concurrido al lugar por ser cliente; aduce además de que no se ha acreditado que ese día hubiera realizado una carga de celular y que es insuficiente que desde su domicilio se pudiera observar el depósito de B. Así, concluye en que existe una duda razonable que no pudo ser superada.

Esgrime argumentos similares a los del resto de los defensores acerca del modo en que se estableció la relación entre su pupilo y la voz registrada en algunas escuchas telefónicas y señala que el método aural empleado es simplemente orientativo, basado pura y exclusivamente en la supuesta "experiencia" de quien escucha.

Reitera que sus agravios no fueron debidamente contestados y que la afirmación del TI (que solamente señaló que ya había respondido) no es más que una manifestación de haber sentado una postura, lo que debe ser reanalizado por este Cuerpo.

Cita jurisprudencia del máximo tribunal nacional en sustento de sus reclamos, desarrolla conceptos generales respecto del derecho del imputado a un recurso amplio y, finalmente, pide la habilitación de la instancia.

1.10. El señor Defensor Penal Juan Pablo Piombo recurre en representación del señor J. J. S. y, luego de reseñar los antecedentes del caso, sostiene que la respuesta del TI es arbitraria; se opone así a la denegatoria afirmando que sus agravios hacían referencia a planteos constitucionales concretos que no fueron debidamente abordados en la instancia provincial (imputación sin fecha precisa, extensión temporal de las escuchas, falta de coherencia entre el hecho descripto y la calificación escogida, modalidad en la ejecución de la pena de prisión). Agrega que invocó la doctrina de la arbitrariedad para los fines del art. 242 del Código Procesal Penal, en resguardo de la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso.

2. Análisis y solución del caso

2.1. Es necesario comenzar con una cuestión previa, pues implica una petición de separación de los jueces titulares del Superior Tribunal de Justicia para analizar este legajo.

En efecto, como ya se reseñó, en su queja los letrados Pineda e Iribarren recusan a los señores Jueces Ricardo Apcarian, Enrique Mansilla, Sergio Barotto y Liliana Piccinini, por haber dictado la Acordada 25/2017 STJ, que requiere un análisis de admisibilidad de las impugnaciones, lo que no es una exigencia legal.

La recusación debe ser rechazada *in limine* puesto que el dictado de la mencionada acordada es parte de la competencia administrativa de los magistrados y no de su actividad jurisdiccional. Asimismo, se trata de una medida aclaratoria genérica y no específica para lo que debía decidirse en este legajo y, para fundar la instrucción establecida, toma en cuenta una interpretación sistemática del Código Procesal Penal. Por ello, no hay ningún motivo o actividad que genere una duda razonable sobre la imparcialidad de quienes deben intervenir en el control de las solicitudes jurisdiccionales en tratamiento.

Por lo demás, tal análisis de admisibilidad es parte de una doctrina legal reiterada, para lo que basta mencionar el precedente STJRN Se. 4/2018 Ley 5020, donde se expresó que "...la nueva estructuración del Código Procesal Penal en materia recursiva y en la delimitación de competencias establece con claridad que la impugnación ante este Cuerpo es extraordinaria.

Ello no es motivo de controversia incluso por la caracterización del control previsto en el Libro V, Título IV de la Ley 5020.

"Consecuentemente, el examen preliminar del recurso por el que se pretenda la habilitación de esta

instancia no puede limitarse a una mera enumeración de sus recaudos formales, sino que debe contener una evaluación de la verosimilitud de los agravios, para verificar si cuentan con fundamentos serios que los vinculen *prima facie* con las constancias del expediente.

"Al actuar de esta manera, el Tribunal de Impugnación no se convierte en juez de su propio fallo, sino en un partícipe de la habilitación de la instancia superior, lo que tiene como propósito evitar un dispendio jurisdiccional inútil para aquellos recursos que manifiestamente no puedan prosperar, en tanto los procesos tampoco pueden demorarse de modo indefinido.

Esta doctrina se aplica incluso a los supuestos donde se alegue arbitrariedad de sentencia y se conforma a las similares exigencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para los tribunales superiores de la causa en el orden local en el análisis del recurso extraordinario federal".

El precedente reseñado da respuesta suficiente a los planteos de las defensas referidos a la extralimitación del TI en el análisis de las impugnaciones extraordinarias y permite afirmar que la actuación de dicho organismo se ajustó a la doctrina legal que rige el caso.

2.2. Para una mejor exposición, se examinarán a continuación los agravios deducidos por uno o varios de los impugnantes (incluso en términos asimilables), de modo que la resolución es entonces común a ellos y evitará repeticiones innecesarias. Se trata del replanteo de cuestiones ya deducidas ante el TI que es conveniente repasar para demostrar el acierto en su desestimación.

2.2.1. La violación de la garantía de juez imparcial

Los quejosos sostienen que se verifica dicho supuesto en tanto el TJ, a partir de situaciones ocurridas en el desarrollo del debate (por la conducta, las posturas o el entendimiento que observaba entre los coimputados), extrajo un indicio de cargo referido a la acreditación del objeto puesto a consideración. De ello los recurrentes coligen que el juzgador ya tenía una convicción asumida sobre la cuestión, cuando para ello todavía faltaba la producción de determinada prueba y la posterior deliberación.

Los letrados aluden a un párrafo de la sentencia en el que el TJ, luego de reseñar lo que había ingresado a su campo de observación, afirmó: "[tal] accionar nos indica como —aún estando en juicio— velaban en conjunto que no se frustrara de ninguna forma el plan, en este caso desistir de un testigo que dado el desarrollo de la audiencia no abonaría la teoría de la defensa".

En lo que aquí interesa, y a la luz del planteo esgrimido, debe analizarse la garantía de imparcialidad como la suposición de que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso, salvo prueba en contrario. En este sentido, de ningún modo la afirmación transcripta se revela como una circunstancia externa (objetiva) que lleve a abrigar alguna duda pues, como lo ha explicado el TJ, su convicción se logró mediante una serie de pruebas, que fueron justamente las producidas en el debate. Así, para el sentenciante, la significación de lo ocurrido puede comprenderse a partir de ellas, lo que impide sostener que tuviera una postura previa ya tomada.

Sí podría haberse formulado una crítica a la capacidad de representación de dicha conducta de los coimputados para conformar un indicio de cargo o a la posibilidad de analizarla para fundar la sentencia de condena, pero ello no fue motivo de un desarrollo adecuado, a lo que cabe sumar que el TJ ya había llegado a la comprobación del acuerdo fundacional de la asociación ilícita "con los elementos probatorios ventilados en juicio, derribando el cuestionamiento formulado por la defensa en el cierre", y luego agregó lo observado en la audiencia —que aquí se objeta—. De ello se infiere que, eliminado hipotéticamente el dato proveniente de tal mérito, la sentencia condenatoria igualmente contaría con sustento válido.

2.2.2. La adecuación constitucional de las interceptaciones telefónicas

2.2.2.1. Las defensas plantean la inconstitucionalidad de la principal prueba de cargo (los registros obtenidos de teléfonos intervenidos), con fundamento en los arts. 18 de la Constitución Nacional y 21 de la Constitución Provincial, en lo referido a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

Se trata de críticas que no fueron deducidas en la primera oportunidad procesal posible y que se intentaron en el curso del debate, no obstante lo cual el TJ decidió analizarlos, en la medida en que se denunciaba la violación de las garantías constitucionales de los imputados.

El criterio responde al art. 85 del Código Procesal Penal, que impide utilizar como fundamento de una decisión judicial los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías constitucionales de los imputados, y se adecua a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que "en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio... y sentencia

dictada por los jueces naturales" y que "constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentren involucrados aspectos que atañen al orden público [ya que] la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmada" (Fallos: 325:2019, 330:1540, 331:1605 y 341:129).

Ahora bien, para el control extraordinario de este Cuerpo —tal como sostiene el TI—, no cualquier agravio deducido en este sentido habilitará la instancia, sino que es necesario verificar si para el tratamiento y desestimación de las cuestiones propuestas a discusión se dieron "suficientes razones de hecho, de derecho común y local que, al margen de su acierto o error, acuerdan sustento bastante al fallo y lo ponen a resguardo de la tacha de arbitrariedad" (CSJN, Fallos: 324:436).

2.2.2.2. En este orden de ideas, y luego de un dificultoso análisis de la temática por la extensión de las impugnaciones deducidas, su número y la verificación del agregado de agravios respecto de los planteos iniciales, corresponde sostener que deben desestimarse las críticas vinculadas con la determinación del Juzgado de Instrucción Penal de la ciudad de Cipolletti que debía resolver (y ordenar) las escuchas telefónicas y con la estrategia de la acusación, que habría actuado así procurando asegurarse ir "a la caza" de intervenciones no delimitadas.

2.2.2.3. En primer término se trata de una discusión por razones de turno, lo que implica que no hay conflictos de competencia territorial o de materia, sino una situación de asignación de funciones de carácter administrativo que, por tanto, no resulta de orden público.

En consecuencia, los planteos ensayados al respecto con posterioridad a la audiencia de control de acusación son tardíos y no puede invocarse la garantía constitucional aludida para habilitar su tratamiento.

2.2.2.4. Asimismo, las defensas formulan diversas objeciones sobre las intervenciones realizadas; la más importante ligada a la falta de fundamentación de las resoluciones que las ordenaron.

Tal como ha observado el TI, el juzgador dio tratamiento a dichos agravios y estableció que los autos interlocutorios atacados contaban con motivación suficiente para su validez.

Cabe desatacar que, para disponer la intervención, el art. 21 de la Constitución Provincial exige la existencia de "semiplena prueba o indicio grave de la existencia del hecho punible", siempre teniendo presente "que tales exigencias no pueden llegar al extremo de desconocer la naturaleza de la medida que está orientada a descubrir los delitos y sus autores.

Si debieran exigirse anticipadamente datos concretos que solo podrían obtenerse de su ejercicio —lo cual constituye todo un contrasentido— se tornaría ocioso disponerla" (cf. STJRNS2 Se. 66/02 "Muller").

Así, basta "...con que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante ese teléfono se efectuarían llamadas vinculadas con la comisión de los delitos investigados, que conducirían a esclarecer dichas actividades ilícitas..." (STJRNS2 Se. 18/04 "Siebenhaar").

En autos, en una determinación de hecho y prueba que no puede tacharse de arbitraria, resulta adecuada para satisfacer tal exigencia la serie interrelacionada de indicios que se establecieron a partir de un hecho ocurrido el 20 de junio 2015 en la empresa Z. y otros que se sucedieron posteriormente, los que fueron explicitados por el Ministerio Público Fiscal en el alegato final del debate, lo que hacía necesario determinar si los sospechados actuaban organizadamente y, de ser así, el grado en que lo hacían. Esto se vincula directamente con el objeto de la medida que, ante la petición de la Fiscalía —ligada al pedido previo de la policía de investigación—, ordenaba "proceder a la escucha de las comunicaciones existentes entre estos abonados en las cuales se detalle la planificación y ejecución de distintos hechos delictivos, como así también referencias a 'trabajos ya realizados'".

2.2.2.5. Asimismo, se individualizaron los números de teléfono sobre los cuales se llevaría adelante la intervención, el tiempo de vigencia y el personal policial responsable; a la vez que fueron dictándose autos interlocutorios sucesivos conforme el transcurso del tiempo y las altas y bajas de las líneas telefónicas, según el avance de la investigación y los motivos que se señalaban para ello.

2.2.2.6. Por lo demás, no hay cuestionamientos a la autenticidad de los registros sino sobre su extensión, mediante una crítica que incluye los siguientes puntos: a) las intervenciones abarcarían conversaciones no limitadas a las realizadas entre los coimputados e incluirían las de estos con terceros; b) se habrían incorporado no solo los registros auditivos, sino también los mensajes de texto, y c) los defensores no tuvieron oportunidad real de analizar la totalidad de las escuchas, de las cuales el Ministerio Público Fiscal seleccionó algunas para apoyar su hipótesis de cargo.

2.2.2.7. En primer lugar, la orden hace referencia a la escucha de las "comunicaciones existentes", de

modo que su alcance semántico claramente comprende los registros orales y los textos escritos, por lo que la mensajería se encontraba incluida en la orden.

Además, no se ha puesto en duda que los teléfonos intervenidos eran los autorizados (es decir, no se interceptaron las comunicaciones de líneas de terceros), por lo que los datos que se obtuvieran de cualquier intercambio que resultara de aquellos serían válidos, independientemente de la cuestión probatoria —distinta— relativa a la fuerza de convicción que pudieran tener respecto de los indicios proporcionados del hecho investigado.

Por otra parte, tal como fueron desarrollados, los agravios no se dirigen a poner en tela de juicio si la medida podría haber significado una intromisión en la privacidad de quienes resultaron ajenos a los hechos, dado que solo se plantearon perjuicios a la propia intimidad.

Por último, en lo que hace a la imposibilidad de analizar los registros, aquí sí son aplicables con toda claridad las nociones de preclusión y caducidad, toda vez que el punto, de ser cierto, debió haber sido advertido en la etapa previa y preparatoria del juicio, donde se discute la evidencia que luego será sometida a análisis. Cabe destacar que la Acusación pudo hacerlo y no es materia de discusión que las evidencias fueron puestas en conocimiento y control de la contraparte.

2.2.2.8. Las modificaciones —altas y bajas— de los teléfonos intervenidos también estuvieron justificadas y su determinación temporal fue abordada motivadamente por el TJ, para lo que es suficiente leer las consideraciones de la sentencia al analizar el procedimiento por el que se dispusieron los "reacomodamientos" o "nuevos objetos de escucha", además de ponderarlos como el producto de la tarea del Director de la Oitel, Ingeniero Baffoni, y del personal policial de investigación como "hallazgos o descubrimientos casuales", lo que es del todo correcto a la luz de la doctrina y jurisprudencia más común sobre el tema.

2.2.3. La identificación de las voces

2.2.3.1. En un agravio que también es común a las defensas, toda vez que se trata de la principal prueba que permitió la determinación de la materialidad de la asociación ilícita y de la coparticipación (en sentido genérico) en esta y en los demás delitos reprochados, se cuestiona el método por el cual se vincularon los imputados con las voces que aparecen registradas en las escuchas.

Los defensores consideran que dicho método era meramente orientativo y que su corroboración requería una pericial de identificación biométrica de voz.

Se trata de una mera discrepancia probatoria ajena a la vía intentada, que no se hace cargo de la completa argumentación desarrollada por el TJ en este punto, tal como bien ha advertido el TI en su resolución denegatoria.

Así, la realización del peritaje referido no era un requisito ineludible para la vinculación establecida, dada la libertad probatoria que rige en el proceso (cf. STJRNS2 Se. 285/16 "Estevanancio"); además, dicho extremo es el resultado de una valoración conjunta de diversos medios de prueba, tal como fue sintetizado con toda claridad en la sentencia, que concluye que con "relación al contenido de las escuchas con otras fuentes distintas de prueba:

El usuario de la línea, la voz escuchada, entabla comunicación con otras personas, y estos diálogos refieren a hechos concretos del mundo real que suceden al mismo tiempo que es escuchado, y que son verificables. Así, por ejemplo, y como también lo expresara el Crio. L. en la audiencia, si en una comunicación refiere estar en un lugar determinado, la comprobación de que precisamente en ese momento está en ese lugar mediante otros datos (por ejemplo los que surgen del hecho en sí) permitió establecer quién era la persona que habla, respecto de quien se cuenta con datos tales como sus nombres, apellido y hasta su apodo en cuanto a que efectivamente el usuario de la línea es ese y no otro. Esto fue conjugado con la labor de la OITEL y explicado en este juicio por su titular Ingeniero David Baffoni, quien realizó un entrelazado de la información obtenida por las comunicaciones, su frecuencia y geolocalización afirmando así que desde esa línea en ese lugar hablaba la persona a la que luego el cuerpo investigador dio identidad".

Entonces, la cuestión fue resuelta de acuerdo con un criterio adecuado que toma como principio una valoración conjunta de los elementos de prueba pertinentes para el caso y no solamente la identificación de un responsable a partir de la escucha, como plantean las defensas.

2.2.3.2. El agravio reedita planteos ya formulados ante el TI y las partes no se hacen cargo de la respuesta obtenida, que incluso ha hecho referencia a la reseña particularizada de los dichos de la funcionaria policial G. M. en el sentido de que la voz (en este caso, de P. A. M., uno de los miembros de la asociación ilícita y responsable de otros hechos reprochados) fue identificada "cuando habla por teléfono, por su sobrenombre, porque en sus diálogos transmite información de sus relaciones personales, porque tiene una particularidad en su habla, el uso de apócope explicando que es la pérdida de modulación al final de una palabra y cita ejemplos (pa'alla en lugar de para allá). También

que utiliza con el resto de los imputados el 'cambio y fuera' en forma de broma, con el padre y su hermana.

En esa audiencia se pudo escuchar cuando mantiene un diálogo con su kinesiólogo —demostrando... por otros medios que la voz registrada es la de P. M.—".

2.2.4. La inconstitucionalidad de la figura de asociación ilícita

Los planteos se fundan en dos argumentos: a) se trata de un tipo penal que permite la condena por actos preparatorios, con lo que afecta los principios de lesividad, reserva y acción, legalidad, proporcionalidad, non bis in idem y culpabilidad; b) en el caso no se habría afectado la tranquilidad pública —cuestión esta de hecho y prueba—.

Como se adelantó, la crítica referida a la subsunción de la conducta de los imputados en la asociación ilícita en relación con la afectación de la tranquilidad de la población en general remite a aspectos ajenos al control extraordinario del Superior Tribunal, además de lo cual se observa que la sentencia ha hecho un análisis correcto de las exigencias del tipo penal, puesto que los delitos cometidos son de indudable gravedad, temática que, por su obviedad, no merece mayores comentarios.

Asimismo, siguiendo a la Corte Suprema en el punto, la figura jurídica en tratamiento no lesiona la Constitución Nacional, en cuanto que la asociación ilícita es un acto preparatorio punible de los otros delitos a los cuales estaba destinada a cometer (Fallos: 327:3312).

Ya desde las posturas más tradicionales dentro de la dogmática penal argentina se consideró legítimo, en un Estado de derecho, el adelantamiento de la punibilidad para los mencionados actos preparatorios dada "la extrema peligrosidad que entraña la existencia misma de asociaciones de la índole tenida en mira por el legislador al concebir este tipo penal, y la lesión que ello produce en la tranquilidad y paz social" (dictamen del Procurador General al cual remitió la CSJN en autos "Sanzoni", del 12/09/2002, en LA LEY Suplemento del 19/09/2002, cf. cita D'Alessio, en Código Penal. Parte Especial, p. 680). Tampoco se verifica la violación de la garantía del non bis in idem, puesto que se trata de una sola condena y por un único acuerdo criminal.

2.2.5. La prueba de la asociación ilícita

Las defensas plantean una serie de agravios de hecho y prueba sobre la determinación de la materialidad en el caso del hecho primero (asociación ilícita), y respecto de la participación de sus pupilos en este y en los que fueron motivo de reproche.

Acerca del primero, que incumbe a todos los integrantes, las críticas son varias y ninguna supera la discrepancia subjetiva con lo decidido por el TJ, luego confirmado por el TI, dado que la lectura de la sentencia de condena permite advertir que en esta se ha desarrollado adecuadamente la conformación de su estructura, su finalidad de cometer delitos (los que son motivo de análisis posterior), el acuerdo de voluntades (que se colige de las actividades de sus miembros), su grado de permanencia y su organización, así como la voluntad de pactar para cometer delitos.

2.3. Agravios individuales. La prueba de los hechos cometidos por la asociación Contestados los planteos acerca de la imposibilidad de valorar las escuchas telefónicas y de la indeterminación de las personas cuyas voces habían quedado registradas, en cuanto a la prueba de la participación en general en los hechos cometidos por la asociación, es conveniente ir deslindando de modo sintético los aspectos críticos. No obstante, se adelanta la conformidad con el criterio del TI, que los ha considerado ajenos al control extraordinario ante la inexistencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

2.3.1. Los letrados Ricardo Mendaña y Ezequiel Espina, defensores de G. I. C., alegan respecto de los hechos N° 5, 6, 7 y 8 y entienden que el material fílmico no era apto para identificar los rostros detectados, en tanto consideran insuficientes las referencias para establecer una correspondencia mediante la observación de las características corporales afines por contextura física y manchas en la piel (tatuaje en una de sus piernas).

El juzgador llegó a la conclusión contraria al respecto y no se advierte arbitrariedad (entendida como total ausencia de racionalidad) en la individualización a partir de tales datos —a los que cabe sumar la determinación del uso de la misma remera que la que llevaba el día que se hizo el reconocimiento en rueda de personas y el dato indiciario de que los hechos fueron cometidos en coautoría con otros dos integrantes de la asociación ilícita—, en el marco de doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Casal".

La defensa sostiene asimismo que la respuesta del TI a sus planteos sobre el hecho decimocuarto resulta dogmática, en cuanto afirmó que las conclusiones probatorias no habían sido rebatidas. Sin embargo, la crítica plasmada en la queja es insuficiente, dado que solo hace referencia a un reconocimiento en rueda de personas tardío, cuando los medios de comunicación ya se habían ocupado del tema.

Tal déficit surge a poco que se analice la sentencia de condena, donde se estableció que la identificación del imputado se había obtenido por los dichos de una de las víctimas, que fue golpeada por C., a quien reconoció en rueda de personas y en la audiencia ("señalándolos sin hesitación alguna", afirmó el TJ), a lo que se suma el registro de las comunicaciones telefónicas con los "audios nerviosos" intercambiados entre los que ingresaron al domicilio con el jefe de la asociación ilícita y el relato de cómo fue el hecho, además de que el reconociente alcanzó a observar el auto que manejaba el mencionado C., lo que coincide con lo que había manifestado.

2.3.2. La señora Defensora Penal Silvana Ayenao también cuestiona por insuficiente la prueba de la coautoría de su pupilo F. R. C. en los mismos hechos (5, 6, 7 y 8), pues ninguna lo ubica en el interior de los departamentos donde se produjeron los robos y ni siquiera se ha demostrado que estuviera en Cipolletti en la oportunidad referida. De modo similar al reseñado respecto de su consorte de causa, la sentencia de condena ha desarrollado una argumentación apropiada para acreditar el punto objetado, la que bajo ningún aspecto puede ser tachada de arbitraria. El imputado fue filmado en el ingreso a los departamentos conforme la declaración testimonial de la Oficial Subinspectora de la División Individualización de la Policía Federal, A. B. M. La metodología de la confirmación fue explicada en el debate y el resultado fue calificado como categórico, conclusión con la que coincidió el TJ al observar los registros sometidos a su consideración.

2.3.3. Los profesionales Oscar Pineda y Pablo Iribarren discrepan con el valor convictivo que se dio al reconocimiento de su representado, P. A. M., en el tercer hecho individualizado, señalando que fue observado por la víctima previo a la realización de la rueda respectiva. Agregan que el TI no abordó adecuadamente el planteo, pues no se ocupó del conflicto primario según lo establecido en el art. 14 del rito ni evaluó dos testimonios que daban cuenta del defecto procesal mencionado.

Tal norma indica la necesidad de que jueces y fiscales procuren la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho con el fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social, precepto que no tiene ninguna posibilidad de aplicación al caso de un robo con arma de fuego en el interior de una vivienda. Asimismo, desde su formulación conceptual tampoco tiene ninguna chance de rebatir la respuesta del TI vinculada con la preclusión del planteo, por tratarse de defectos procesales en la realización de una evidencia previa al juicio, argumento desestimatorio que ni siquiera fue motivo de un tratamiento adecuado.

Acerca del hecho N° 12 los letrados centran su reclamo en la ilegalidad de las escuchas telefónicas, de cuyo contenido se desprendió la vinculación del imputado con el ingreso a la vivienda, a lo que suman la amplitud del ámbito de la geolocalización obtenida, de modo que esta no sería determinante para ubicarlo en aquella sino dentro del radio de cobertura.

La temática de la validez de la intervención de las comunicaciones ya fue decidida, lo que sella la suerte del agravio, máxime cuando no resulta arbitraria la correlación indiciaria que estableció el TJ a partir de ellas, evaluando las vinculaciones entre todos los coautores, las conversaciones previas, los automóviles utilizados, sus desplazamientos, la observación de los vecinos, las relaciones de tiempo y lugar, etc.

En relación con el hecho N° 15 reiteran que la única prueba de cargo fueron las escuchas telefónicas cuya validez atacan (no así su capacidad de representación), dado que no pudieron relacionarse las prendas de vestir y las zapatillas deportivas secuestradas en el domicilio del señor M. con las sustraídas del local comercial Red Sport.

Al igual que en el caso anterior, las escuchas son del todo suficientes para determinar que el imputado fue uno de los integrantes de la asociación ilícita que ingresó a tal inmueble, a lo que se le agrega que en su vivienda se hallaron zapatillas prácticamente nuevas, prendas de vestir sin uso y zapatillas deportivas de varias marcas, todos elementos vinculados con el comercio mencionado.

Acerca de los hechos N° 16 y 17 ("Quiniela Austral" y "Seri", respectivamente), fundan su cuestionamiento en la supuesta invalidez de las escuchas, por lo que los agravios deben ser desestimados ya que se encuentran condicionados a tal supuesto, desestimado en las consideraciones anteriores.

En cuanto a los planteos referidos al hecho ocurrido en el depósito de la firma B., la secuencia de las comunicaciones permite determinar todo el derrotero en el que participó M., desde las tareas de determinación del lugar, la vigilancia previa, el ingreso, la huida y el transporte de las cosas sustraídas para su aseguramiento, de modo que no es necesario agregar nada al respecto.

2.3.4. El defensor de S. A. G. D., A. O. M. y J. E. F., letrado Federico Batagelj, afirma que no hay prueba que incrimine a los nombrados en los delitos cometidos por la organización ilícita.

Señala tal circunstancia respecto del hecho tercero y sostiene que no había elementos distintos de las escuchas telefónicas que señalaran a F., crítica que debe

desestimarse pues ya fue decidida la legalidad de las intervenciones y, consecuentemente, su validez como prueba de cargo. Cabe agregar la ponderación realizada por el TJ, que vinculó tales registros con otros obtenidos de las cámaras de seguridad del lugar, que aportaron indicios relacionados con las comunicaciones realizadas y con el secuestro de determinadas evidencias, de directa vinculación con lo ocurrido.

En cuanto al hecho décimo, se agravia porque no fue contestada su hipótesis de que otras personas pudieron haber ingresado al lugar del hecho los guantes y la bolsa en los que se hallaron los rastros genéticos de A. O. M. Añade que ninguna de las escuchas telefónicas lo liga al robo y que solamente se le reprocha la geolocalización de su teléfono en la ciudad en la que reside.

El ítem ha sido decidido sin arbitrariedad, pues no hay discusión sobre la materialidad establecida (robo calificado por tres coautores en una vivienda, mientras las víctimas se encontraban en su interior), además de lo cual se determinó que quienes ingresaron violentamente y con fuerza en las cosas trajeron consigo guantes y precintos para atar a los ocupantes, todo ello en una bolsa que quedó olvidada, y que de tales guantes y de las manijas de dicha bolsa, posteriormente secuestrados, se obtuvo el perfil genético que —en consecuencia— vincula al imputado con el hecho más allá de toda duda razonable. El letrado afirma también que resulta insuficiente la prueba de cargo respecto del señor F., dado que se lo condenó a partir de escuchas que son posteriores al hecho y por objetos encontrados en la casa de su hermano.

Este agravio tampoco tiene oportunidad de prosperar, pues lo relevante es la vinculación lógica entre la coautoría de determinado hecho y lo sucedido posteriormente. En este caso consiste en las tratativas para comercializar un vehículo robado en el hecho de marras, las comunicaciones respectivas y el hallazgo de determinados accesorios del automotor, de modo tal que configuran indicios de cargo contra el imputado, cuyo mérito de ningún modo puede ser calificado como arbitrario.

Luego se ocupa del hecho N° 12, a cuyo respecto la defensa invoca la insuficiencia de los registros obtenidos de las intervenciones telefónicas.

Ahora bien, como ya se sostuvo, tales registros son válidos y su contenido se adecua totalmente a los hechos relatados por las víctimas y se compadecen con varios indicios complementarios, entre los que cabe mencionar el plan de acercarse primero a la vivienda a la que debían ingresar, consultando a sus moradores cosas nimias, y la referencia a que efectivamente se habían realizado tales preguntas, sobre el alquiler de un departamento.

El recurrente también sostiene que la condena de F. respecto del hecho decimocuarto carece de motivación, insistiendo en la cuestión de los registros telefónicos y afirmando que, si este hubiera sido el conductor de la camioneta Renault Duster, su teléfono debió haber sido geolocalizado en la ciudad de Villa Regina.

El defensor no se hace cargo del razonamiento del juzgador para acreditar dicho ítem, en tanto resulta incontrastable que, según el contenido de las escuchas, el mencionado F. se encontraba en el exterior observando lo que resultaba del robo en la vivienda y, asimismo, que en dicha oportunidad se encontraba manejando un Toyota Corolla (a la sazón de G. I. C., uno de los que ingresaron a la casa).

Expone un planteo similar en cuanto al hecho N° 15 y señala la imposibilidad de acreditar la coautoría en el robo a un local comercial de General Roca, ya que no pudieron vincularse los elementos hallados con los que se denunciaron como sustraídos y pues las escuchas son insuficientes para tal fin; en relación con S. A. G. D., añade, lo único que lo ligaría es una conversación con su hija en la que le anunciaba que le llevaría determinada ropa.

Ya se ha establecido la corrección de la sentencia en relación con la responsabilidad atribuida a P. A. M. en este hecho, denominado "Red Sport"; lo mismo cabe sostener acerca de los mencionados G. D., M. y F., dado que el contenido de los registros telefónicos y su correlación con elementos indiciarios bastan para la condena.

Asimismo, cabe mencionar las correspondencias que se observan producto de la geolocalización de los teléfonos móviles y el hallazgo de zapatillas deportivas en el domicilio del señor M., que luego fueron reconocidas como propias por el dueño del local.

El defensor aborda seguidamente el hecho N° 16 y, en relación con A. M., aduce que las intervenciones telefónicas no superan el estándar suficiente para la resolución impugnada; que la huella dactiloscópica por la que se vinculó a F. solamente tiene nueve puntos de identificación y no los doce requeridos y que se había determinado que este último se habría encontrado fuera del establecimiento al momento de los hechos.

Al igual que con los agravios anteriores, debe descartarse toda tacha de arbitrariedad respecto de los registros telefónicos obtenidos y los datos de geolocalización. En cuanto a la huella digital obtenida en el inmueble, y atento al rol de F., basta para afirmar la

coautoría toda la tarea de coordinación y obtención inmediata de elementos necesarios para llevar adelante el robo, ante las dificultades que iba presentando el proceso, lo que hacía desde fuera de la agencia de quiniela. Esto vuelve irrelevante establecer si, además, estuvo en su interior.

En cuanto al hecho N° 17, el defensor sostiene que se ha incurrido en una violación del principio de congruencia porque sus pupilos fueron acusados por el delito de robo en poblado y en banda (art. 167 inc. 2° CP), mientras que la solicitud de pena fue por un robo con arma (art. 166 inc. 2° CP), lo que implica un cambio sorpresivo de calificación jurídica.

El planteo no es estrictamente de hecho y prueba, como los agrupados en este subpunto, pero será tratado aquí para finalizar con la respuesta a esta impugnación. Así, en la sentencia se reseñó el hecho consignado en el auto de apertura a juicio, en el cual durante un cierto período de tiempo J. J. S. mantuvo comunicaciones telefónicas y le aportó información suficiente a J. E. F., cooperando para que diagramara y cometiera su plan criminal en la vivienda de la señora M. R. S. De acuerdo con dicha planificación, A. O. M., P. A. M. y S. A. G. D. ingresaron en dicho inmueble, agredieron a su propietaria —lo que incluyó maniatarla con un hilo de una malla y atarle los pies "con una media gruesa de nylon, y mediante intimidación con un cuchillo de sufrir un mal en el cuerpo"—, y se apoderaron así de determinados bienes. Según la acusación, en todo momento el señor F. estuvo presente afuera y en los alrededores de la vivienda, supervisando el desarrollo del hecho y coordinando las acciones.

Según lo reseñado en la sentencia, ya en la acusación final —a excepción de S., que había aportado la información—, el rol del resto fue calificado como propio de una coautoría y se afirmó que estos ejercieron "violencia verbal y física sobre la víctima... la amenazaron con un arma blanca a la señora S. La utilización del cuchillo está descript[a] en el hecho. La calificación legal es de robo agravado en poblado y en banda y con arma, usaron un cuchillo".

Se aclaró que no se aplicaba la agravante del arma en el caso de S., para quien se propició una participación necesaria, toda vez que desconocía que aquella fuera a ser empleada.

Tal criterio fue acogido por el juzgador, quien tuvo por acreditada la existencia histórica del hecho y lo subsumió en los arts. 166 inc. 2° (respecto de los coautores) y 167 inc. 2° del CP (en relación con S., en el rol de partícipe necesario). Como se advierte, para los fines del principio de congruencia, la descripción inicial del hecho ya incluía la utilización de un cuchillo en el robo, lo que exime de mayores comentarios acerca de la subsunción jurídica seleccionada. Asimismo, esta no podría ser tildada de sorpresiva, dado que tal utilización es comúnmente calificada así en relación con el medio empleado.

Por último, no se verifica ningún agravio fundado respecto del elemento subjetivo de la participación (art. 47 CP), sin perjuicio de lo cual cabe anotar que se trata de un supuesto que benefició al único que podía invocar esta norma para sí (S.), pues se trataría del caso en que el autor hace más de lo querido por el partícipe.

En lo atinente al hecho N° 18, y reiterando críticas a la valoración, la defensa sostiene que no hay prueba distinta de los registros telefónicos que involucre a J. E. F., y que —en cuanto a S. G. D.— se sumó la obtención de una colilla de cigarrillo con su ADN en el lugar del hecho, lo que no puede fundamentar la condena de ambos, pues se trata de elementos de convicción ilícitos (este último, por provenir de aquellos).

Como ya se ha establecido, el agravio no puede prosperar, porque se trata de prueba válida.

2.3.5. La señora Defensora Penal, en representación de B. A. P. C., alega que la única evidencia respecto de los delitos que se le atribuyeron (por los hechos 5°, 6°, 7° y 8°) es el cotejo facial obtenido de las cámaras de filmación, cuando la experta dependiente de la Policía Federal que realizó la identificación carecía de capacitación al respecto.

El agravio esgrimido no exhibe más que una simple discrepancia subjetiva sobre aspectos de hecho y prueba ajenos al control extraordinario, tal como señaló el TI en su denegatoria, dado que en el pronunciamiento de condena constan suficientes argumentos en contrario, para lo que basta reseñar, en orden a tal identificación, que "se aprecia en la fotografía tomada de la filmación que uno de los autores, a quien los investigadores identifican como P. C. presentaba un tatuaje de grandes dimensiones en el brazo derecho, lo que se observa en las fotografías de identificación prontuarial". Es decir, el punto fue motivo de adecuada apreciación por parte del juzgador.

La funcionaria también cuestiona por insuficiente la prueba de cargo relativa al hecho N° 14, temática que fue decidida sin arbitrariedad, ya que constan el reconocimiento por parte de una de las víctimas, los registros de comunicaciones telefónicas y la prueba indiciaria corroborante surgida de ellos.

2.3.6. La misma Defensora, ahora a favor de G. C. R., afirma que no hay evidencia suficiente para su condena por el hecho N° 18, puesto que se trata de un suce-

so aislado y porque su filmación en un kiosco no guarda relación con el ilícito sino que se explica porque era un cliente habitual. Asimismo, continúa, aunque desde su domicilio se podía observar el depósito de la empresa B., esto sucedía con muchos otros vecinos.

Tal discrepancia de hecho y prueba es ajena a la impugnación extraordinaria, como decidió el TI, en la medida en que el punto fue resuelto sin arbitrariedad luego de vincular los registros de las intervenciones telefónicas que permitieron reconstruir las conversaciones de R. con F., el dato indiciario de sus posibilidades de observar el local en el que luego se realizó el robo y su presencia en el kiosco, lo que supera toda duda razonable en cuanto a la coautoría de encartado.

2.3.7. El letrado Federico Batagelj se presenta nuevamente en queja al adecuar técnicamente la presentación in pauperis de J. E. F. y desarrolla diversos agravios relativos —en términos generales— a la legalidad de las escuchas telefónicas, la identificación de las voces y la acreditación de la coautoría tanto en la asociación ilícita como en los delitos luego individualizados, los que ya fueron respondidos de un modo opuesto a sus pretensiones.

2.4. El mismo abogado plantea una cuestión incidental por el supuesto error en la notificación de sus pupilos, pues no se adjuntó a las cédulas respectivas un ejemplar completo de la sentencia.

En punto a esta cuestión solo cabe advertir la ausencia de perjuicio como consecuencia de lo ocurrido, dado que fueron recibidas las impugnaciones y las quejas correspondientes, por lo que no hubo restricciones para la parte en cuanto a la deducción de la totalidad de los agravios que hacían a su mejor derecho.

2.5. Alcance de la acusación

Tal como fue reseñado el defensor de J. N., Michel J. Rischmann, señala que a su pupilo —con relación al hecho 18— se le endilgó haber mantenido comunicaciones telefónicas con F. en las que le aportó una colaboración suficiente para que este diagramara y consumara su plan criminal al local comercial B.; que a dicho inmueble ingresaron luego determinadas personas a quienes F. fue a buscar previa comunicación y cooperación con N. para encender el motor de un camión, dado que tenía un desperfecto mecánico, por lo que los coautores requirieron el auxilio del encartado.

El defensor alega que luego el TJ lo condenó por recibir, dirigir y esconder camiones en la ciudad de Allen, lo que violenta el principio de congruencia.

Por la conducta así individualizada, el imputado fue declarado partícipe secundario del delito de robo agravado por haberse cometido en poblado, banda y con escalamiento (arts. 167 incs. 2° y 4° en función del art. 163 inc. 4° CP).

El agravio tuvo expreso tratamiento en la sentencia de condena donde se explicó que la frase del reproche "prestar colaboración suficiente para... consumar el hecho" es adecuada para abarcar tanto el arreglo de un camión como la facilitación de un lugar para guardarlo junto a otros. Ello es del todo correcto pues ingresa en el objetivo de la consumación del apoderamiento ilegal de determinados elementos la acción de apartarlos de la esfera de custodia de su dueño mediante su ocultamiento (en el caso, esconderlos en un predio, según una promesa anterior).

2.6. Defectos en la acusación y mérito del dolo del partícipe

En relación con J. J. S., condenado como partícipe necesario del hecho N° 17 por aportar datos para que J. E. F. planificara un robo en la vivienda de la señora M. R. S., ubicada en la localidad de Cipolletti, el señor Defensor Penal Juan Pablo Piombo argumenta que el reproche no cuenta con las circunstancias de tiempo adecuadas y que, así como no se lo condenó por la agravante referida a la utilización de un arma, el mismo temperamento debió adoptarse respecto de la banda para robar. Tales circunstancias refieren al momento en el que el imputado habría transmitido la información requerida por F., lo que surge de las escuchas telefónicas cuestionadas por todos los impugnantes, de modo que se trata de datos fácilmente verificables, a la vez que no se advierte perjuicio alguno para la Defensa.

Tampoco se advierte la falta de logicidad en la condena por un robo calificado por ser cometido por una banda, pero no por la utilización del arma, sino que ello obedece al mérito probatorio acerca del alcance de lo querido por el partícipe, que para el juzgador —evidentemente— abarcaba a la comisión del ilícito mediante una banda, pero no con un arma.

2.7. Las penas de prisión

2.7.1. Los presentantes también plantean agravios referidos a los montos de las penas de prisión impuestas, que consideran excesivos.

Por regla general la determinación de la pena se encuentra fuera del control extraordinario del este Cuerpo, en la medida en que responde a cuestiones valorativas propias de los jueces de la causa, y tiene como límite la observación de una grosera desproporción con la gravedad de los hechos o con la culpabilidad de

los imputados, de modo tal que su magnitud lesione la racionalidad de la decisión jurisdiccional.

En otras palabras, el control extraordinario de dichas cuestiones procede bajo la excepcional vía de la arbitrariedad de sentencia y no puede pretenderse, por su intermedio, el reexamen de cuestiones cuya solución —como fue dicho— es del resorte exclusivo de los jueces de la causa, salvo que se evidencien groseras deficiencias lógicas de razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo que impidan considerar el pronunciamiento cuestionado como la "sentencia fundada en ley" a la que se hace referencia en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 325:3265).

La lectura del ítem respectivo de la sentencia, luego de la cesura prevista en el código ritual, permite confirmar la postura denegatoria del TI, toda vez que para la determinación de las sanciones se ha seguido la doctrina legal que rige el caso, que, en una interpretación propia del derecho común, autoriza al juzgador a ponderar las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en los arts. 40 y 41 del CP desde una posición de equidistancia entre el mínimo y el máximo de la escala prevista (ver STJRNS2 Se. 94/14 "Brione"). Por lo demás, se observa que respecto de cada uno de los copartícipes se han desarrollado motivos individuales apropiados para finalizar con la imposición de pena, incluso en montos alejados a lo pretendido por la acusación, cuya falta de objetividad y proporcionalidad se ha criticado.

En consecuencia, las temáticas propuestas a discusión son ajenas a la impugnación extraordinaria.

2.7.2. La Defensa Pública del señor S. también se agravia por la unificación de penas sin un pedido de parte fundado, a la vez que cuestiona que la ejecución de la pena de prisión finalmente establecida sea efectiva y no en suspenso.

Cabe señalar inicialmente que en el juicio de cesura respectivo surge lo contrario a lo afirmado, esto es, que el Ministerio Público Fiscal advirtió que el nombrado había sido condenado el 11 de noviembre de 2016 por un delito de abuso sexual a la pena de tres años de prisión de ejecución en suspenso y que correspondía revocar dicha condicionalidad y dictar una pena única, comprensiva de ambas.

Por lo demás, la Defensa sostiene que no se dio un adecuado tratamiento a sus agravios sobre la modalidad de ejecución. Al respecto, es útil destacar que el juzgador analizó de modo crítico la postura de la Fiscalía que solicitaba el máximo posible (diez años de prisión) y se inclinó por el pedido de la Defensa (tres años de prisión en suspenso), la que luego unificó en cuatro años con la sanción previa ya referida, y revocó su condicionalidad, criterio que —por ende— se encuentra fundado y no es contradicho efectivamente por la parte.

3. Conclusión

En razón de lo expuesto, corresponde rechazar sin sustanciación la recusación de los miembros de este Superior Tribunal de Justicia y las quejas deducidas en autos, con costas.

En razón de lo expuesto, el Superior Tribunal de Justicia resuelve: Rechazar *in limine* la recusación de los señores Jueces Ricardo A. Apcarian, Enrique J. Mansilla y Sergio M. Barotto y de la señora Jueza Liliana L. Piccinini. Rechazar sin sustanciación las quejas interpuestas por los letrados Ricardo J. Mendaña y Ezequiel Espina en representación de G. I. C.; por la señora Defensora Penal Silvana Ayenao a favor de F. R. C., B. A. P. C. y G. C. R.; por los profesionales Oscar I. Pineda y Pablo Iribarren en su carácter de defensores de P. A. M.; por el letrado Federico Batagelj a favor de S. A. G. D., A. J. M. y J. E. F.; por el letrado Michel J. Rischmann a favor de J. N. y por el señor Defensor Penal Juan Pablo Piombo en representación de J. J. S. Protocolizar y notificar a través de la Oficina Judicial de la IVª Circunscripción Judicial. Déjase constancia de que la señora Jueza Adriana C. Zaratiegui firma en abstención (art. 38 LO). — *Ricardo A. Apcarian. — Sergio M. Barotto. — Enrique J. Mansilla. — Liliana L. Piccinini. — Adriana C. Zaratiegui.*

IMPUTABILIDAD

Informes médicos. Necesidad de llevar a cabo un juicio valorativo normativo. Falta de acreditación del arraigo. Entorpecimiento del proceso. Prisión preventiva.

1. — Las circunstancias alegadas por la Defensa en su recurso no surgen en modo alguno de forma manifiesta, sino que por el contrario requieren del análisis de cuestiones de hecho y prueba, las que solo pueden llevarse adelante dentro de la etapa de juicio oral y público. Ello, pues, hasta el momento y luego de las pericias realizadas en las que se analizó la historia clínica del imputado y lo consignado allí por los médicos que lo atendieron, se arribaron a conclusiones diferentes respecto a la capacidad del acusado de comprender la criminalidad de los hechos o dirigir sus acciones.

2. — El art. 34, Cód. Penal consagra un análisis tripartito integrado por causas biológicas o psi-

quiátricas, consecuencias psicológicas y el componente normativo valorativo. Así, si alguno de estos tres elementos se encuentra ausente, desaparece la inimputabilidad, ya que no basta con señalar que un sujeto no comprende o no dirige, o que presenta tal enfermedad mental, sino que se debe dar la interrelación entre la causa —enfermedad— y el efecto —incapacidad para comprender o dirigir—.

3. — Los informes médicos practicados arriban en auxilio del derecho penal, y no son la psiquiatría forense o la psicología quienes deben responder sobre el grado de culpabilidad de un sujeto, consistiendo en un juicio valorativo normativo efectuado por el juzgador.

4. — Las circunstancias alegadas por el impugnante vinculadas con la imputabilidad del encartado, requieren mayor producción de prueba —declaración de los peritos oficiales respecto de sus dictámenes, médicos que atendieron al imputado durante su internación, o la evaluación de una junta médica, tal la prueba ofrecida por las partes para la audiencia— y las cuestiones esgrimidas serán materia a debatir y acreditar en la etapa procesal oportuna, esto es, la audiencia de juicio, donde los facultativos convocados al debate podrán exponer y explicar las razones que llevaron a las conclusiones plasmadas en los informes.

5. — No se encuentra acreditado debidamente el arraigo, ello pues por un lado el imputado se encuentra en situación de calle y ninguna evidencia incorporó la Defensa a fin de asegurar que pueda ser ubicado a fin de comparecer al proceso.

6. — Teniendo en cuenta que la magnitud de la pena de los delitos que se le imputan al acusado —incendio— supera el límite previsto en el art. 170, inc. 2, Cód. Proc. Penal CABA, que no procede en el caso la ejecución condicional y que carece de arraigo, resulta razonable la medida cautelar impuesta por la magistrada, pues, existen pautas objetivas suficientes como para mantener su aseguramiento preventivo, las que permiten presumir que en caso de recuperar su libertad podría intentar eludir el accionar de la justicia.

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 23/10/2020. - V. M., L. J. s/ 186 1 - incendio / explosión e inundación con peligro común para los bienes.

[Cita on line: AR/JUR/61370/2020]

Actuación N° 16168410/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 23 de 2020.

Resulta:

I. Que luego de ser incoada la solicitud de archivo en virtud de la inimputabilidad del imputado (art. 199 inc. c, CPPCBA) por parte de la Defensa y la Asesoría Tutelar, que el titular de la acción rechazó, se llevó a cabo la audiencia de intimación de los hechos, en la que el Dr. Brotto le endilgó a V. M. los hechos que tuvieron lugar el día 26 de julio de 2020, entre las 6:20 y 6:50 hs. aproximadamente, oportunidad en la que provocó de manera intencional cinco focos de incendio, en la vía pública, poniendo en riesgo a los vehículos automotores estacionados próximos a éstos y a las viviendas vecinas, aledañas a cada lugar en que ocurrieron los hechos. Específicamente le atribuyó: 1) el día señalado, a las 6:20 hs. aproximadamente, sito en la calle ... CABA, V. M. derramó el combustible de a) un motovehículo marca "Yamaha", modelo "YBR 125ED", dominio ..., cuya titular es G. A. P. M.. Acto seguido, con la ayuda de algún elemento prendido fuego, el que arrojó sobre la sustancia inflamable derramada provocó un foco ígneo sobre dicha motocicleta, fuego que alcanzó a: b) una camioneta marca "Peugeot", modelo "Partner Presence 1.4", dominio ..., cuya titular es M. A. Z. y c) un automóvil marca "Volkswagen", modelo "Gol Trend 1.6", dominio ..., bajo la titularidad de F. G. J. L. 2) Seguidamente, a las 6:28 hs. aproximadamente, el imputado se dirigió hasta la calle ... CABA y, del mismo modo, provocó el incendio del a) motovehículo, marca "Suzuki", modelo "GN 125H", dominio ..., propiedad de Pablo Ignacio Fradkin, fuego que alcanzó también, a: b) un automóvil marca " Volkswagen", modelo "Suran 1.6", dominio: ..., c) un vehículo marca "Volkswagen", modelo "Suran 1.6", dominio ..., ambos propiedad del Sr. S. R. M. S. y d) a un rodado marca " Volkswagen", modelo "Suran 1.6", dominio ..., cuyo titular es M. E. A. El último vehículo señalado, explotó y producto del estruendo se produjo la rotura de los vidrios de ventanas, como también de persianas y puertas de las viviendas y/o locales comerciales aledaños al lugar, pertenecientes a: a) G. A. M., propietario del Geriátrico "Albert Schweitzer" ubicado en la calle ...; b) F. M. M., domiciliada en ...; c) F. S. G. M., domiciliado en ...; d) W. O. G., propietario del depósito denominado "Diseño Textil" ubicado ...; e) M. C. S., domiciliada en Darwin 843; f) M. D., domiciliado en la calle ..., g) O. J. E., domiciliado en ...; h) A. V. S., domiciliada en ..., i) W. S. D., domiciliado en ..., quien posee un local comercial en el lugar; y j) H. J. L., domiciliado en la calle ... Asimismo, a raíz de dicha explosión, el bombero R. N. G., quien intervino en ese incendio, resultó herido y debió ser asistido por el Dr. Luis Parada (MN 164081) a cargo de la ambulancia del SAME, interno 387.

3) Luego, se dirigió hasta la calle ... CABA y, bajo la misma modalidad, provocó nuevo foco ígneo sobre a) un motovehículo marca "BAJAJ", modelo "Avenger 220", dominio ..., cuyo titular es J. A. P., fuego que alcanzó, a su vez, a b) un rodado marca "Volkswagen", modelo "UP", dominio ..., propiedad de X. Z. 4) Con posterioridad, se dirigió hasta la calle ... CABA y, del mismo modo, provocó foco ígneo sobre: a) el motovehículo marca "Zanella", modelo ZB110D dominio ..., cuya titular es N. S. B. 5) Por último, ese mismo día 26 de julio de 2020, finalizó su recorrido al llegar a la calle ... CABA, y de la misma manera, provocó foco ígneo sobre: a) el motovehículo marca "Keller", Modelo "110", dominio colocado ..., de K. S. C. y sobre b) el motovehículo marca "Motomel", modelo SR200, dominio ..., fuego que alcanzó c) al vehículo particular marca "Peugeot", modelo "206 XR", dominio ..., ambos pertenecientes a C. S. B.; como también comprometió al rodado d) marca "Toyota", modelo "Etios", dominio ..., cuya titular es L. F. B. Con el accionar desplegado en los puntos 1), 2), 3), 4) y 5), el imputado provocó daños totales y/o parciales a los vehículos involucrados, en detrimento de sus titulares. 6) Por otra parte, el día 27 de julio de 2020, a las 2:30 hs. aproximadamente, el imputado se presentó en el domicilio sito en la calle ... CABA, introdujo su brazo derecho por la reja que corresponde al garaje ubicado en el frente del inmueble y realizó un corte en la lona protectora de la caja de transporte de la camioneta marca "Volkswagen", modelo "Amarok", dominio ..., cuyo titular es J. E. C. Seguido a ello, intentó incendiarla mediante el uso de un encendedor, sin lograr su propósito debido a que la lona era de material ignífugo". Los hechos 1, 2, 3, 4 y 5 fueron calificados en el delito de incendio intencional con peligro común para los bienes y daños (arts. 186 inc. 1 y 183 CP) y el que lleva el número 6 en las mismas figuras penales, sin embargo la prevista en el art. 186 inc. 1 CP en grado de tentativa. Todas ellas, según señaló el fiscal, se le atribuyeron como autor a título de dolo. Asimismo, solicitó que se celebrara la audiencia de prisión preventiva en los términos del art. 173 CPP CABA.

II. El 26 de septiembre del corriente se llevó a cabo la audiencia en los términos del art. 173 en la que el Fiscal de grado requirió que se dicte la prisión preventiva para V. M. Por su parte, la Asesoría Tutelar y la Defensa consideraron que, de acuerdo a lo declarado por los peritos en la audiencia, el informe presentado así como de conformidad a lo consignado por los médicos que atendieron al imputado durante su internación aquél no podía comprender la criminalidad de sus actos debido a las alucinaciones y voces que escuchaba que eran las que lo guiaban en su accionar, en virtud de lo cual solicitaron la declaración de inimputabilidad de V. M. En cuanto a este planteo, la Judicante luego de efectuar un análisis de los informes periciales y sus resultados, señaló que, con el grado de provisoriedad propio de la etapa procesal, y mas allá de lo señalado por la Defensa V. M. "...pudo haber sido capaz de culpabilidad, y que las dudas que se presentan al respecto no tienen entidad para adoptar una solución diferente...", por lo que rechazó la pretensión de la defensa.

En cuanto a la solicitud de prisión preventiva incoada por el titular de la acción, luego de analizar la materialidad de los hechos y la existencia de los riesgos procesales, consideró que las medidas alternativas requeridas por la Defensa no resultaban suficientes ni adecuadas para neutralizarlos, por lo que decidió dictar la prisión preventiva respecto de V. M.

III. Que contra la decisión supra mencionada la Defensa interpuso recurso de apelación, y solicitó que se revoque el decisorio cuestionado, en principio en cuanto rechaza el pedido de sobreseimiento por inimputabilidad de V. M., y en subsidio en cuanto dispone la prisión preventiva del nombrado.

Luego de realizar un análisis de los distintos informes médicos y periciales obrantes en la presente, y de la resolución impugnada, señaló que resulta arbitraria pues la Magistrada no consideró la totalidad de los informes confeccionados. Así, pues los dictámenes de fecha 09/09/2020 y 22/09/2020 determinaron que el nombrado al momento de los hechos podría haber padecido un episodio "psicótico agudo". La primera evaluación se realizó aproximadamente 4 días después de los hechos. Sumado a ello, se cuenta con los informes de los profesionales que lo evaluaron diariamente quienes consignaron que padece "alucinaciones imperativas que alteran su conducta", motivo por el cual se dispuso la internación involuntaria por el riesgo cierto e inminente para sí como para terceras personas.

Expresa que el hecho de que el imputado actualmente sea capaz de estar en juicio y comprender los actos procesales podría deberse a que ha realizado un tratamiento con los psicofármacos adecuados al diagnóstico prescripto por los profesionales de la salud mental.

Refiere que si bien la Magistrada señaló que sería prematuro resolver si el Sr. V. M. al momento de los hechos comprendía lo que hacía, o no podía dirigir sus acciones, por no tener todos los elementos de juicio para expedirse, de los informes realizados por medicina forense, los peritos de parte y el contenido de las Historias Clínicas dan cuenta del problema de salud mental que aquel viene padeciendo.

Asimismo, tal como enfatizó la Asesoría Tutelar, en base a los informes, la internación involuntaria requiere de un dictamen profesional mediante un

equipo de salud pública, y durante todo el tratamiento obligatorio los equipos interdisciplinarios informaron que el Sr. V. M. padecía alucinaciones auditivas de comando. Hace referencia a los informes que fundamentan su pretensión.

Por otra parte, discrepa con la Juez de grado en cuanto a que las alucinaciones sí fueron constatadas en las historias clínicas aportadas por los nosocomios participantes, y en varias oportunidades fueron calificadas como auditivas, imperativas, y que modificaban o alteraban la conducta del encausado.

En consecuencia, considera que el imputado soporta una persecución penal injustificada, pues todos los informes de los profesionales actuantes y que han tenido contacto diario durante la internación involuntaria sostienen que las alucinaciones auditivas de comando condicionan la conducta, y por ende continuar con el trámite de la investigación es violatorio al principio de culpabilidad. A partir de ello, concluye que V. M. no fue punible en los términos del art. 34 inc. 1° del CP, al momento de los hechos que se le imputan, debiendo ser sobreseído.

Por otra parte, y en relación a la existencia de riesgos procesales para el dictado de la prisión preventiva expresó que no se ha comprobado ninguno de los supuestos que establece el art. 170 para considerar que existe peligro de fuga. Así, y si bien al momento de la detención manifestó que se encontraba en situación de calle, el imputado desconocía que podía recibir ayuda gubernamental para recibir asistencia y que se le asigne un parador u hospedarse en un hotel. Al respecto, refiere que su parte ha propuesto diferentes posibilidades para que el encausado logre enfrentar el proceso en libertad debiendo cumplir las medidas que se dispongan (internación voluntaria, presentarse periódicamente, restringir la salida del país).

Asimismo, señaló que la situación de calle de las personas y sus imposibilidades económicas para contar con un vivienda no los puede poner en desigualdad de condiciones con aquellos que si pueden afrontarlo pues ambos gozan de los mismos derechos y debe garantizarse la posibilidad de permanecer durante el trámite del proceso, hasta tanto llegado el caso obtengan sentencia firme, en libertad.

Agregó que tanto las condiciones socioeconómicas como psíquicas del imputado le impiden realizar acciones que hagan presumir que se irá definitivamente del país, o que se mantendrá oculto, razón por la cual estimó que no se encuentra dada la presunción de fuga, además de la carencia de medios para hacerlo.

En relación a la magnitud de la pena y si bien tiene un antecedente de una pena de dos meses de prisión en suspenso, no posee otras declaraciones de rebeldía o pedido de detención, y en lo relativo a la magnitud de la pena en expectativa debe ser evaluada teniendo en cuenta como parámetros las penas mínimas.

En el caso, y si bien la pena máxima prevista supera los 8 años, la sola circunstancia de este peligro procesal no puede vulnerar el principio de inocencia receptado por nuestra Carta Magna y tratados internacionales. A lo que agrega que el trámite del proceso podría cambiar su rumbo a partir de los elementos probatorios que se vayan incorporando. Asimismo, refirió que el único indicador de la pena en expectativa como elemento fundante de la prisión preventiva no resulta suficiente para dictar una medida privativa de la libertad de semejante intensidad, por lo que la interpretación realizada a criterio de la magistrada, resulta inconstitucional.

En cuanto al entorpecimiento del proceso, señaló que el único elemento probatorio que resta incorporar a las actuaciones es el informe del cuerpo de bomberos, por lo que el imputado no podría impedir que el Fiscal logre cerrar la investigación. Por otra parte, en cuanto a la conjetura infundada de que potencialmente fuera a tomar venganza a la casa de un testigo que aportó la prueba fílmica resulta infundada.

Por último, manifiesta que la Magistrada no tuvo en cuenta las modalidades alternativas a la prisión, máxime teniendo en cuenta el contexto. Hace reservas.

IV. Que el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Eduardo Riggi, al momento de dictaminar solicitó que se declare inadmisible el recurso contra el rechazo a la declaración de inimputabilidad de V. M. y que se confirme la decisión impugnada en cuanto dictó su prisión preventiva.

En relación a la solicitud de declaración de inimputabilidad señaló que no resulta una resolución apelable, ni tampoco la defensa demostró cuál es el gravamen irreparable pues la decisión implica la continuación del proceso hasta el juicio. Por otra parte, señaló que los agravios solo implican discrepancias con lo resuelto por la Magistrada, que dictó una decisión debidamente fundada.

En cuanto a la prisión preventiva, y luego de señalar que la materialidad de los hechos se encuentra acreditada de acuerdo a las pruebas recabadas por el Fiscal de grado, refirió que de conformidad con los delitos atribuidos, la pena en expectativa supera el máximo previsto en el art. 170 y no podría ser dejada en suspenso en atención al antecedente que posee el imputado. Señaló, además, que la falta de arraigo fue correctamente valorada por la Judicante, así como el

riesgo de entorpecimiento del proceso de conformidad con lo explicado por el Fiscal de Primera Instancia y la ineficacia de las medidas alternativas para evitar los riesgos procesales explicados.

V. Que el Sr. Defensor de Cámara, Dr. Gustavo Aboso, solicitó en primer término que se revoque la decisión impugnada declarándose la inimputabilidad de V. M. y en consecuencia que se archive el presente proceso pues al momento de los hechos no pudo comprender la criminalidad de sus actos. En subsidio, requirió que se revoque la prisión preventiva dictada respecto del imputado.

En cuanto a la declaración de inimputabilidad, señaló que si bien asiste razón a lo afirmado en la resolución recurrida en cuanto al historial de consumo de pasta base y sustancias psicoactivas que presenta el imputado, contrariamente a lo expuesto por la Magistrada de las constancias obrantes en la causa, así como de las historias clínicas agregadas al legajo, se desprende que existen elementos para presumir que sus facultades mentales no se encontraban indemnes, por consiguiente, tampoco su capacidad. Señala las constancias que considera dan cuenta de su postura.

Asimismo, refirió que de las historias clínicas surge con certeza la existencia de las alucinaciones descriptas, a las que se clasificó en auditivas, imperativas y se estableció que resultaban del tipo que modifican o alteran la conducta. Por lo que si no se hubieran constatado se llegaría al absurdo de que se mantuvo internado y medicado al imputado en forma involuntaria sin justificación alguna.

Teniendo en cuenta que la internación involuntaria resulta ser una medida excepcional que exige el cumplimiento de riguroso requisitos, no es posible que el imputado fuera diagnosticado, medicado e internado sin haberse constatado debidamente las alucinaciones y el episodio psicótico agudo, por lo que de acuerdo a las pruebas obrantes en la causa debe ser declarado inimputable y en consecuencia archivar el presente proceso.

En relación a la prisión preventiva, señaló que considerando que se encuentra en duda y discusión la capacidad del encausado para comprender el alcance de sus actos y/o dirigir sus acciones al momento de los hechos objeto del presente caso, no corresponde el dictado de una medida restrictiva como es la prisión preventiva, hasta tanto se resuelva de manera definitiva la posible inimputabilidad.

Por otra parte, refiere que al regir el principio de libertad procesal, para la adopción de una medida cautelar como la impugnada, debe hacerse un examen de todas las circunstancias. Es así que a partir de la pena en expectativa, hay que analizar los demás elementos enunciados que aumentan o disminuyen la peligrosidad procesal, y siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado así debe hacerse. Efectúa consideraciones al respecto.

Asimismo, señaló que la resolución recurrida se centra básicamente, para decretar la prisión preventiva, en la supuesta falta de arraigo del imputado, en que la pena en expectativa que podría corresponderle por la calificación escogida y el antecedente condenatorio que pesa sobre él le impedirían acceder a una condena de ejecución condicional y, finalmente, en el posible entorpecimiento del proceso.

En cuanto a la falta de arraigo, expresó que si bien es cierto que V. M. manifestó encontrarse en situación de calle al momento de la supuesta comisión de los hechos enrostrados, se ofreció la posibilidad de recibir asistencia, hospedarse en un hotel o incluso una internación voluntaria, opciones que la Judicante no tuvo en cuenta sino que solo se centró en la carencia de todo vínculo familiar y laboral.

La Judicante rechazó el ofrecimiento de las medidas alternativas propuestas por la defensa sin argumentar los motivos que lo sustentaban. Asimismo, señaló que la existencia de peligro de fuga no puede sustentarse únicamente en la pena en expectativa, cuando V. M. no cuenta con los medios ni tiene capacidad para eludir el accionar de la justicia, debido a que no tiene recursos económicos.

Finalmente, y en relación al entorpecimiento del proceso, expresa que teniendo en cuenta que el fiscal ya ha requerido de juicio sería dificultoso obstaculizar el proceso y poner en riesgo la investigación. Asimismo, y considerando el contexto actual así como el hecho que el imputado debe continuar con su tratamiento, hacen desaconsejable el encarcelamiento preventivo en el presente legajo.

Por último, señaló que en la resolución recurrida no se ha podido demostrar efectivamente que exista un riesgo procesal que justifique la prisión preventiva.

VI. Que la Asesora Tutelar de Cámara, en su Dictamen, luego de efectuar un análisis de las constancias obrantes en la presente, refirió que la resolución de la jueza *a quo* no se ajusta a las constancias de autos, pues sin perjuicio de las discusiones técnicas entre los profesionales de la Dirección de Medicina Forense y los peritos del Ministerio Público de la Defensa, los médicos que evaluaron diariamente al imputado donde estuvo internado surge claramente que las alucinaciones auditivas habrían condicionado su

conducta, razón por la cual que al momento de los hechos que se le imputan no pudo comprender la criminalidad de sus actos ni dirigir sus acciones.

Afirmó que todos los informes coinciden en el hecho que V. M. padece una situación de salud mental compleja, que requirió internación involuntaria y plan farmacológico que se sostuvo por más de un mes, dando cuenta que al momento de su internación no contaba con plena capacidad para comprender la criminalidad de sus actos o dirigir sus acciones.

En consecuencia, dado que la comprensión de la criminalidad del acto a la que hace referencia el art. 34 inc. 1° CP implica una capacidad valorativa por parte del sujeto que se encuentra obstruida en los pacientes que padecen una adicción a sustancias psicoactivas, en atención a la situación que padece V. M. comprobada de manera acabada en autos, consideró que su capacidad de culpabilidad ha permanecido alterada.

Sumado al cuadro descripto, se refirió a las circunstancias personales de vulnerabilidad que padece el imputado y que potencian cualquier problema de salud mental, comprometiendo su capacidad para motivarse en la norma así como para tener una comprensión adecuada de sus actos, mucho menos para comprender las consecuencias que los mismos podrían tener para su persona. Por ello, solicitó que se revoque la resolución que no hizo lugar a la declaración de inimputabilidad de V. M. y, en consecuencia, se lo sobresea por aplicación del inciso 1° del art. 34 del Código Penal.

En cuanto a la prisión preventiva, consideró que la Judicante no fundó acabadamente porqué en el presente caso se debe hacer lugar a la excepcional privación de la libertad, y no evaluó exhaustivamente las alternativas impuestas por la ley de rito a la medida de última ratio. A ello agrega que, teniendo en cuenta el estado de salud psicopatológica del imputado y su necesidad de no interrumpir el tratamiento así como de recibir los controles necesarios, resulta necesario evaluar su situación de salud de modo integral y necesariamente a la luz de su problemática adicción, la medida tomada y puesta en cuestión es en realidad una respuesta inadecuada para su problemática de salud mental.

Consideró que se utiliza a la medida cautelar privativa de la libertad, como sustituta de una internación en un establecimiento de salud para el abordaje integral de salud mental.

Afirmó que esta situación de injusticia se agrava aún más en la actualidad en el marco de la pandemia que estamos viviendo por el Covid-19 ya que en la Ciudad de Buenos Aires en el día de hoy los detenidos en prisión preventiva y flagrancia son alojados en condiciones muy precarias y que además no tienen previsto el tratamiento a las afecciones a la salud mental como sufre el imputado, lo que vulnera el derecho a la salud.

VII. Que el 20/10/2020 pasan los autos a resolver.

Primera Cuestión

Aclarado ello, el recurso bajo examen ha sido presentado por quien posee legitimación para hacerlo, fundadamente, y contra una resolución cuya impugnabilidad se encuentra expresamente reconocida por el ordenamiento procesal penal (art. 173 *in fine* CPP-CABA).

Por otra parte, y en relación al rechazo de la declaración de inimputabilidad de V. M., el remedio procesal en cuestión también habrá de ser admitido pues tal como hemos señalado en precedentes de esta Sala la decisión causa al impugnante agravio irreparable en los términos del art. 279 CPP CABA (Causa N° 31.669-00/12 "Correa Etchepare, Emiliano D. s/ art. 183 CP", rta. el 18/06/2013; entre otras), sin que los argumentos esgrimidos por el Fiscal de Cámara resulten suficientes para modificar el criterio de este Tribunal, cuando la Defensa ha efectuado una crítica fundada a la decisión en cuestión.

Por lo expuesto, corresponde declarar admisible el recurso de apelación interpuesto por el impugnante.

Segunda Cuestión

I. Rechazo a la declaración de inimputabilidad

En este punto, la Defensa cuestiona la decisión de la Magistrada que consideró prematuro resolver si el imputado al momento de los hechos comprendía lo que hacía, o no podía dirigir sus acciones, pues los informes realizados por medicina forense, los peritos de parte y el contenido de las Historias Clínicas dan cuenta claramente del problema de salud mental que viene padeciendo. Asimismo, sostiene que las alucinaciones fueron constatadas en los informes médicos aportados por los nosocomios participantes, y en varias oportunidades fueron calificadas como auditivas, imperativas, y que modificaban o alteraban la conducta del encausado. Se consignó además que padecía un estado psicótico agudo y por ello se dispuso su internación pues existía un riesgo para sí o terceros. Por todo lo expuesto, considera que no se requiere más prueba que la obrante en la presente para declarar inimputable a V. M.

Al respecto, de la resolución impugnada se desprende que la Judicante, luego de evaluar los distintos informes periciales con conclusiones contradictorias,

señaló que todos coincidían en que el imputado actualmente poseía capacidad para estar sometido a proceso. Expuso, además, que la internación involuntaria del Sr. V. M. ha cesado, y que de la prueba traída a su conocimiento y obrante en el legajo, no se desprenden elementos suficientes para determinar que careciera de capacidad de culpabilidad al momento de los hechos, pues no se contaba con el testimonio de los médicos forenses de oficio, y en sus informes se ha consignado que no podía concluirse la inimputabilidad de V. al momento de los hechos.

En cuanto a las existencia de las alucinaciones, expresó que los médicos forenses en sus informes señalaron que de las historias clínicas no surge con claridad —sin perjuicio de que ello pueda ser materia de prueba— que las alucinaciones hayan sido constatadas, siendo que, además, en ningún momento se especificó en dichos registros en qué consistían, y que cuando se le preguntaba al imputado en que consistían V. M. se mostraba reticente a explicarlo.

Por todo ello, consideró que el informe de la Dirección de Medicina Forense se encuentra debidamente fundado respecto de los motivos por los que considera que existen elementos que permiten apartarse del diagnóstico presuntivo. En cuanto a lo expuesto por los peritos de la Defensa, sostuvo que no mencionaron los resultados de los test y evaluaciones que se le hicieron, y solo basan su disidencia en las constancias de las historias clínicas. Por ello, en base a la información, en esta etapa procesal y con la provisoriedad propia de la misma, V. M. pudo haber sido capaz de culpabilidad, y que las dudas que se presentan al respecto no tenían entidad para adoptar una solución diferente.

Ello así, cabe ingresar en el análisis de los planteos formulados en la presente, que fundamentalmente se circunscriben en la errónea valoración probatoria que la *a quo* habría efectuado de los elementos obrantes en la causa, así como de los diferentes informes periciales agregados a la misma en lo que hace a la incapacidad de V. M. para comprender la criminalidad de los hechos o dirigir sus acciones.

Previo a ello, cabe recordar que el art. 34 CP establece que "No son punibles: 1° El que no haya podido al momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones…".

En tal sentido, se ha afirmado que la capacidad concreta de culpabilidad no se agota con un diagnóstico biopsicológico sino que "…la exigencia normativa de una conducta conforme a derecho no es susceptible de percepción, objetivación ni cuantificación científica; la información médica sí es necesaria, en cuanto acerca al juez un conocimiento ajeno a su formación, pero no puede suplantar al "juicio especial de imputabilidad". Este debe hacerlo indelegablemente el magistrado, porque su finalidad no es otra que establecer la capacidad de determinación de una persona conforme a los dictados del deber jurídico, mensurando los límites de las exigencias del derecho para que opte con fundamento ético-social; este juicio normativo abarca tanto la validez científica de la prueba pericial —que no obliga al juez, como se verá —, como todas las demás circunstancias que permitan afirmar si ese sujeto pudo comprender la criminalidad de su acto y dirigir sus acciones o no…". (Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, Andrés José D'Alessio coordinador Mauro Divito, Tomo I, Ed. LA LEY, 2009, p. 346).

La norma del Cód. Penal antes mencionada consagra un análisis tripartito integrado por causas biológicas o psiquiátricas, consecuencias psicológicas y el componente normativo valorativo. Así, si alguno de estos tres elementos se encuentra ausente, desaparece la inimputabilidad, ya que no basta con señalar que un sujeto no comprende o no dirige, o que presenta tal enfermedad mental, sino que se debe dar la interrelación entre la causa (enfermedad) y el efecto (incapacidad para comprender o dirigir). Si la inimputabilidad se limitara tan sólo a la verificación del estado psicopsiquiátrico de un sujeto, el juzgador quedaría supeditado al informe médico para determinar su imputabilidad (Inimputabilidad por razones psiquiátricas y drogas de abuso. Nuevas perspectivas, por Mercurio, Ezequiel, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abril 2012, p. 634).

Así, los informes médicos practicados arriban en auxilio del derecho penal, y no son la psiquiatría forense o la psicología quienes deben responder sobre el grado de culpabilidad de un sujeto, consistiendo en un juicio valorativo normativo efectuado por el juzgador.

Aclarado ello, cabe adelantar que coincidimos con la decisión adoptada por la Juez de grado, en cuanto a que las circunstancias alegadas por la Defensa en su recurso no surgen en modo alguno de forma manifiesta, sino que por el contrario requieren del análisis de cuestiones de hecho y prueba, las que solo pueden llevarse adelante dentro de la etapa de juicio oral y público. Ello, pues, hasta el momento y luego de las pericias realizadas en las que se analizó la historia clínica del imputado y lo consignado allí por los médicos que lo atendieron, se arribaron a conclusiones diferentes respecto a la capacidad de V. M. de comprender la criminalidad de los hechos o dirigir sus acciones.

En este punto, cabe señalar que todos los profesionales que realizaron las pericias analizaron las constancias médicas, que tuvieron inicio el 31/07/2020 —es decir seis días después de los hechos que se le atribuyen a V. M.— y dieron cuenta que el imputado manifestó ser consumidor de pasta base y que en ocasiones tenía alucinaciones auditivas e ilusiones visuales.

Así, los Lic. Ghidoli, Hippe y Vieyto (del cuerpo Médico Forense), luego de haberse entrevistado con el imputado y analizar las historias clínicas, concluyeron que "Las constancias de evaluación del Sr. V. M. se inician con fecha 31/07/2020 con su ingreso al Servicio de Guardia del Hospital Durand, donde interviene el equipo de profesionales de dicho nosocomio, esto es 5 días después de los sucesos que se investigan. En la causa judicial no se cuenta con constancias respecto de su estado de salud mental a la fecha de estos hechos. Por lo tanto, no se cuenta con evidencias suficientes para poder responder con rigor científico, respecto de la capacidad del Sr. V. M. de comprender la criminalidad de sus actos y/o de obrar conforme a esa comprensión, al momento de los hechos que dieron origen a este caso. No obstante, se reitera lo informado oportunamente en cuanto a que, con los elementos de análisis que obran en el expediente judicial, los que se han podido recabar de las entrevistas, el resultado del psicodiagnóstico realizado, y el análisis de las historias clínicas obrantes en autos, se presume que al momento de los hechos habría conservado dicha capacidad, no surgiendo en toda la evaluación elementos en contrario…".

Por su parte, los peritos de la Defensa (Wuller y Saponaro) señalaron que "…existen elementos para presumir que sus facultades mentales no se encontraban indemnes por consiguiente dicha capacidad (de comprender la criminalidad de sus actos y/o de obrar conforme a esa comprensión)". Ello según expresaron —y así también lo explicaron durante la audiencia— pues "…Al 31/07/2020 según consta en el informe realizado en el Hospital Durand por el equipo interdisciplinario de salud mental… presentaba "alucinaciones auditivas, irritabilidad, labilidad afectiva, impulsividad contenida y falta de conciencia de realizar un tratamiento por salud mental". Además se informa que además se encontraba desorientado en tiempo y espacio, con dificultades amnésicas (memoria). Dicho grave estado de salud se vincularía con una alteración tanto del juicio de la realidad como de la comprensión… El trastorno de la personalidad mencionado… no excluye el diagnóstico psicótico sino que se potencian las probabilidades de que un individuo lo padezca, si en el mismo, concurren dicho cuadro psicopatológico de base y un trastorno por consumo de sustancias…".

Así, y tal como destacó la Magistrada, las conclusiones de los informes (entrevistas, análisis de historias clínicas y complementarios), en los que se analizaron los mismos elementos, los test y entrevistas con el imputado y las historias clínicas, arriban a presunciones diferentes respecto a la capacidad del imputado de comprender la criminalidad de sus actos al momento de los hechos y de obrar conforme a esa comprensión, distinciones que se fundan principalmente en el hecho de si las alucinaciones consignadas por los médicos que lo atendieron durante su internación fueron comprobadas —o solo relatadas por el imputado— su incidencia en la conducta y la existencia o no de un trastorno psicótico y sus alcances.

Es así, que si bien tanto la Defensa como la Asesoría Tutelar, sostienen que se encuentra acreditada la inimputabilidad de V. M. de acuerdo a las conclusiones de las pericias de parte, en forma contraria a ello el informe del Cuerpo Médico Forense consignó en base a los mismos elementos una conclusión diferente en este punto.

Al respecto, y luego de efectuar un análisis de los distintos informes, y tal como señaló la Judicante los peritos de parte, ni en sus dictámenes ni durante la audiencia se han referido a los test y entrevistas realizados con el imputado, sino que basaron sus conclusiones esencialmente en los informes médicos.

Contrariamente a ello, los profesionales de la Dirección de Medicina Forense se han referido a la evaluación psiquiátrica, psicológica y psicodiagnóstica además de las restantes constancias obrantes en la causa y señalaron el 04/09/2020 que "…El examen psicológico psiquiátrico realizado… no ha revelado signos ni síntomas característicos de una enfermedad psiquiátrica orgánica o funcional, que afecte de forma manifiesta su adecuada auto y heterocrítica y en consecuencia su capacidad judicativa. No presenta insuficiencia ni alteraciones morbosas de las facultades mentales, por lo cual conserva su autonomía psíquica y su capacidad para comprender el alcance de sus actos y dirigir su accionar… Con los elementos de análisis que obran en el expediente y los que se han podido recabar de las entrevistas y el psicodiagnóstico realizado se concluye que el señor L. J. V. M. tiene capacidad para estar en juicio, comprendiendo los actos procesales y obrando en consecuencia. Se presume que al momento de los hechos habría conservado dicha capacidad, no surgiendo en toda la evaluación elementos en contrario…".

Sumado a ello, en el informe ampliatorio de fecha 21/09/2020, arriban a la misma conclusión (tal como se consignó previamente) luego de efectuar un análisis detallado de la Historia Clínica del imputado, y allí específicamente señalaron que de las constancias

se desprende que: "...1) El Sr. L. J. V. M. es evaluado por primera vez el día 31/07/2020, esto es 6 días después del hecho que se investiga, por lo cual no se hallan en la causa judicial constancias relacionadas con el estado de salud mental del examinado a la fecha de los sucesos en cuestión. 2) Dicha evaluación fue realizada por el equipo de salud mental del Hospital Durand, en cuyo informe consta que el examinado "refiere presentar en ocasiones alucinaciones auditivas e ilusiones visuales". Estos fenómenos no han sido observados ni evaluados por los profesionales intervinientes. Sin embargo, han sido tenidos en cuenta para consignar un diagnóstico presuntivo. Es decir que fueron aceptados como síntomas referidos por el examinado (por ende, sin lograr alcanzar el estatuto de signo clínico). 3) En las siguientes evoluciones consta que el examinado se mostró reticente respecto de desplegar el contenido de las alucinaciones e ilusiones que refiere haber tenido, y también a brindar información, lo cual no se corresponde con fallas de la memoria. 4) En la evolución del día 04/08/2020 consta que el paciente manifestó querer ser trasladado al Hospital Borda, pedido que reiteró en más de una oportunidad. Cabe aclarar que el Hospital Neuropsiquiátrico José T. Borda informó no tener registro de que el Sr. V. M. haya estado internado y/o haya sido atendido en ese establecimiento. 5) Al egreso del Hospital Durand (11/08/2020) se informa que la memoria del examinado se encuentra estable; que las alucinaciones auditivas habrían bajado de intensidad; y que continúan las ilusiones visuales, todo ello sin aclarar si fueron fenómenos observados, evaluados o meramente referidos por el examinado. 6) A su ingreso al Hospital Alvear el 11/08/2020 se consigna "Presencia de alucinaciones auditivas que condicionan la conducta". No se aclara el tenor ni las características de dichas alucinaciones, como tampoco si se observaron o fueron referidas por el examinado. 7) El 12/08/2020, es decir al día siguiente de su ingreso al HEPTA, se llevó a cabo un psicodiagnóstico a cargo de las peritos psicólogas de la DMF, del cual no surgieron indicadores de alteraciones de la sensopercepción ni otros asociados con algún fenómeno psicótico. En la entrevista mencionó haber escuchado voces que lo llamaban "uruguayo" (sic) sin poder referir cuándo sucedió. No mencionó haber tenido ilusiones visuales. Ambos fenómenos no fueron observados ni constatados mediante las técnicas de evaluación psicodiagnóstica implementadas. 8) A lo largo de las distintas entrevistas que constan en la historia clínica del HEPTA, el Sr. V. M. refirió haber tenido en el pasado alucinaciones auditivas e ilusiones visuales, las que no fueron evaluadas ni observadas. Tampoco precisó cuándo habría sucedido este fenómeno. 9) En relación a la evaluación de la conciencia, se observa en todas las evoluciones la presencia recurrente de signos que no muestran afectación ni patología (lúcido, vigil, orientado témporo-espacialmente, pensamiento coherente, sin alteraciones en el curso ni contenido, ausencia de alucinaciones, sin ideación delirante, juicio conservado). 10) Con respecto al diagnóstico presuntivo consignado con fecha 04/09/2020 en la historia clínica del HEPTA de "trastorno psicótico", firmado por el psiquiatra Dr. Federico Pace, M.N. 140466 y por la Lic. María Lucia Kemel, M.N. 6418, resulta contradictorio no sólo con lo informado los días previos en la historia clínica del mismo nosocomio, sino también con la evaluación del día 08/09/2020 según informe de fecha 09/09/2020 —es decir— cuatro días después. 11) El Trastorno Psicótico agudo no es una estructura de personalidad, sino un síndrome. En cuanto al Trastorno Psicótico breve, se destaca que tiene una duración entre uno y seis meses, es decir que los signos y síntomas que lo caracterizan se mantienen en el tiempo al menos durante 30 días; y es un cuadro secundario a otro Trastorno de Personalidad. Este dato no ha sido consignado en ninguna de las historias clínicas analizadas. 12) La evaluación de la afectividad, se observa inestable en cuanto a la irritabilidad, labilidad afectiva, variantes en el grado de colaboración durante las entrevistas; todo lo cual condice con los resultados del psicodiagnóstico realizado por las peritos de la DMF. 13)Su actitud ante las entrevistas de evaluación fue variando entre activa y pasiva, parcialmente colaborador, irritable, reticente u oposicionista, brindando más o menos cantidad (y calidad) de información sobre su historia vital bajo el uso de la respuesta clishé "no me acuerdo" (sic). 14) Con relación al consumo problemático de sustancias, no se han hallado constancias que refieran a manifestaciones clínicas de abstinencia a un consumo problemático de sustancias psicoactivas, como tampoco síntomas clínicos asociados a un consumo adictivo que pueda considerarse como eje primario de su situación de salud mental; sí se ha consignado en la HC del Hospital Durand "tabaquismo" (sic). Por ello, se presume un consumo de sustancias psicoactivas secundario a su cuadro de base (Trastorno de la personalidad no especificado)..."

Ello así, los informes efectuados por los profesionales de la Dirección de Medicina Forense del CMCABA resultan detallados, fundados y claramente explican las contradicciones que hallaron en los informes médicos, las razones por las que consideran que las alegadas alucinaciones no fueron verificadas por los facultativos que atendieron al imputado así como lo relativo al trastorno psicótico y su relación con la personalidad, y la contradicción en los informes médicos en este punto.

Por ello, y teniendo en cuenta las diferencias en los dictámenes periciales, y sin perjuicio de como el impugnante interprete los informes médicos, los distintos profesionales intervinientes que son quienes en definitiva tienen un conocimiento más acabado

no lograron arribar a una conclusión uniforme respecto de la capacidad de culpabilidad del imputado, y teniendo en cuenta que los dictámenes presentados por el los profesionales del Cuerpo Médico Forense han sido detallados, claros y en ellos se han analizado todas las circunstancias consignadas en la Historia Clínica, marcando contradicciones y situaciones no verificadas, así como los resultados de las entrevistas y test efectuados a V. M., cabe presumir —tal como lo hacen los profesionales— que el imputado al momento de los hecho podía comprender la criminalidad de sus actos y/o de obrar conforme a esa comprensión.

En consecuencia, consideramos, con el grado de verosimilitud exigido en esta etapa del proceso, que el imputado tenía al momento de los hechos capacidad de culpabilidad, sin perjuicio de lo que surja del debate.

En todo caso, las circunstancias alegadas por el impugnante vinculadas con la imputabilidad del encartado, requieren mayor producción de prueba (declaración de los peritos oficiales respecto de sus dictámenes, médicos que atendieron al imputado durante su internación, o la evaluación de una junta médica, tal la prueba ofrecida por las partes para la audiencia) y las cuestiones esgrimidas serán materia a debatir y acreditar en la etapa procesal oportuna, esto es, la audiencia de juicio, donde los facultativos convocados al debate podrán exponer y explicar las razones que llevaron a las conclusiones plasmadas en los informes.

En razón de lo expuesto, siendo que los informes emitidos por los profesionales de la Dirección de Medicina Forense del CMCBA, se encuentran debidamente fundados, han dado cuenta de todas las circunstancias advertidas en base a un análisis de las entrevistas efectuadas con el imputado así como lo consignado en su Historia Clínica, cabe afirmar que en base los elementos reunidos hasta el momento en la presente no permiten sostener que el Sr. V. M. hubiera resultado inimputable al momento de los hechos, pudiendo comprender la criminalidad de sus actos, por lo que los planteos efectuados por la defensa y la Asesoría no resultan idóneos para descartarla sin más. Por ello, el recurso no habrá de prosperar en este punto.

II. Prisión preventiva

Resuelta la cuestión referida a la declaración de inimputabilidad de V. M., y en cuanto a los agravios referidos a la prisión preventiva dictada, hemos expresado en numerosos precedentes (Causas N° 340-01-CC/2005 Incidente de excarcelación en autos "Guajardo, Miguel E. y otros s/ inf. art. 189 bis CP - apelación", rta. el 07/10/2005; N° 20281-01-CC/2006 "Quiroga, Alfredo N. y otro s/ infr. art. 189 bis CP, rta. el 25/08/2006; 8372-01-CC/2007 "Incidente de excarcelación en autos Mosqueda Delgado, Nelson E. s/ art. 189 bis CP - apelación", rta. 28/03/2007; 14379-01-CC/2007 "Incidente de apelación en prisión preventiva en autos Sanagua, Luis C. s/ inf. art. 189 bis CP", rta. el 16/05/2007; N° 53311-01-00/2011 "Incidente de apelación en autos Saavedra Vega, Elmer y otros s/ inf. arts. 150 y 184 CP", rta. el 29/12/2011; N° 14845-01-00/12 Incidente de prisión preventiva en autos "Chain, Marcelo D. s/ infr. art. 189 bis CP", rta. el 18/05/2012, entre muchas otras), que si bien el principio general que rige el procedimiento penal consiste en la permanencia en libertad de los imputados antes del dictado de la sentencia condenatoria, siendo su privación de carácter excepcional, ello no impide el empleo de medios de coerción procesal, excepcionalmente, que no se encuentran vinculados a los fines que persigue el uso de la fuerza pública en el derecho material, sino a otros como lo son la correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal; es decir, se basa en el peligro de fuga de los imputados o que éstos obstaculicen la averiguación de la verdad (Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal, tomo I", Ed. Del Puerto SRL, 2004, ps. 514/516). Nótese en tal sentido que la propia Constitución Nacional —art. 18 CN— autoriza la privación de libertad durante el procedimiento penal, bajo ciertas formas y en ciertos casos.

En el mismo sentido, y legitimando la prisión preventiva durante el proceso, de acuerdo a los fines señalados, se sostiene la posibilidad jurídica de detener a una persona y mantenerla en prisión con relación a un hecho respecto del cual no ha sido declarada culpable, sobre la base de ciertas condiciones: la ejecución de un procedimiento en presencia y el aseguramiento de la consecuencia penal pueden fundamentar necesariamente una detención por peligro de fuga y por peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad; pues de otro modo estos presupuestos no serían realizables. Ello así, siempre que exista sospecha del hecho, porque ésta es la que hace nacer la posibilidad de medidas de coerción procesal penal (conf. Hassemer, Winfried, "Crítica al Derecho Penal de hoy", ed. Ad Hoc, Bs. As., 1995, p. 115/23).

A partir de ello, cabe señalar que el carácter excepcional de la prisión preventiva se encuentra plasmado en los arts. 169 y 172 CPP CABA que establecen que procederá cuando exista peligro de fuga o entorpecimiento del proceso. Asimismo, para su imposición se requiere que al delito investigado corresponda pena privativa de la libertad y se reúnan los elementos de convicción suficientes para estimar que existe el hecho delictivo y que el imputado es, en principio, autor o partícipe del mismo.

Al respecto, el art. 170 del mismo cuerpo legal prescribe que se entenderá que existe peligro de fuga cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, los antecedentes y circunstancias personales del imputado, permitan sospechar fundadamente que intentará substraerse a las obligaciones procesales, y prescribe que se tendrá en cuenta especialmente tres circunstancias: arraigo en el país determinado por el domicilio, la magnitud de la pena que podría llegarse a imponer en el caso, a cuyo fin se tiene en cuenta la escala penal de los delitos atribuidos y que, en caso de condena no procederá la ejecución condicional, el comportamiento del imputado durante el proceso o en otro en la medida que indique su voluntad de no someterse a la persecución penal.

Aclarado ello, cabe adentrarse en el análisis de los presupuestos legales establecidos para la procedencia de la medida en el caso, los que a entender de la impugnante no se encuentran configurados.

Materialidad del hecho y calificación legal En este punto, cabe señalar que la materialidad de los hechos, en relación a como acontecieron, la autoría de los mismos y la calificación legal de la conducta atribuida a V. M., no se encuentran controvertidas por lo que ninguna consideración realizaremos al respecto pues la Judicante tuvo por acreditados, con el grado de provisoriedad propio de esta etapa procesal, los hechos atribuidos al imputado conforme fueran atribuidos por el titular de la acción.

Acerca de los peligros procesales

A fin de concluir la existencia, en el caso, del riesgo de fuga exigido por el art. 169 CPPCABA como presupuesto para limitar la libertad ambulatoria durante el proceso, la Magistrada tuvo en cuenta la falta de arraigo del imputado, la magnitud de la pena que eventualmente se le pudiera imponer por los hechos atribuidos supera el máximo previsto legalmente y que de resultar condenado la pena sería de efectivo cumplimiento. Asimismo, consideró que "...tampoco es descabellado el análisis efectuado por el Sr. Fiscal, y resulta llamativo que luego de ocurridos los hechos que tuvieron una gran difusión en los medios de comunicación, el imputado vuelva al domicilio de quien aportó registros de la cámara de seguridad instalada en su propiedad, resultando que, si bien no es determinante, resulta ser un elemento más a valorar..."

Ahora bien, tal como referimos precedentemente, el art. 170 del ordenamiento ritual establece cuáles son los parámetros para analizar el peligro de fuga, y a tal efecto es dable ponderar el arraigo, así como la magnitud de la pena de los delitos que se imputan, si procede o no la ejecución condicional, y el comportamiento en este y otros procesos.

En principio y en cuanto al arraigo, tal como hemos señalado en numerosos precedentes (Causa N° 6203/2019-1 "Incidente de apelación en autos Herrera Hoyos, Marcelo A. s/ art. 5 Comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción/Tenencia con fines de comercialización", rta. el 14/03/2019, entre muchas otras), cabe tener en cuenta que no implica solamente la existencia de un domicilio sino también de lazos familiares, trabajo y el resto de las relaciones sociales del imputado.

En este punto, coincidimos con lo expuesto por la Magistrada, en cuanto afirmó que en los presentes actuados no se encuentra acreditado debidamente el arraigo, entendido en los términos antes apuntados, ello pues por un lado el imputado se encuentra en situación de calle y ninguna evidencia incorporó la Defensa a fin de asegurar que V. M. pueda ser ubicado a fin de comparecer al proceso, sin perjuicio de los lugares potenciales que mencionó donde presuntamente podría ser alojado a instancias de su parte.

Por ello, y tal como hemos señalado, si existen dudas acerca del lugar de residencia del imputado, no permite tener por acreditado el arraigo pues para su configuración no basta la acreditación de un domicilio actual sino que debe sustentarse en una situación anterior y duradera y de un grupo familiar contenedor (Causa N° 19621-01-CC/15 "Diharce, Mauricio J. s/ inf. art. 129 CP - apelación", rta. el 09/11/2015; entre otras), lo que no surge del caso de autos.

Por otra parte, cabe recordar que al imputado se le atribuyen cinco hechos de incendio en concurso real cuya escala penal va de tres a diez años de prisión (art. 186 inc. 1 CP), sumado a que se le imputó otro en grado de tentativa, razón por la cual, y sin perjuicio de que la calificación legal es provisoria, cabe afirmar que el máximo de la escala penal establecida para el concurso de delitos endilgados claramente excede el límite a que alude el art. 170 inc. 2 CPP CABA como circunstancia objetiva para considerar que existiría peligro de fuga.

Asimismo, y tal como señaló la Judicante, si bien, a la luz de la subsunción legal aplicable, el mínimo de la escala penal para los delitos que se le atribuyeron es de tres años de prisión (con excepción del incendio en grado de tentativa), en caso de ser condenado en la presente la pena no podrá ser de ejecución condicional pues el aquí imputado, según el informe del Registro Nacional de Reincidencia, registra un antecedente de fecha 15 de enero de 2020, en el que el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 51, en la Causa CCC 2867/2020 dispuso imponerle la pena de dos meses de prisión en suspenso por considerarlo coautor del delito de robo en grado de tentativa, condicio-

nalidad que, además, podría ser revocada en caso de dictarse sentencia condenatoria en la presente.

En razón de lo expuesto, teniendo en cuenta que la magnitud de la pena de los delitos que se le imputan a V. M. supera el límite previsto en el art. 170 inc. 2 CPP CABA, que no procede en el caso la ejecución condicional y que carece de arraigo, resulta razonable la medida cautelar impuesta por la Magistrada, pues tal como explicamos existen pautas objetivas suficientes como para mantener su aseguramiento preventivo, las que permiten presumir que en caso de recuperar su libertad podría intentar eludir el accionar de la justicia, las que no solo se fundan en la pena en expectativa tal como señaló la Defensa.

Entorpecimiento del proceso:

En este punto, el art. 171 CPPCABA establece que se entenderá que existe riesgo de entorpecimiento del proceso cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, las características personales del/la imputado/a y el estado de la pesquisa, permitan sospechar fundadamente que la libertad del encausado pondrá en peligro la recolección de elementos probatorios, individualización y/o aprehensión de otros/as imputados/as o el normal desenvolvimiento del proceso.

A partir de ello, y si bien el titular de la acción ha requerido la presente causa a juicio, ello por sí solo no excluye la posibilidad de entorpecimiento del proceso, toda vez que los testigos deberán declarar durante la audiencia, en virtud de lo cual entendemos que esta cuestión ha sido correctamente valorada por la magistrada de grado.

Medidas menos gravosas:

En este punto, la Defensa cuestiona que la Magistrada no haya aplicado otras medidas menos gravosas de conformidad con lo dispuesto en el art. 174 CPPCABA, en lugar de la prisión preventiva, máxime teniendo en cuenta el riesgo sanitario por la existencia de la pandemia, Covid 19, el estado de salud del imputado y la necesidad que continúe con el tratamiento. Consideraciones con las que coincide la Asesoría Tutelar.

Ello así, y de acuerdo a lo que hemos afirmado en los puntos que anteceden, consideramos que se encuentran reunidos los presupuestos legales exigidos para el mantenimiento de la medida impuesta, no resultando a criterio de este Tribunal razonablemente adecuadas para evitar el peligro de fuga ninguna de las medidas alternativas previstas en el art. 174 del CPPCABA.

En cuanto a la internación voluntaria, y tal como ha afirmado la Judicante, cabe señalar que coincidimos que dicha medida no impide que V. M. (quien cabe recordar fue dado de alta) pueda retirarse de la institución por su propia voluntad en el momento que desee, por lo que tampoco resultaría suficiente para mantenerlo sometido al proceso.

Por último, cabe aclarar que la decisión que se adopta no implica no considerar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el imputado ni la necesidad de continuar con el tratamiento, el que deberá ser asegurado para que el Sr. V. M. pueda continuarlo intramuros.

Por lo hasta aquí expuesto el Tribunal, resuelve: I. Confirmar el punto I de la resolución recurrida, de fecha 26/09/2020, en cuanto dispuso no hacer lugar al pedido de declaración de inimputabilidad de J. L. V. M. en los términos del art. 34 del CP efectuado por la Defensa y por la Asesoría Tutelar. II. Confirmar el punto II de la resolución recurrida, de fecha 26/9/2020, en cuanto dispuso dictar la prisión preventiva de L. J. V. M. (arts. 169, 170 y 173 del CPPCABA). III. Tener presentes las reservas efectuadas. Regístrese, notifíquese mediante medios electrónicos y remítase de inmediato al Juzgado de Primera Instancia, a sus efectos. *— Marcelo P. Vázquez. — Elizabeth A. Marum. — José Sáez Capel.*

PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO

Detención del imputado. Requisa personal. Accionar de la fuerza de seguridad. Advertencia de transeúnte. Sospecha suficiente.

1. — La advertencia de la transeúnte, en la vía pública, en un barrio considerado "peligroso", a plena luz del día, fundaban una sospecha suficiente para que los agentes de seguridad detengan al imputado. El peligro del caso era inminente lo que, desde luego, no implica que su producción fuera infalible pues, precisamente, se trata de la valoración *ex ante* de que se produzca un determinado acontecimiento.

2. — La falta de identificación de la denunciante no resulta óbice al procedimiento, puesto que, la denuncia en cuestión no revestía las características ni las condiciones de una denuncia formal, sin perjuicio de que al haberse erigido como notitia criminis habilitó la labor preventiva.

3. — Los extremos contenidos en la denuncia recibida le hicieron presuponer a la fuerza de seguridad que el sujeto podría llevar entre

sus ropas cosas constitutivas de un delito, por lo que ante la necesidad de proteger su integridad física como la de las personas que se hallaban en el inmueble, procedió a practicar una requisa superficial sobre el nombrado para neutralizar el peligro garantizando la seguridad pública y la eventual preservación de la prueba.

4. — Si bien asiste razón a la defensa, y se lee del informe pericial oficial y del confeccionado por la perito de parte, que la caja que contenía el arma de fuego y las municiones incautadas en ocasión de ser peritadas en la División Balística se encontraba abierta, desconociéndose los motivos que rodearan tal circunstancia, lo cierto es que como se apuntara precedentemente, no se ha constatado, ni se advierte indicio alguno que demuestre que el armamento en cuestión haya sido contaminado o modificado de forma tal de arrojar un grado de aptitud diferente al que antes poseía, máxime cuando todos los expertos coincidieron en el perfecto estado de conservación y de accionamiento de sus piezas.

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 03/09/2020. - B., J. E. s/ 189 bis (2) - portación de arma de fuego de uso civil.

[Cita on line: AR/JUR/61573/2020]

CUIJ: DEB J-01-00049760-2/2018-3

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 3 de 2020.

Vistos:

Motiva la intervención de este Tribunal el recurso de apelación articulado por la defensa oficial contra la sentencia, cuyo veredicto fue dictado el 13 de marzo del año en curso, y los fundamentos el día 20 de igual mes y año, que en lo pertinente resolvió: "I) No hacer lugar a los planteos de nulidad articulados por la defensa (...) por resultar manifiestamente improcedentes (arts. 71 y 73 en sentido contrario del CPP). III) Condenar al Sr. J. E. B. DNI ..., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de 4 años de prisión, accesorias legales y costas, ello por considerarlo autor penalmente responsable del delito de portación de arma de guerra (uso civil condicional) sin la debida autorización legal, previsto y reprimido por el art. 189 bis inciso segundo, cuarto párrafo, del CP de la Nación, Ley 20.429 y decreto ley 395/1975, en concurso real con el delito de violación de domicilio, previsto en el art. 150 del plexo de fondo (arts. 213, 248 CPP, arts. 5, 12, 45 y 55 del CP)".

Como primera cuestión postuló la invalidez del procedimiento que derivó en la detención de su asistido, el secuestro del arma y de las municiones cuya portación se le endilgó, como de todo lo actuado en consecuencia, ya que no habían existido motivos urgentes o situaciones de flagrancia que justifiquen objetivamente lo actuado por las fuerzas de seguridad (art. 13.1 y 13.3 de la CCABA y 112 del CPP).

Sobre el particular, dijo que el accionar del preventor V., quien se hallaba patrullando la zona junto a dos secundantes, se habría fundado en la alerta anónima de un transeúnte que no fue identificado porque, según el testigo, se habría negado a hacerlo. La simple negativa y el acatamiento de dicha voluntad por parte de los tres gendarmes torna, a juicio de esa parte, inválido el procedimiento ya que no se pudo corroborar si lo actuado por aquél uniformado se adecuó a los estándares que establece el ordenamiento legal precitado en lo atinente a las razones objetivas que ex ante justificasen la detención de B.

Indicó que la "premura" ante la situación, invocada por el gendarme V., tampoco podía fundar lo actuado si se tiene en cuenta que sólo éste —siendo tres los oficiales— salió a la búsqueda del individuo señalado por el transeúnte, desconociéndose incluso quienes eran los otros agentes.

En suma, afirmó que se incurrió en una nulidad de orden general y absoluta conforme lo establece el art. 72, inc. 2° del código ritual, al haber privado a su asistido de la intervención judicial previa y necesaria, en clara afectación a su derecho de defensa en juicio, debido proceso, principio de legalidad, de razonabilidad de los actos públicos, entre otros.

Asimismo, tachó de inválida la pericia balística practicada en autos y lo actuado en consecuencia de aquella, ya que a su entender se había vulnerado la cadena de custodia, circunstancia que no permitía conocer si el arma peritada se encontraba en las mismas condiciones en las que fue secuestrada.

Expuso que, tal como quedara acreditado en el debate, en un primer momento la pistola Bersa Thunder 9 mm c ... fue manipulada por el personal de gendarmería interviniente, sin contralor de la defensa, quien la examinó para comprobar la presencia de todas sus partes y el funcionamiento de su mecanismo, aunque sin dispararla, para ulteriormente proceder a secuestrarlo y acondicionar la evidencia con precintos en el interior de una caja. Con posterioridad el material fue recibido en la División Balística donde se comprobó que la caja que la contenía estaba abierta, con las cintas adhesivas —colocadas en los laterales— cortadas. A su vez, si bien el arma estaba sujeta al cartón con el precinto, éste se hallaba suelto en el interior de aque-

lla, tal como hicieran constar en sus respectivos informes la perito oficial, Lic. Bianchini, y la perito de parte, Lic. Garuzzo.

Así las cosas, expresó que se desconocía si la pistola incautada había sido alterada al afectarse su adecuada preservación, lo que constituía —a su juicio— un obstáculo insalvable para poder evaluar la aptitud del objeto secuestrado, por lo que inexorablemente debía decretarse la nulidad de la diligencia y de todo lo actuado en consecuencia.

En punto a la arbitraria valoración de la prueba y a la falta de comprobación de la materialidad del hecho mencionó que la condena encontraba asidero en el relato de un único testigo presencial, que es el preventor R. V., lo que no consideraba suficiente puesto que no había existido un solo testimonio que refrendase sus dichos en lo concerniente a los motivos por los que dispuso la detención de B., a que éste hubiera detentado un arma y se hubiera descartado de ella dentro de la Cooperativa "12 de Abril".

Nuevamente mencionó que la falta de identificación del transeúnte que habría dado el alerta era inadmisible a la luz del derecho de defensa en juicio y debido proceso, extremo que no podía excusarse en la premura exigible del momento ya que eran tres los gendarmes a los que el vecino o la vecina —extremo que V. no recordaba— les habría referido que había una persona disparando.

Indicó que durante el debate tampoco pudo precisar si había emprendido la persecución por la calle Alfonsina Storni o por la arteria Hernández. Tampoco el haber escuchado un disparo, cuando la detonación debió ocurrir a metros de su persona.

Por su parte, el testigo J. C. S., quien se hallaba dentro de la cooperativa al momento de la detención, tampoco pudo refrendarlo ya que fue claro en cuanto a que no vio a su pupilo detentando un arma ni descartándose de ella, como a su vez negó haber escuchado algún disparo antes del ingreso de B., pese a que la finca tenía la puerta abierta y se ubica a escasos metros de la calle.

Incluso, contradijo el relato del preventor en cuanto afirmó haber corrido a B. y que sin perderlo de vista pudo observar cómo éste se descartaba de algo que sacó de su cintura, en el lavatorio del baño de la cooperativa en cuestión, puesto que S. expuso que al asomarse al pasillo de la finca vio al gendarme entrando y al encausado saliendo, por lo que no era válida la versión brindada por el uniformado.

En otro orden, dijo que el casquillo servido incautado no podía ser apreciado como prueba incriminante si se tiene en cuenta que la recolección de esa evidencia fue llevada a cabo dos horas después de la presunta comisión del suceso, según puede desprenderse del acta de secuestro e inspección ocular.

En lo atinente al secuestro del arma y de las municiones afirmó que también existieron irregularidades puesto que se labraron dos documentos distintos, con la participación de testigos diferentes y, mientras en un instrumento se afirmaba que el arma se incautó en la bacha del baño de la cooperativa, el otro refería que había sido en el interior del puesto de Gendarmería sito en la calle ..., de esta Ciudad.

Por las razones expuestas, dijo que no se había quebrantado el estado de inocencia de su asistido y, por aplicación del principio de in dubio pro reo, postuló que se revoque el decisorio y se disponga la absolución de J. E. B.

Subsidiariamente, peticionó que se le aplique la pena atenuada que prevé el párrafo 6°, del inc. 2°, del art. 189 bis del CP toda vez que por las circunstancias del caso y las condiciones personales de B. (tenía trabajo y residencia, no cuenta con condenas firmes, es padre y hombre de familia) resultaba evidente, en la hipótesis de que hubiera portado un arma, su falta de intención de hacerlo con fines ilícitos.

Finalmente, para el supuesto de que no se hiciera lugar a las nulidades articuladas ni se dispusiera la absolución por falta de pruebas, requirió la absolución parcial de B. por la atipicidad de la conducta atribuida en los términos del art. 150 del CP, consistente en haber ingresado a la Cooperativa "..." sita en la calle ..., de esta Ciudad. En este sentido, dijo que el bien jurídico tutelado por la figura era el ámbito material de intimidad personal de una persona física, no así, el de las personas jurídicas, como aquí ocurre. En esta inteligencia, mencionó que la intimidad en la casa de negocios quedaba limitada a los sectores que no tenían acceso público, sin embargo, su pupilo habría entrado al pasillo común de la cooperativa de mención cuyas puertas —además— estaban abiertas, por lo que consideró que el comportamiento reprochado resultaba atípico.

Hizo reserva de acudir ante el TSJ y la CSJN

Escuchado el Sr. Fiscal de Cámara solicitó que se rechace el recurso de apelación deducido y se confirme en un todo la sentencia recurrida.

La asistencia técnica mantuvo la pieza impetrada, oportunidad en la que, en lo que aquí interesa, planteó la nulidad de la determinación judicial de la pena fijada por la Dra. Botana por falta de fundamentación

y por la inaceptable valoración realizada respecto de la rebeldía de su asistido.

En ocasión de celebrarse la audiencia prevista en el art. 284 del CPPCABA, el pasado 21 de agosto, las partes expresaron las consideraciones que constan en el acta que obra en el link: https://jusbaires.webex.com/recordingservice/sites/jusbaires/recording/playback/7d4904681a054566ab0823449c2c83a0, clave: dHN7rqK6, a cuyo contenido nos remitimos a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Cumplidos los pasos y plazos pertinentes, se encuentran los autos en condiciones de ser resueltos.

Considerando:

a) De la admisibilidad.

El recurso de apelación se dedujo por escrito fundado, dentro del término de ley y fue dirigido contra un pronunciamiento expresamente declarado apelable (arts. 251, 269 y 279 del CPPCABA).

b) De la resolución impugnada.

b.1) Nulidad del procedimiento de detención del imputado y del secuestro del arma y de las municiones.

Conforme se reseñara en los vistos de la presente, la defensa afirma que en el caso no habrían existido motivos urgentes o situaciones de flagrancia que justifiquen objetivamente lo actuado por las fuerzas de seguridad sin la debida orden judicial. Expuso que el accionar del preventor V. se habría fundado en la alerta de un transeúnte que no fue identificado, por lo que tal omisión tornaba inválido el procedimiento ya que no permitía corroborar si lo actuado por el uniformado se había adecuado ex ante a los estándares que establece el ordenamiento de rito.

En el caso se investigó y juzgó el hecho ocurrido el día 16 de agosto de 2018 a las 10.00 horas, aproximadamente, en la calle Alfonsina Storni y su intersección con la calle Constancio Vigil del Barrio Rivadavia de la CABA, ocasión en la que J. E. B. portó sin contar con la debida autorización legal y en condiciones inmediatas de uso, una pistola marca Bersa Thunder, calibre 9 mm de color negro, serie número ... sin seguro colocado y con su respectivo cargador, conteniendo en su interior doce (12) cartuchos calibre 9mm., más un cartucho en su recámara, lo que arroja en definitiva la suma de trece (13).

Dicho episodio fue puesto en conocimiento del Cabo 1° de Gendarmería Nacional R. I. V. por un transeúnte que le manifestó que instantes antes una persona de sexo masculino —que vestía buzo con capucha color negro y pantalón deportivo color azul oscuro y que resultó ser a posteriori J. E. B.— había exhibido un arma de fuego y efectuado disparos al aire. Por tal motivo, V. comenzó la búsqueda, logrando visualizar a alguien de similares características a pocos metros del lugar, quien al notar la presencia del personal policial se dio a la fuga, por lo que fue perseguido por V. quien le dio la voz de alto, pese a lo cual éste hizo caso omiso, para ulteriormente ingresar en su huida al inmueble sito en ..., en su intersección con la calle Constancio Vigil, de esta Ciudad, contra la voluntad presunta de J. C. S. Asimismo, se dirigió hacia el fondo del lugar —al baño de la finca—, donde arrojó el arma aludida dentro del lavatorio, luego de lo cual fue detenido por N. V. quien había entrado a la vivienda en dicha persecución, procediendo al secuestro del arma y de sus municiones.

Asimismo, logró incautarse una vaina servida, la que fue hallada a aproximadamente cien (100) metros del lugar donde se produjo la detención del nombrado.

De la compulsa de los actuados surge que el personal de seguridad, entre los que se hallaba el Cabo 1° V., se hallaba patrullando la zona del Barrio Rivadavia realizando tareas de prevención en el marco del Operativo "Cinturón Sur" y, en el transcurso de dicha labor se acercó una vecina del lugar —tal como fuera ratificado en el debate por el nombrado— quien le hizo saber acerca la persona que instantes previos exhibiera un arma y realizara disparos al aire en la vía pública, proporcionándole a su vez la descripción del individuo. De este modo, puede aseverarse que el procedimiento tuvo inicio en virtud de una denuncia previa (1).

El proceder del Gendarme V. estuvo justificado, aun desde un análisis ex ante: el preventor se vio confrontado con la fuerte presunción de que podía estar cometiéndose un delito (portación ilegítima de arma de fuego) o que estuviera por cometerse un delito aun más grave (cualquier delito de lesión o contra la propiedad cometido con arma de fuego) y por tal circunstancia comenzó la búsqueda según los datos brindados por la denunciante.

La advertencia de la transeúnte, en las circunstancias de tiempo y lugar existentes: en la vía pública, en un barrio considerado "peligroso", a plena luz del día, fundaban una sospecha suficiente. El art. 86 CPP establece: "Será obligatorio para la policía o las fuerzas de seguridad actuar cuando lleguen a su conocimiento hechos delictivos en forma directa, por denuncia o por orden de autoridad competente", a lo que agrega que "actuarán en forma autónoma, dando cuenta al/la fiscal inmediatamente, o en el menor tiempo posible para que asuma la dirección de la pesquisa, en casos de urgencia, siempre que sea necesario para preservar la integridad física, la libertad o los bienes

de las personas o la prueba de los hechos y en casos de flagrancia", extremos que se dan en el caso.

Por otra parte, el art. 79 CPP prevé: "La autoridad de prevención recibirá denuncias solamente en caso de flagrancia o cuando sea necesaria su inmediata intervención para evitar consecuencias del delito, la pérdida de la prueba o la fuga de sus partícipes".

De una lectura conjunta de estas normas surge que el peligro del caso era inminente lo que, desde luego, no implica que su producción fuera infalible pues, precisamente, se trata de la valoración ex ante de que se produzca un determinado acontecimiento. Por la urgencia dada, el gendarme se veía ante la disyuntiva de neutralizar el riesgo (a lo que los obliga el art. 86 CPP) o de solicitar una orden de detención y requisa.

Ahora bien, en punto a la mentada falta de identificación de la denunciante, consideramos que tal extremo no resulta óbice al procedimiento, puesto que —por las circunstancias de tiempo y lugar explicitadas— la denuncia en cuestión no revestía las características ni las condiciones de una denuncia formal, sin perjuicio de que al haberse erigido como notitia criminis habilitó la labor preventiva.

Frente a la premura que ha quedado acreditada, la necesidad de asegurar la prueba y, eventualmente, de resguardar a las personas tanto con relación a una eventual víctima, como con respecto al propio personal preventor, que surge de aquel contexto justificaba razonablemente la urgencia de la intervención policial con relación al detenido y la actitud adoptada frente a la transeúnte que denunció el hecho.

Es así que, tras recibir la notitia criminis, y "para no perder tiempo" el Cabo V. emprendió la búsqueda de la persona, cuyos datos le fueran proporcionados, haciéndolo por la calle Storni (min. 50:20 de la audiencia de debate). A los pocos metros localizó a un individuo con estas características y le dio la voz de alto, sin embargo, éste hizo caso omiso y empezó a alejarse del lugar, es por ello que el preventor debió acelerar sus pasos. Mencionó que en ningún momento lo perdió de vista (50:47) y que lo vio ingresar a una finca.

El funcionario no sólo se hallaba confrontado ex ante a un fuerte grado de sospecha de ilicitud tras recibir la denuncia sino que además se vio obligado a iniciar una persecución ante el comportamiento esquivo exteriorizado por B. tras recibir la voz de alto del gendarme y emprender la huida, extremo que no hizo más que robustecer aquella presunción primigenia.

Una vez en el sitio, vio como éste se dirigía al fondo del lugar —donde había un baño—, por lo que le volvió a dar la voz de alto y observó cómo éste sacaba algo a la altura de su cintura y lo dejaba sobre la bacha (min 51:09), para luego volver sobre sus pasos.

De este modo, los extremos contenidos en la denuncia recibida y el accionar precedentemente apuntado le hicieron presuponer que el sujeto podría llevar entre sus ropas cosas constitutivas de un delito, por lo que ante la necesidad de proteger su integridad física como la de las personas que se hallaban en el inmueble, procedió a practicar una requisa superficial sobre el nombrado para neutralizar el peligro garantizando la seguridad pública y la eventual preservación de la prueba.

Concluido éste, el gendarme al girar hacia la derecha pudo observar sobre el lavatorio una pistola 9 mmm color negra (min. 51:30), sin seguro y lista para disparar (min 51.40). Afirmó que el momento lo recordaba bien porque sintió miedo ya que arriesgó su vida en ese lugar y en ocasión de detener a esta persona (min. 51:50). Seguidamente pidió refuerzos y peritos en el lugar, y a su vez dio inmediata comunicación con el fiscal.

La circunstancia de que no se contara en autos con el testimonio de los restantes preventores, desconociéndose si —como lo hiciera el gendarme N. V.— salieron a la búsqueda del individuo denunciado —aunque en otra dirección—, o si desplegaron algún rol en ocasión del evento, no conlleva —como afirmara la defensa— la invalidez del procedimiento efectuado por el Cabo 1° V., puesto que la razonabilidad de su actuación puede verificarse en función de los elementos objetivos aquí apuntados, a la luz de la totalidad del ofertorio probatorio rendido en el debate, cuyo análisis será examinado en otro ítem.

Por otra parte, debe recordarse que los casos en que la Corte Suprema ha anulado procedimientos porque la policía no especificó motivos de detención son muy diferentes al presente. Así, en "Fernández Prieto" —cit. por la recurrente— los agentes policiales no expresaron la razón por la cual llevaron a cabo la detención: "De lo actuado en la causa nada persuade de que la autoridad haya obrado sobre la base del conocimiento de las circunstancias que hiciesen razonable la detención del recurrente y, en todo caso, si esas circunstancias existieron, los agentes policiales las han mantenido in pectore y no han dejado expresión de ellas, lo cual impide comprobar la legalidad del arresto".

Otro tanto ocurrió en "Ciraolo" —también cit.— en el que los jueces concluyeron que la detención y requisa que sufrió Ciraolo había sido "...dispuesta a extramuros del art. 18 de la Constitución Nacional y del art. 7 de la Convención Americana" (consid. 18°), pues "...ni del acta de detención y secuestro (...) ni de

la prueba producida en el debate oral surg[ían] los motivos o las razones de sospecha del oficial Pietra de modo que 'si esas circunstancias existieron, los agentes policiales las han mantenido in pectore' omisión que imp[edía] realizar un juicio de razonabilidad (...) (consid. 9°), ni tampoco había sido "...mencionada una situación de peligro para la integridad física de los agentes policiales o de un tercero circundante, y tampoco p[odía] considerarse que hubiera indicios vehementes de culpabilidad de la comisión de un delito por parte de Ciraolo, que, como ya se precisó al transcribir las constancias de la causa, se encontraba sentado en una confitería" (consid. 14°)". (2)

En consecuencia, los supuestos vicios del procedimiento referidos por la defensa oficial fueron evaluados correctamente por la a quo al considerar que se presentaban en el caso las circunstancias objetivas que habilitaba al agente a proceder en los términos de los arts. 86 y 112, del CPP, razón por la cual resulta ajustado a derecho rechazar los agravios de la asistencia técnica.

b.2) Nulidad de la pericia balística por afectación de la cadena de custodia.

En este agravio la defensa afirma que el arma de fuego objeto de secuestro no sólo fue manipulada por los peritos de gendarmería intervinientes, que arribaron tras la detención de B., sino además con motivo de que al ser recibido el material en la División Balística de la Policía de la Ciudad a efectos de realizar la experticia se comprobó que la caja que contenía el armamento y las municiones estaba abierta, con las cintas adhesivas que fueran colocadas en los laterales cortadas, por lo que no era dable afirmar que la pistola 9 mm a examinar se hallase en las mismas condiciones que presentaba en ocasión de su secuestro.

Con relación a la pretensa tacha de que los gendarmes G. y M. habrían manipulado el arma, cabe mencionar que los nombrados fueron muy claros al deponer en el debate, al igual que en el informe de inspección ocular realizado en cuanto a la labor efectuada respecto de la evidencia, la que consistió en —lo que aquí interesa— constatar en el lugar del hecho el estado general del arma de fuego, su funcionamiento, y el acondicionamiento final de ésta y el de las municiones incautadas, para entregar luego dicha evidencia al personal preventor.

Según mencionaran, por una cuestión de seguridad descargaron la pistola marca Bersa, modelo Thunder 9 Pro, serie N° ..., y observaron el recorrido del martillo y el normal movimiento de la corredera, para luego concluir que el accionamiento de los sistemas de seguros era correcto y que el arma de fuego era "de funcionamiento normal" (informe de inspección ocular a fs. 258 y ss.), es decir, no tenía ningún desperfecto. Se trató de un examen visual y de una mínima intervención manual por parte de los peritos de la cual no se desprenden indicios —ni se dejó expresa constancia de ello—, ni la recurrente menciona, que se hubiera alterado algún mecanismo correspondiente al funcionamiento del arma.

Posteriormente se resguardó la evidencia en una caja, la que se cerró y firmó en presencia de testigos.

Asimismo, en la División Balística, la Perito Oficial, Lic. Bianchini, quien se hallaba junto a la perito de parte Lic. Garuzzo, afirmó también el normal estado de conservación e identidad del objeto a peritar, no detectando anomalía alguna que dejara entrever que el instrumento podría haber sido irregularmente manipulado, para luego determinar que esta era apta para sus fines específicos —informe pericial de fs. 261 y ss.—.

Por su parte, si bien asiste razón a la defensa, y se lee del informe pericial oficial y del confeccionado por la perito de parte, que la caja que contenía el arma de fuego y las municiones incautadas en ocasión de ser peritadas en la División Balística se encontraba abierta, desconociéndose los motivos que rodearan tal circunstancia, lo cierto es que como se apuntara precedentemente, no se ha constatado, ni se advierte indicio alguno que demuestre que el armamento en cuestión haya sido contaminado o modificado de forma tal de arrojar un grado de aptitud diferente al que antes poseía, máxime cuando todos los expertos coincidieron en el perfecto estado de conservación y de accionamiento de sus piezas.

Así las cosas, no advirtiéndose la existencia de un vicio procedimental insalvable en perjuicio de los derechos constitucionales del justiciable, el agravio no podrá tener favorable acogida.

El postulado rector en lo que se refiere a las nulidades es el de la conservación de los actos y su interpretación debe ser siempre restrictiva. Ello encuentra su fundamento en las garantías constitucionales del debido proceso legal y de la defensa en juicio (art. 18 CN), las que se expresan bajo la forma de diferentes principios, tales como el de inocencia, ne bis in idem, derecho de defensa, prohibición de la reformatio in pejus, entre otros. El sistema descripto busca tutelar el normal desarrollo de un proceso que, por imperio constitucional, es el necesario para llegar a la aplicación de una pena, quitando del medio todo aquello que se encuentre viciado o que pueda afectar su normal progreso, pero no por el solo hecho de no respetar las formas, sino por atacar los derechos y garantías de que goza todo justiciable; caso contrario, se caería en el absurdo rigorismo de decretar la nulidad por la

nulidad misma (in re "Forastieri" del registro de este Tribunal).

b.3) Arbitraria valoración de la prueba, falta de acreditación de la materialidad del hecho.

En lo sustancial, y conforme fuera materia de agravios de la recurrente, el análisis del presente se limitará a evaluar el juicio de logicidad efectuado por la Jueza Botana en ocasión de dictar un pronunciamiento condenatorio respecto de J. E. B. en relación al suceso ocurrido el día 16 de agosto de 2018, a las 10:00 hs. aproximadamente, por el cual —en lo que aquí interesa— se lo condenara a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor material penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de guerra (de uso civil condicional) en concurso real con violación de domicilio, a la luz de las circunstancias y probanzas meritadas para arribar a la conclusión objeto de impugnación por la defensa.

En este punto la recurrente afirma que el decisorio encontraba asidero en un único testigo presencial, que es el preventor R. V., quien —incluso— tampoco lo vio portar un arma. De este modo, dijo que no existía ningún otro testimonio que pudiera refrendar los dichos de aquél en punto a los motivos de detención de B. y a que este haya detentado un arma y que se hubiera descartado de ella en el interior de la cooperativa.

Ahora bien, el sistema de valoración probatoria de la sana crítica implica que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Sin embargo, tal cometido no queda librado a un arbitrio absoluto del juzgador, sino que se le impone que realice la apreciación conforme a los principios de la sana crítica racional, es decir, que debe valorar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. (3)

Sobre este base debe reconstruirse la verdad histórica de lo sucedido, y dicho juicio intelectivo no puede sopesarse en virtud de la cantidad de testigos directos con los que se cuente, ya que incluso puede darse el caso de que no se cuente con ninguno y sin embargo arribar a un estado de certeza, sin violentar —por ello— el principio constitucional de inocencia.

El vetusto *testis unus, testis nullus* fue propio de los sistemas de tabulación, o de pruebas tasadas ya erradicado en todas las legislaciones. El método de la libre convicción para valorar las probanzas y el principio de la verdad real e histórica, no comulgan con tan tajante atadura al análisis de los jueces. (4)

Sentado lo anterior, consideramos —como lo hiciera la Dra. Botana— que la prueba producida durante la audiencia de juicio ha sido suficiente para tener por acreditado el hecho por el que el imputado fue condenado.

Los testimonios de cargo brindados por los gendarmes V., G. y M. fueron, pese al tiempo transcurrido, precisos y concordantes en cuanto a los extremos salientes del suceso juzgado, cada uno —desde luego— con relación a los tramos del evento por ellos presenciados, mientras que la restante prueba introducida al debate reafirma y da mayor credibilidad a esas exposiciones.

La jueza valoró adecuadamente los elementos de convicción, analizando con suficiente detalle los testimonios oídos.

Así, el cabo R. V., aunque si bien no recordaba algunos pormenores, fue claro en ocasión de declarar en el debate en que —conforme se reseñara en el acápite de nulidad del procedimiento— tras recibir la notitia criminis emprendió la búsqueda de esta persona, cuyos datos le fueran proporcionados por una vecina del lugar —conforme pudo ratificar en el juicio—, haciéndolo por la calle Storni (min. 50:20 de la audiencia de debate) y que a los pocos metros localizó a un individuo con estas características y le dio la voz de alto. Sin embargo, éste hizo caso omiso y empezó a alejarse del lugar, es por ello que el gendarme debió acelerar sus pasos. Mencionó que en ningún momento lo perdió de vista (50:47), que ingresó a una finca y se dirigió hacia el fondo, donde el gendarme —que también entró tras la persecución— pudo observar como éste sacaba "algo" a la altura de su cintura para arrojarlo dentro del lavamanos (del baño). Luego procedió a la detención y requisa de B., oportunidad en la que divisó el arma de fuego dentro de la bacha.

Si bien es cierto que —como afirma la defensa— el testigo no pudo aportar los datos de quienes habían sido los preventores que primigeniamente lo secundaban, con motivo de los continua rotación del personal de turno, tal circunstancia —como ya se expresara al tratar la tacha de nulidad— no le quita legitimidad al procedimiento, ni valor probatorio a su relato, en la medida que —como lo reputara la Juez— no surgieron signos de mendacidad o un animus especial respecto de la situación de un individuo al que ni siquiera conocía, siendo su lenguaje llano y carente de artificios.

Por su parte, el testigo J. C. S., encargado de la cooperativa, aunque no pudo brindar muchos por-

menores, sí ubicó en el lugar a B. y al personal de gendarmería, a los que vio —según refiriera— recién cuando se asomó al pasillo del inmueble ya que estaba de espalda en el interior de la habitación donde se halla la cooperativa. De acuerdo a su relato, el hecho de que éste viera a "B. salir y a la gendarmería ingresar" no necesariamente contradice lo expuesto por V., quien mencionó que luego de que el sujeto se descartara del objeto en el baño, volvió sobre sus pasos, oportunidad en la que el uniformado fue hacia él (min 51:10).

A su vez la declaración del Cabo 1° R. V. se halló concatenada con las vertidas por los expertos Eriberto Gudiño y Eusebio Martínez, quienes arribaron tras la solicitud de refuerzos y de peritos en criminalística.

Los nombrados brindaron un testimonio muy preciso en cuanto al procedimiento realizado: confección del croquis del lugar, levantamiento de rastros y fotografías. A su vez, coincidiendo con V., comprobaron la ubicación del arma de fuego en el interior del lavatorio y tras descargarla hicieron el examen de observación de funcionamiento ya referido, para luego acondicionarla en la caja de evidencias y entregarla al personal preventor. Por su parte hallaron y secuestraron en la vía pública, cerca del frente de la casa, una vaina servida, compatible con el calibre de la pistola hallada.

Todo lo actuado por lo nombrados fue practicado en presencia de los testigos civiles L. L. y J. E. los cuales, aunque no prestaron testimonio en el debate, suscribieron el acta de inspección ocular de fs. 275, cuya validez no ha sido cuestionada.

A su vez, V. relató que luego de ello, por cuestiones de seguridad y por el testigo, ya que se trata de una zona hostil, se trasladó el procedimiento a la base operativa de la zona (min 52:52). Explicó que cuando deben intervenir en situaciones de este tenor la gente se aglomera y comienza a tirar piedras y allí se habían comenzado a juntar personas (min 57.00).

A preguntas de la fiscalía, sostuvo entonces que las actas de detención y de secuestro del arma de fuego las confeccionó en la base de la calle Chilavert, cuya firma reconoció en ambas y surge del contenido de dichos instrumentos a fs. 272/275, lo que a su vez concuerda con lo expresado por el testigo V. R. que en el curso de la audiencia dijo haber suscripto esos documentos en la base de gendarmería, previa lectura que realizó; por lo que no se advierte irregularidades en las actas, tal como fuera mencionado por la recurrente.

En suma, a la luz de las valoraciones apuntadas, y del conjunto del restante plexo probatorio rendido en autos, entendemos que, en el sub lite, la Magistrada llegó al grado de certeza requerido para la condena y, por el contrario, no se advierten elementos de prueba ni razonamientos que generen una duda razonable respecto de la responsabilidad de J. E. B. en el evento que se le imputó.

En consecuencia, las apreciaciones de la asistencia técnica transitan ya no en la falta de fundamentación, arbitrariedad del pronunciamiento o en un error en el juicio intelectivo desarrollado, sino más bien discurren en una diferente apreciación de los elementos que fueron meritados a tal efecto.

b.4) Atipicidad de la conducta que fuera encuadrada en el art. 150 CP.

En reiteradas oportunidades sostuvimos que la aplicación de este instituto de excepción se restringe a aquellos casos en los que la atipicidad o la inexistencia de un hecho penalmente relevante surge en forma patente (Sala II, causa N° 4081-00-CC/2008, "Suvia", rta.: 15/07/2008; causa N° 32499-01-CC/2008, "Cairat", rta.: 30/09/2009; causa N° 14.625-00-CC/2009, "Antas", rta.: 09/10/2009, entre muchas otras, y Sala I, c. n° 24.011-01-CC/2008 "Incidente de Apelación en autos Galván, Stella G. s/ inf. art(s). 181 inc. 1 Usurpación (Despojo) CP", rta. 12/11/2008; c. N° 6300-00-CC/2010 "García, José R. s/ infr. art. 149 bis CP", rta. 17/12/2010; N° 10950-00-00/14 "Mainardi, José M. s/ inf. art. 13.944 2 bis LN 13.944", rta. 15/07/2015, entre otras).

El art. 150, CP dice que será punido aquel "...que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo".

De esta manera, para el ordenamiento penal el domicilio se integra de los conceptos de morada, casa de negocios, dependencias y recinto habitado. Así, el tipo no sólo protege inviolabilidad de la morada propiamente dicha, sino que también la de sus dependencias. Soler explica que "[p]or dependencias de la morada (...) deben tenerse los recintos y espacios que sin constituir por sí mismos la morada (...) están naturalmente unidos con aquéllos y responden a las necesidades de la actividad allí desplegada en el local principal, como, por ejemplo, los patios abiertos que pueden separar dos grupos de habitaciones (...). No pueden ser consideradas dependencias sino aquellos espacios en los cuales se puede decir que alguien entra (...)".

Cabe afirmar que la acción típica del delito de violación de domicilio "...consiste en entrar en el domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta de quien

tenga derecho a excluirlo. El sujeto activo entra en el domicilio cuando pasa a su interior desde afuera, accede, transpone un límite determinado penetrando en el recinto..." (D'Alessio, Andrés — Director, Divito Mauro— Coordinador, "Código Penal de la Nación - comentado y anotado", T. II, 2ª Edición, Ed. LA LEY, Bs. As., 2009, p. 507), mientras que el tipo subjetivo requiere que el autor tenga conocimiento y voluntad de ingresar en el domicilio contra la voluntad expresa o presunta del sujeto pasivo (D'Alessio, op. cit., p. 512)".

De las probanzas reunidas ha quedado claro el carácter privado que ostenta el inmueble sito en la calle ..., de esta Ciudad.

En efecto, a diferencia de lo postulado por la defensa, en cuanto afirma que el lugar era un sitio comercial, el cual poseía un sector de acceso público (el pasillo donde habría ingresado su asistido) y uno privado, el sitio en cuestión es una finca que desde el ingreso posee un pasillo al cual dan las distintas habitaciones y hacia el final del corredor está el baño de uso común de la propiedad (ver croquis de fs. 273 e informe de inspección ocular de fs. 248 y ss.).

Por su parte, J. C. S. dijo que la cooperativa en la que él presta servicios junto a sus compañeros se ubica en la segunda habitación, donde guardan los instrumentos que utilizan en sus tareas, siendo que en los restantes dormitorios viven distintas personas.

Tanto el recinto donde se emplaza el pasillo que comunica directamente a las habitaciones y el baño de aquél inmueble —donde el encausado B. se descartara del arma de fuego—, son dependencias para el uso exclusivo de quienes habitan —en forma permanente o transitoria en el lugar—, como también respecto de quienes éstos autoricen, lo que no ocurría con B. quien era allí desconocido.

Por lo demás, la circunstancia de que la puerta de la propiedad estuviere abierta en ese momento, no obsta a lo aquí expresado. Sobre el punto resulta esclarecedor el relato del nombrado S. en cuanto manifestó que él "deja la puerta abierta para que ingresen sus compañeros y saquen las herramientas" (min. 16:20), lo que implica que se hallaba vedado el acceso a personas ajenas a ese ámbito.

Por las razones apuntadas se impone también el rechazo de este agravio.

b.4) Nulidad de la determinación de la pena.

A diferencia de lo postulado por la recurrente, se expusieron en el fallo los extremos valorados para mensurar la pena de acuerdo a las pautas fijadas en los arts. 40 y 41 del CP.

En lo concerniente a la aplicación del atenuante peticionado entendemos éste configura una pauta facultativa para la *a quo,* resultando una circunstancia excepcional en la que debe analizarse detenidamente la concurrencia de determinados elementos objetivos, que permitan efectuar el encuadre tal como lo señala la norma en torno a "las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor" situación que lejos está de darse en autos frente a un individuo que se le ha enrostrado el hecho de portar un arma cargada en la vía pública y efectuar disparos al aire, eludir la acción policial, además de registrar antecedentes condenatorios por robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con robo simple, encubrimiento agravado y portación ilegal de arma de guerra y robo con armas, en el marco de otra causa, aún cuando dichos pronunciamientos condenatorios no se hallen firmes por haber sido recurridos antes la CSJN y CNCP, respectivamente.

Sin perjuicio de lo anterior, tal como esta Sala sostuviera in re: "Incidente de apelación en autos 'Suaznabar Peña, Brian s/ art. 189 bis (2) - Portación de arma de fuego de uso civil" (5), cabe recordar que durante el tratamiento parlamentario de la ley 25.886 se ejemplificó que esta cláusula sería de aplicación a aquellos casos en los que alguien porta las armas con finalidad deportiva, de caza o de colección, supuestos que no se relacionan con el aquí tratado. (6)

Por lo demás, la jueza explicó que el apartamiento del mínimo legal de la sanción obedecía a que encartado había incurrido en la comisión de otro delito en ocasión de intentar evadir el contralor de las fuerzas de seguridad, por lo que mal puede afirmarse que el quantum seleccionado no se halló motivado.

Por lo expuesto, habremos de confirmar la sentencia en crisis en todos sus términos.

En consecuencia, habiendo concluido el Acuerdo, el Tribunal, resuelve: I. Confirmar la sentencia, cuyo veredicto fue dictado el 13 de marzo del año en curso, y los fundamentos el día 20 de igual mes y año, que en lo pertinente resolvió: "I) No hacer lugar a los planteos de nulidad articulados por la defensa (...) por resultar manifiestamente improcedentes (arts. 71 y 73 en sentido contrario del CPP.).- III) Condenar al Sr. J. E. B. DNI ..., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de 4 años de prisión, accesorias legales y costas, ello por considerarlo autor penalmente responsable del delito de portación de arma de guerra (uso civil condicional) sin la debida autorización legal, previsto y reprimido por el art. 189 bis inciso segundo, cuarto párrafo, del CP de la Nación, Ley 20.429 y decreto ley 395/1975, en concurso real con el delito de violación de domicilio, previsto en el art. 150 del plexo de fondo (arts. 213, 248 CPP, arts. 5, 12, 45 y 55

del CP)". II. Tener presentes las reservas formuladas por la defensa en el punto V del escrito impugnaticio. Tómese razón, notifíquese al Sr. Fiscal de Cámara Oeste y al Sr. Defensor de la Defensoría de Cámara N° 2, al encausado J. E. B. a través de teletipograma en su lugar de detención, y oportunamente devuélvanse las actuaciones a primera instancia a sus efectos. Sirva lo proveído muy atenta nota de remisión. — *Fernando Bosch. — Pablo Bacigalupo. — Marcelo Vázquez.*

(1) Sala II, c. 7859-01/Cc. 2014, caratulada "Areco, David y otros s/ infr. art. 189 bis, CP", rta.: 23/12/2014 (voto de los Dres. Pablo Bacigalupo y Fernando Bosch).

(2) CSJN (C.224.XLIII) rta.: 20/10/2009, cit. en el precedente del TSJ "Expte. N° 13042/16 "Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sevillano, Marcelo O. s/ infr. art(s). 189 bis, ap. 2, párr. 3° y 149 bis, párr. 1°, amenazas, CP (p/L 2303)'" (voto del Dr. Luis F. Lozano), rta.: 28/10/2016.

(3) Cf. Jauchen, Eduardo M., "Tratado de la prueba en materia penal", Rubinzal-Culzoni Editores, ps. 48 y ss.

(4) Ob. cit., ps. 372 y ss.

(5) Sala II, c. 22930/2017-2, rta.: 26/12/2019.

(6) Debate de la ley 25.886 disponible en:https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_24001_27000.html diario de sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 7 de abril de 2004.

TRANSPORTE DE PASAJEROS SIN HABILITACIÓN

Plataforma electrónica Uber. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Aplicación de multa.

1. — La norma por la que fuera condenado el infractor —art. 6.1.94 de la ley 451, CABA— es clara en cuanto establece que será sancionado quien efectúe el transporte de personas sin habilitación, no diferenciando si existe la posibilidad o no de obtener la correspondiente autorización en los términos que pretende.

2. — La regulación del tránsito y los medios de transporte de pasajeros en la Ciudad de Buenos Aires es materia propia del poder de policía local, por lo que su reglamentación corresponde a las autoridades metropolitanas.

3. — El art. 6.1.94 del Código de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires no distingue si para cometer la falta es preciso que exista —o no— la posibilidad de obtener la habilitación para el transporte de pasajeros sino que, contrariamente a ello, solo prevé una prohibición general y expresa para el transporte de pasajeros, o de carga, sin habilitación, y ello es así aun cuando aquella autorización se conceda en los supuestos taxativamente previstos en la normativa local como ocurre en los casos de taxis y remises.

4. — El contrato de transporte se encuentra regido por el Código Civil y Comercial en lo atinente a las relaciones contractuales y las obligaciones de las partes, lo que corresponde al derecho privado; y por el Código de Habilitaciones y el Código de Transporte y Tránsito de CABA —ley 2148— en lo relacionado con el derecho administrativo, el que debe velar por el cumplimiento de las disposiciones de seguridad de la sociedad, cuestiones que son de orden público, las cuales las partes no pueden disponer o evitar.

5. — La actividad de transporte de pasajeros efectuada por el imputado solo podría llevarse a cabo de manera legalmente habilitada si esta se adecúa a alguna de las habilitaciones mencionadas, existentes en la normativa local de la CABA actual.

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 29/10/2020. - R., G. F. s/ 6.1.44 - transporte de pasajeros.

[Cita on line: AR/JUR/61381/2020]

CUIJ: CAU J-01-00040869-3/2019-0

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 29 de 2020.

Resulta:

I. Que en las presentes actuaciones obra el acta comprobación serie I N° 821.823, labrada el día 17 de enero de 2019 a las 8:14 horas, a G. F. R., en la ... de esta Ciudad, con el rodado marca Fiat, modelo Siena, dominio ..., infracción por la que en sede administrativa se le impusiera la sanción de multa por el monto total de diez mil unidades fijas (10.000.- UF), de cumplimiento en suspenso, por la infracción consistente en "Transporte de pasajeros sin habilitación (taxi/escolares/remises/fantasía/otro)". En las observaciones del acta de comprobación se asentó que el imputado prestaba servicios a través de la aplicación Uber y que esto surge de los dichos del pasajero A. J.

II. Que, una vez solicitado el pase de las actuaciones a esta justicia Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, y luego de contestado el traslado en los términos del art. 41 LPF, el 09/09/2020 se llevó a cabo la audiencia de juzgamiento, en la que la Magistrada de grado resolvió, en lo que aquí interesa, "I. Condenar a G. F. R. (DNI N° ...), en orden al hecho que se le atribuyó en esta causa N° 37.861/2019-0 y que fue asentado en el acta de comprobación serie I N° 821823, labrada el 17 de enero de 2019, a la sanción de multa de cien (100) unidades fijas, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, con costas. (cfr. arts. 4; 19, segundo párrafo, inc. 1°; 27; 31 y 6.1.94 de la ley 451; y arts. 33 y 55, inc. h), de la ley 1217)."

III. Contra el resolutorio supra mencionado, la defensa particular de G. F. R. interpuso recurso de apelación.

En primer lugar, señaló que se vulneró el principio de legalidad, pues la Jueza de grado reconoció la inexistencia de regulación de una habilitación para prestar servicios de transporte a través de las plataformas electrónicas (Uber) y que solo se pueden realizar las actividades previstas en el CH. Agregó que la falta de regulación no puede equipararse a la prohibición. Citó jurisprudencia al respecto.

Asimismo, expresó que existen varias sentencias en el fuero PCyF —las cuales se encuentran firmes— en las que se establece que conducir utilizando Uber, no es lo mismo que conducir un remis ni un taxi, por lo que no se le puede exigir cumplir con dicha normativa y, a tal efecto, tampoco se lo puede sancionar por no tener esas habilitaciones.

Indicó que el artículo que se le pretende imputar —6.1.94 del Régimen de Faltas— no es aplicable a la actividad de Uber y, por lo tanto, imponer una sanción en base a esta norma implica una arbitrariedad y contradice la jurisprudencia del fuero.

Citó como referente para mantener su postura, los precedentes "Bellini", "Corrales", "Gimeno", "Gutierrez", "Faccio", "Sanz" y "Yovino" en las que se determinó —en contradicción con el acta impugnada— que conducir un Uber: I) no es equivalente a conducir un taxi o remis sin habilitación, II) tampoco la modificación introducida al Código de Tránsito y al Régimen de Faltas mediante la ley 6043 (que se pretendió aplicar inicialmente en este caso) es aplicable a quienes conducen utilizando Uber III) la CABA no ha reglamentado la actividad y las normas vigentes no requieren una habilitación específica para este tipo de transporte privado de personas; IV) se trata de un transporte privado sin necesidad de habilitación, amparado por el Cód. Civ. y Comercial y por la Constitución Nacional, V) la falta de regulación por parte de la CABA no puede traducirse en una prohibición de realizar la actividad.

En segundo lugar, sostuvo que se vulneró el principio de tipicidad contenido en el art. 18 CN, debido a que se castigó una conducta que no está específicamente prohibida en la legislación vigente y que no se puede requerir a Uber contar con la habilitación de remis, recurriendo a la analogía, extendiendo a las normas previstas para un servicio "parecido". Además, señaló que vulneró el principio de igualdad, debido a que son varios los pronunciamientos en los que se ha afirmado que Uber no requiere la habilitación de taxi o de remis, y en ellos se ha afirmado que ni el art. 6.1.49, ni el 6.1.94, son aplicables a estos casos y por lo tanto se lo estaría condenado mientras que otras personas que desarrollaron la misma actividad fueron absueltas.

En tercer lugar, mencionó que en el caso se ha omitido dar cumplimiento con la manda del art. 3 inc. f de la Ley 1217, en cuanto es obligatorio dejar constancia de "Identificación de la/s persona/s que hubieran presenciado la acción u omisión que da lugar al labrado del acta o que pudieran aportar datos de interés para la comprobación de la falta". Señaló que no se ha tomado en cuenta que no existió persona transportada alguna y, de haber existido pasajero, en el Acta debió constar tal circunstancia con su debida identificación: nombre, apellido, DNI y domicilio del mismo.

Finalmente realizó reserva.

IV. Que la Sra. jueza de grado resolvió conceder el recurso de apelación. Señaló para ello que los agravios podían subsumirse en las causales de violación a la ley —por haber considerado el impetrante que se ha invertido el principio contenido en el art. 19 de la CN— de arbitrariedad en el encuadre legal efectuado dentro del art. 6.1.94 de la Ley 451, según art. 56 Ley 1217, por lo que entendió que expresaban un interés concreto y directo en su impugnación, y por lo tanto, resultaba procedente su concesión.

V. Arribadas las actuaciones a esta Sala, se corrió vista a la Sra. Fiscal de Cámara, Dra. Sandra Verónica Guagnino, quien entendió que el recurso debía ser rechazado y confirmada la decisión recurrida.

Respecto a la alegada vulneración de las garantías de reserva de ley y legalidad y la presunta afectación al principio de igualdad ante la ley, consideró que los fundamentos esgrimidos no alcanzan para provocar la revocación o modificación de la decisión de instancia, que encuentra apoyo tanto en reiteradas decisiones de esta Alzada como en jurisprudencia del TSJ. Que, en definitiva, la decisión de la Jueza de grado satisface las exigencias para tornarla un acto procesal

válido y brindó una interpretación razonable del ordenamiento jurídico y de las pruebas producidas en el debate.

Por último, en cuanto a la presunta falta de identificación del pasajero, señaló que surge claramente del acta de comprobación, los datos de quien fuera pasajero del vehículo al momento de la infracción, y en este sentido adujo la Sra. Fiscal que la defensa no cuestionó la veracidad de estos datos ni convocó al pasajero como testigo o propuso cualquier otra medida a fin de desvirtuar este elemento del acta de comprobación. En este sentido, el acta cuenta con el nombre, apellido y DNI del pasajero en cuestión y aún así la defensa no lo convocó a la audiencia de debate.

Sin perjuicio de ello, dejó sentada su posición en relación a la dirección de la acción de faltas, que fue impulsada únicamente hacia el conductor del automóvil con prescindencia de la persona jurídica que organiza beneficia económicamente de la actividad recibiendo los dividendos —mediante una aplicación móvil—, afirmando que resulta, cuanto menos, inequitativa y desproporcional y reñida con la práctica que se viene desarrollando, en casos análogos, desde hace bastante tiempo en el ámbito de la Ciudad, al encausar y responsabilizar a la empresa que organiza y se beneficia en última instancia por la actividad desarrollada.

Por lo tanto, solicitó que se rechace el recurso interpuesto y se confirme la decisión recurrida.

VI. Cumplido el plazo correspondiente sin que la Defensa Particular contestara la vista conferida, pasaron los autos a resolver.

Primera cuestión

En primer lugar, el recurso de apelación ha sido interpuesto en las condiciones de tiempo y forma establecidos en el artículo 57 de la ley 1217 y por quien posee legitimación para hacerlo.

No obstante, corresponde a esta Alzada realizar un motivado juicio de admisibilidad a fin de dilucidar si los agravios expuestos en el recurso configuran alguna de las causales que tornan admisible la vía procesal, a partir de lo dispuesto en el art. 56 de la ley 1217, o si constituyen una mera discrepancia de criterios (Causas N° 30600-00-CC/07 "Transporte Santa fe SA s/ infr. art. 2.2.3 —obra no autorizada—", rta. el 12/06/2018; entre muchas otras).

En el área apuntada, corresponde partir de la circunstancia de que el mencionado artículo de la ley de procedimientos de faltas prevé tres supuestos específicos de viabilidad, a saber: a) inobservancia manifiesta de las formas sustanciales prescriptas para el trámite o decisión de la causa, b) violación de la ley y c) arbitrariedad; fuera de los cuales no puede concederse la vía intentada (Causas N° 229-00-CC/04 "Posadas Daniel s/ estacionar en un lugar prohibido - apelación", rta. el 05/08/2004, N° 30861-00-CC/07 "Asociación de Club Premier s/ inf. Art. 2.2.14 - L 451 - apelación", rta. el 13/05/2018, entre muchas otras). Solo en esos supuestos, el legislador local autorizó la competencia revisora de esta Cámara acerca de las resoluciones dictadas por los Jueces de primera instancia en el marco de procesos de juzgamiento de faltas.

Corresponde analizar entonces los planteos del recurrente a fin de establecer si encuadran en alguno de los presupuestos legales de procedencia del recurso de apelación, antes reseñados.

Los agravios de la defensa, sin perjuicio del desarrollo y el orden en que han sido consignados en el recurso, se sintetizan en los siguientes: a) afectación al principio de reserva de ley y legalidad, conforme arts. 18 y 19 CN —agravios A, B, C del escrito de apelación—; b) violación del principio de igualdad —agravios D—; c) nulidad del acta por no contar con los datos del pasajero y/o testigo —agravio E—.

En cuanto al planteo tendiente a la nulificación del acta, y si bien en numerosos precedentes sostuvimos que los argumentos esgrimidos en este punto, más allá de su acierto o no, encuadran en la causal de manifiesta inobservancia de la forma prevista para el trámite de la causa (causas N° 20390-00-CC/14 "Construcsur SRL s/ infr. art. 2.1.15 Ley 451 - Apelación", rta. el 13/07/2015, N° 15.853/2018 "Dos Santos, Iranaia Silva s/ art. 6.1.49 Ley 451" - Apelación rta. el 11/12/2018; entre otras).

Por su parte, los agravios efectuados en relación a la violación al derecho de igualdad, principio de legalidad y los referidos a la conducta presuntamente infringida y su calificación legal, constituyen un supuesto de violación de la ley, por lo que el recurso será admitido en lo que a estos cuestionamientos respecta.

Segunda cuestión:

Admitido el recurso en los términos antes mencionados, se analizarán los agravios del recurrente en forma separada para una mayor claridad expositiva.

I. Infracción cometida. Encuadre jurídico

En este punto, y a los fines de mejor proveer, corresponde traer a colación ciertos hitos procesales.

Así, conforme surge de las presentes actuaciones, el día 17 de enero de 2019 a las 8:14 horas, fue labrada el acta de comprobación serie I N° 821823, a G. F. R., en la ... de esta Ciudad, oportunidad en la que el

nombrado conducía el rodado marca Fiat, modelo Siena, dominio ..., infracción por la que en sede administrativa se le impusiera la sanción de multa por el monto total de diez mil unidades fijas (10.000.- UF), de cumplimiento en suspenso, por la infracción consistente en "Transporte de pasajeros sin habilitación (taxi/escolares/ remises/ fantasía/otro)". En las observaciones del acta de comprobación se asentó que el imputado prestaba servicios a través de la aplicación Uber y que esto surge de los dichos del pasajero A. J.

Cabe recordar que se le ha atribuido al aquí imputado —en lo pertinente— la conducta consistente en no poseer habilitación para transportar, en el caso, pasajeros; conducta que tanto el Controlador de Faltas como la Judicante encuadraron en la falta prevista y reprimida en el art. 6.1.94 de la Ley 451 (según ley 6043/2018).

La disposición legal mencionada establece una sanción para aquellos taxis, transporte de escolares, remises, vehículos de fantasía y otros que transporten pasajeros sin la correspondiente autorización.

Concretamente la norma dispone que "El/la titular o responsable de un vehículo que transporte pasajeros que lo explote sin la autorización y/o habilitación para prestar el servicio establecida por la normativa vigente, es sancionado/a con multa de diez mil (10.000) unidades fijas e inhabilitación para conducir de siete (7) a treinta (30) días".

Ahora bien, el recurrente sostiene que la actividad llevada a cabo por su parte no requiere habilitación alguna, pues no se trata de un servicio de taxi o remis, sino de un contrato civil de transporte regulado por las disposiciones establecidas en el Cód. Civ. y Comercial.

Ello así, cabe afirmar que la norma por la que fuera condenado el infractor y que aquí interesa es clara en cuanto establece que será sancionado quien efectúe —como en el caso— el transporte de personas sin habilitación, no diferenciando —como pretende la Defensa— si existe la posibilidad o no de obtener la correspondiente autorización en los términos que pretende (causa N° 25915/2019-0 "Chumbita, Paulo D. s/ art. 6.1.28 - exceso de velocidad - Ley 451", rta. el 01/10/2019, causa N° 15853/2018 "Dos Santos, Iranaia S. s/ art. 6.1.49 Ley 451" - Apelación, rta. el 11/12/2018; entre tantas otras).

Así, pues la regulación del tránsito y los medios de transporte de pasajeros en la Ciudad es materia propia del poder de policía local, por lo que su reglamentación corresponde a las autoridades metropolitanas. Teniendo en cuenta ello, y de las disposiciones legales aplicables en materia de transporte de pasajeros se desprende que en la ciudad se encuentran habilitados para realizar dicha actividad con vehículos, tal como en el caso: los taxis (Capítulo 12 Ley N° 2148) y los remises (Capítulo 8.4 del Código de Habilitaciones y Verificaciones).

Cabe traer a colación lo asentado al respecto por nuestro máximo tribunal local en tanto ha señalado que: "...la parte recurrente se limita a afirmar que se le exige la habilitación requerida para la prestación de un servicio, el de traslado de personas, retribuido y en autos particulares, distinto al que reconoce ofrecer. Ahora bien, este argumento no se hace cargo de que, en la interpretación del GCBA y de los jueces que examinaron esta causa, esas condiciones, cuya concurrencia está admitida, exigen habilitación. A su turno, aunque identifica posibles diferencias entre su servicio y el de otros a los que el GCBA habilita en el marco del artículo 1.1.1 del Código de Habilitaciones, no explica por qué esas diferencias justificarían el distinto tratamiento al que aspira. Tampoco se ve por qué su vehículo sería particular, a diferencia, por ejemplo, de un remise, sino precisamente en porque no ha requerido la habilitación. Por lo demás, la exigencia es la de contar con una habilitación, no una específica. En tales condiciones, debía mostrar, cosa que no intentó, que su actividad no está alcanzada por la regla general..." (del voto del Dr. Francisco Lozano *in re* Expte. N° 16.477/19 "Laufer, Julio M. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Laufer, Julio M. s/ art. 6.1.49 —requisitos de los vehículos de transporte de carga y de pasajeros—'", del 14/05/2020.

Por ello, es claro que el art. 6.1.94 CF no distingue si para cometer la falta es preciso que exista (o no) la posibilidad de obtener la habilitación para el transporte de pasajeros sino que, contrariamente a ello, solo prevé una prohibición general y expresa para el transporte de pasajeros, o de carga, sin habilitación, y ello es así aun cuando aquella autorización se conceda en los supuestos taxativamente previstos en la normativa local como ocurre en los casos de taxis y remises.

En una postura similar a la que aquí se propone, aunque en un caso de venta en la vía pública sin permiso, la Dra. Conde ha afirmado "...la forma racional de comprender la infracción permitió concluir a los jueces que en los supuestos en los que no se previera cómo o ante quién tramitar el permiso, y atento que la concesión de este siempre es restringida por la Administración —en ejercicio del poder de policía— que los otorga, reglamenta y fiscaliza —al referirse al uso del espacio público y del comercio que allí se realiza—, no resulta absurdo afirmar que una actividad desarrollada por fuera de los límites reglamentarios impuestos se encuentre vedada por la propia letra de la ley (con un criterio similar al del Tribunal en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N°

6— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos A. y Márquez, Sandra R. s/ ley 255 —apelación—'", Expte. N° 2266, sentencia del 18/09/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos A. s/ infracción ley 255 —apelación-'", Expte. N° 3171, sentencia del 16/12/2004; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos A. s/ infracción ley 255 [J. B. Alberdi 2461] —Apelación—'", Expte. N° 3285, sentencia del 28/02/2005)..." (TSJ, Expte. N° 4054/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Leiva Quijano, Lita E. s/ venta ambulante sin permiso —apelación—", rto. el 21/12/2005).

En el precedente antes citado el Dr. Maier expresó que "...me parece claro que el hecho de que la Administración no otorgue la autorización prevista en el tipo de faltas cuya infracción fuera verificada por las instancias de mérito (ver, art. 4.1.2, de la ley N° 451 y sección 11 del Código de Habilitaciones y Verificaciones de la CBA, texto según ley N° 1166) no convierte a la venta de mercaderías en la vía pública en permitida o autorizada. Por lo contrario, la norma bajo análisis ("[e]l/la que venda mercaderías en la vía pública sin permiso") expresa un límite a lo prohibido que, de ser superado, determina que la actividad pueda adquirir otro signo deóntico: la permisión (cf. mis apreciaciones ante un planteo con notas similares al aquí analizado: punto 1 de mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos A. s/ infracción ley N° 255 —apelación—'", Expte. N° 3171/04, sentencia del 16/12/2004)..." (TSJ, "Leiva Quijano", antes citado).

Ello así, consideramos que la interpretación normativa efectuada por la Judicante resulta ajustada a derecho por lo que, en definitiva, este Tribunal coincide con la calificación legal consignada en la sentencia.

Asimismo, el recurrente afirma que el transporte privado que se llevó a cabo se encuentra amparado por el Cód. Civ. y Comercial y por la Constitución Nacional. Sin embargo, dicha ley, al regular el contrato de transporte de personas, establece como una de las obligaciones del transportista: "a) Proveerle el lugar para viajar que se ha convenido o el disponible reglamentariamente habilitado." (art. 1289). De allí se desprende que, si bien el Código regula lo referente al derecho privado, específicamente en cuanto a las obligaciones entre las partes; expresamente hace remisión a que estas deben llevarse a cabo de conformidad con las respectivas regulaciones administrativas en materia de habilitaciones que se efectúen, lo que debe establecerse por cada legislatura local y no en el Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Ahora bien, el contrato de transporte se encuentra regido por dos normativas al mismo tiempo: por el Cód. Civ. y Com. de la Nación en lo atinente a las relaciones contractuales y las obligaciones de las partes, lo que corresponde al derecho privado; y por el Código de Habilitaciones y el Código de Transporte y Tránsito de CABA (ley 2148) en lo relacionado con el derecho administrativo, el que debe velar por el cumplimiento de las disposiciones de seguridad de la sociedad, cuestiones que son de orden público, las cuales las partes no pueden disponer o evitar. Por ello, no es posible sostener, como pretende la defensa, que el transporte privado que se llevó a cabo no se encuentra alcanzado por la normativa local.

Por otro lado, cabe analizar lo sostenido por el recurrente en cuanto señala que se le aplica la norma en cuestión por analogía, pues el art. 6.1.94 de la Ley 451 no se aplica a actividades que no requieran habilitación, tal el caso de autos. Al respecto, cabe mencionar que tal como hemos señalado en numerosos precedentes, la actual redacción de la norma en cuestión es clara en cuanto a que quedan comprendidos bajo su amparo los escolares, remises, vehículos de fantasía y otros que transporten pasajeros sin la correspondiente autorización, de modo que no cabe duda que dicho transporte, bajo la modalidad utilizada en el caso, resulta incluido en esta normativa (Sala I Causa N° 25.915/2019-0 "Chumbita, Paulo D. s/ art. 6.1.28 Ley 451", rta. el 01/10/2019; entre otras).

A ello cabe agregar que la conducta imputada bajo estudio se mantuvo incólume durante todo el proceso y fue por la que la Magistrada arribó a una sentencia condenatoria, consiste en no tener habilitación para transportar pasajeros, de la que carece y así lo ha reconocido amparándose en la normativa civil, que como señalamos regula el contrato entre partes y no se refiere a la habilitación.

Por ello, las únicas posibles formas de transporte de pasajeros en vehículos, habilitadas dentro de la CABA, son las mencionadas en el Código de Habilitaciones y el Código de Transporte y Tránsito de CABA (ley 2148): remis, taxi o transporte escolar.

Por lo tanto, más allá de la crítica que efectuó el recurrente en relación a que Uber no es un remis, cabe concluir que su actividad de transporte de pasajeros en vehículos solo podría llevarse a cabo de manera legalmente habilitada si esta se adecúa a alguna de las habilitaciones mencionadas, existentes en la normativa local de la CABA actual. De lo contrario, resulta

en infracción a las leyes locales y, por ello, susceptible de ser sancionado de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.1.94 de la Ley 451. (de esta Sala causa N° 7265-2/2020, caratulada "Spagnolo Federico s/ art. 6.1.47 - requisitos de los vehículos de pasajeros, rta. el 17/09/2020).

II. Violación al principio de igualdad

En este punto, la Defensa alega que existen pronunciamientos opuestos al aquí plasmado, que han absuelto a conductores de Uber, por entender que la conducta no configura infracción alguna. Sostuvo que dicha circunstancia viola al principio de igualdad. Agregó que eso pone en evidencia que las normas no tipifican adecuadamente la conducta, puesto que la ley no describe debidamente el hecho típico y la consecuencia jurídica.

Al respecto, cabe destacar que las diferentes decisiones dictadas por los distintos órganos jurisdiccionales no violan el principio de igualdad, sin perjuicio de que el remedio procesal para obtener la uniformidad de la jurisprudencia no es el recurso de apelación, sino —si se diesen los supuestos— el recurso de inaplicabilidad de ley.

III. Respecto de la validez del acta de comprobación

Por otra parte, alega el recurrente que, del acta de comprobación, labrada por la autoridad administrativa, surge la inobservancia de lo previsto en el inciso f) del art. 3 de la ley 1217, en virtud de que no se consignaron correctamente los datos del pasajero.

Sin embargo, no puede sostenerse dicha invalidez, en la medida en que surge con claridad del acta que sí se encuentran consignados dichos datos. Así, se desprende que el pasajero, era el Sr. A. J., DNI ..., quien manifestó haber solicitado el servicio a través de la aplicación Uber.

En virtud de ello, y conforme las previsiones del art. 5 de la ley 1217, cabe establecer que el acta resulta prueba suficiente de la comisión de la infracción objeto de autos, y que las defensas alegadas por el recurrente no resultan eficaces para debilitar su valor probatorio.

Por otro lado, el defensor del infractor señala los precedentes de esta Sala "Hussen", "Mercedes Cano" y "Maciel" en los que se arribó a un temperamento absolutorio por graves defectos del acta con relación a los datos del pasajero, sin embargo, como se dijo, no resultan de aplicación en el caso de autos pues el acta contaba con la datos del pasajero, resultando identificado con nombre y DNI.

Por las razones expuestas, el Tribunal resuelve: I. Confirmar el punto I de la sentencia de la Magistrada de primera instancia, en cuanto resolvió "Condenar a G. F. R. (DNI N° ...), en orden al hecho que se le atribuyó en esta causa N° 37.861/2019-0 y que fue asentado en el acta de comprobación serie I N° 821823, labrada el 17 de enero de 2019, a la sanción de multa de cien (100) unidades fijas, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, con costas. (cfr. arts. 4; 19, segundo párrafo, inc. 1°; 27; 31 y 6.1.94 de la ley 451; y arts. 33 y 55, inc. h), de la ley 1217)." II. Tener presentes las reservas efectuadas. Regístrese, notifíquese mediante medios electrónicos y devuélvase al Juzgado de Primera Instancia interviniente, a sus efectos, mediante sistema informático EJE. — *Elizabeth A. Marum.* — *Marcelo P. Vázquez.* — *José Sáez Capel.*

TRANSPORTE DE PERSONAS SIN HABILITACIÓN

Ciudad de Buenos Aires. Uber. Secuestro de licencia de conducir. Poder de policía local. Disidencia.

1. — La medida de secuestro de la licencia de conducir se halla prevista en el art. 5.6.1 del Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires. La retención del registro de conducir aconteció en el marco de una medida cautelar, cuyo exclusivo fin es procesal y su ejecución es potestad de los organismos administrativos que ejercen el poder de policía, sin perjuicio de lo desacertado de su extenso mantenimiento.

2. — La a quo encuadró acertadamente la conducta reprochada en el artículo 6.1.94 de la ley 451 de la Ciudad de Buenos Aires, en el entendimiento de que el imputado fue el conductor del vehículo particular utilizado y no acreditó la habilitación para desarrollar la actividad —transporte de personas— cuando fue requerida. Es irrelevante si existe o no una habilitación específica que contemple las características o modalidades particulares a través de la tecnología Uber.

3. — Lo importante a efectos de garantizar la defensa es que el imputado conozca el suceso que se le atribuye y esto se logra con la descripción detallada de su comportamiento junto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pues precisamente a ello se enfrenta quien se encuentra acusado de una infracción. Se advierte que el acta ostenta la identificación del con-

ductor del vehículo, día, hora, lugar del hecho y su descripción y agente interviniente, lo cual posibilitó que aquel ejerciera cabalmente su derecho de defensa, no advirtiendo menoscabo en tal sentido.

4. — La ausencia de los datos de la persona transportada, en este caso, ocasionó una imposibilidad, por parte del presunto infractor, de citarlo a juicio a los efectos de ejercer su derecho de defensa y producir la prueba que considere pertinente. Es decir, se vulneró el derecho de defensa, toda vez que no obtuvo la posibilidad siquiera de conocer concretamente el hecho imputado (del voto en disidencia del Dr. Sáez Capel).

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 10/08/2020. - B., D. E. s/ 6.1.47 - requisitos de los vehículos de transporte de pasajeros.

[Cita on line: AR/JUR/61496/2020]

CUIJ: CAU J-01-00007972-9/2020-0

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 10 de 2020.

Vistos:

Motiva la intervención de este tribunal el recurso de apelación interpuesto el 29 de mayo de 2020 por E. D. B., por derecho propio, con el patrocinio letrado del Dr. Nicolás Castilla Sastre, contra la sentencia pronunciada el 21 de mayo de 2020 por la jueza María Fernanda Botana, en cuanto resolvió: "...II. Condenar a E. D. B., de las demás condiciones obrantes en autos (...), a la pena de multa, cuyo monto total asciende a la suma de diez mil unidades fijas (UF 10.000), cuyo cumplimiento queda en suspenso, e inhabilitación de treinta (30) días para conducir vehículos, por considerarlo autor responsable de la falta tipificada en el artículo 6.1.94, primer párrafo (taxis, transportes de escolares, remises y otros sin autorización) de la ley 451; por la conducta asentada en el acta de comprobación N° B 17282314 con costas (artículos 19, incisos 1, 20, 31, 35 y 6.1.94 de la ley 451 y 55 de la ley 1.217). III. Tener por compurgada la sanción de inhabilitación dispuesta en el punto anterior, en razón del tiempo durante el cual se secuestró preventivamente la licencia de conducir (artículo 19, inc. 2 de la ley 451)...".

El recurso fue concedido el 29 de mayo de 2020. En primer lugar, el impugnante solicitó la nulidad de todo lo actuado en el expediente, por considerar que se lo habría condenado anticipadamente al retenérsele su licencia de conducir sin que exista una condena firme. Sostiene que a través de la resolución del 21 de mayo de 2020 se lo habría condenado dos veces por el mismo hecho, todo ello en violación del principio constitucional del ne bis in idem. En este sentido, refirió que el proceso de retención y devolución de licencias no autoriza a la Unidad Controladora de Faltas a retener esos documentos.

En segundo lugar, el recurrente se agravió por la supuesta violación a los principios constitucionales contenidos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. En esta línea, arguyó que conducir un "Uber" en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituiría una actividad legal y que no podría considerarse una conducta subsumible en la falta prevista en el artículo 6.1.94 de la ley 451, ya que no se trata ni de un servicio de remis ni de taxi y, por lo tanto, no necesita autorización como tales. Agrega que se trata de un transporte privado amparado por el Cód. Civ. y Com. de la Nación y la Constitución Nacional, y que la ausencia de regulación en la Ciudad no podría traducirse en la prohibición de realizar aquella actividad. En apoyo de sus argumentos se remitió en extenso a pronunciamientos de juzgados de primera instancia y a la sentencia "Sajoux".

A su vez, el recurrente sostuvo que la sanción que se le aplicó resultó ser desproporcionada, irrazonable, confiscatoria e inhumana y la compara con el monto de otras multas que considera de mayor gravedad.

También cuestionó la validez del acta, en primer lugar porque el pasajero no fue identificado así como tampoco ningún testigo del hecho y en segundo lugar por haber sido labrada por un agente de Control de Tránsito en conjunto con personal de la Gerencia Operativa Registro de Transporte (GORT), órgano que carece de competencia para participar en este procedimiento, por lo tanto consideró que todo el proceso debe considerarse nulo. Por último, hizo reserva del caso federal.

Notificada la defensa en los términos del art. 57, LPF, guardó silencio.

Cumplidos los pasos y plazos pertinentes, los autos se encuentran en condiciones de ser resueltos.

Los doctores *Bosch* y *Bacigalupo* dijeron:

I.- Admisibilidad

Se observa, en lo que hace a los requisitos formales de estructuración de la vía, que ha sido articulada contra sentencia definitiva, por escrito fundado, ante el Tribunal que la dictó y por quien tiene derecho a deducirla —art. 57 de la Ley 1217—, por lo que resulta procedente a la luz de la norma citada.

En lo atinente al análisis de admisibilidad sustancial, los agravios pueden enmarcarse, en principio, en los supuestos de violación de la ley y arbitrariedad, previstos en el art. 56, LPF. De este modo, debe meritarse superada la evaluación de las demandas de interposición.

II. Solución aplicable al caso

En primer lugar, el recurrente invocó la nulidad de todo lo actuado, en virtud de la violación de la garantía constitucional del ne bis in idem. Alegó que el hecho de que se le haya retenido su licencia de conducir por más de ciento quince días constituía un adelantamiento de la pena y, por ello, que la decisión de la jueza había implicado una doble condena.

El planteo no puede prosperar. Por un lado, la medida de secuestro de la licencia de conducir se halla prevista en el Código de Tránsito y Transporte (ley N° 2148). El art. 5.6.1 establece que "los conductores, vehículos y su documentación pueden ser retenidos por el tiempo necesario para las inspecciones que la Autoridad de Control realice en la vía pública, tanto aleatorias o como parte de operativos (...) Asimismo, debe retener las licencias habilitantes en los siguientes casos: 15 (...) Cuando preste un servicio de transporte de pasajeros sin el permiso, autorización, concesión, habilitación o inscripción que la normativa aplicable requiera, sin perjuicio de la sanción pertinente".

Por otro lado, el art. 7 de la ley N° 1217 prescribe que "[e]n el procedimiento de comprobación de faltas y a efectos de hacer cesar la falta o asegurar la prueba los organismos administrativos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía pueden: a) efectuar el secuestro de los elementos comprobatorios de la infracción (...)". De lo anterior se desprende que el procedimiento, ahora tachado de nulidad, se encuentra legalmente previsto.

Cabe destacar que luego de recibir el legajo desde sede administrativa y correr el traslado pertinente, la magistrada ordenó con fecha 9 de marzo de 2020 la devolución inmediata de la licencia al interesado. Todo ello evidencia que la retención del registro de conducir aconteció en el marco de una medida cautelar, cuyo exclusivo fin es procesal y su ejecución es potestad de los organismos administrativos que ejercen el poder de policía, sin perjuicio de lo desacertado de su extenso mantenimiento. Consecuentemente, no asiste razón a la defensa respecto a que la retención cautelar habría consistido en una doble sanción. A todo ello se suma que la *a quo*, si bien condenó a B. a la pena de inhabilitación para conducir por el máximo legal de treinta días, la tuvo por compurgada en atención al tiempo que fue retenida cautelarmente la licencia.

En segundo lugar, el apelante se agravia por entender que existe arbitrariedad en la determinación de la habilitación requerida y una violación a lo establecido por la ley. Sostiene que conducir un Uber en la CABA es legal y que no constituye la falta prevista en el artículo 6.1.94 de la ley 451, ya que no es un remis ni un taxi y, por lo tanto, no necesita autorización como tal. Agrega que se trata de un transporte privado amparado por el Cód. Civ. y Com. de la Nación y la CN, y que la ausencia de regulación en la Ciudad no puede traducirse en la prohibición de realizar la actividad. En apoyo de sus argumentos se remite extensamente a pronunciamientos de primera instancia *in re* "Bellini", "Corrales", "Gimeno" y "Yovino", y a la sentencia "Sajoux".

Al respecto, la *a quo* encuadró acertadamente la conducta reprochada en el artículo 6.1.94 de la Ley 451 en el entendimiento de que el imputado fue el conductor del vehículo particular utilizado y no acreditó la habilitación para desarrollar la actividad cuando fue requerida. En relación con los planteos de la defensa consideró que la norma en trato "es clara, en cuanto sanciona al responsable de un vehículo que realice —como en el caso— el transporte de personas a título oneroso sin habilitación o autorización. Por tanto, es irrelevante si existe o no una habilitación específica que contemple las características o modalidades particulares a través de la tecnología 'Uber'". En referencia a los artículos del Cód. Civ. y Comercial invocados por el apelante, la jueza de grado argumentó que "los derechos previstos en el ordenamiento citado no son absolutos y quedan sometidos a las leyes que reglamentan su ejercicio" y que en uso de "su autonomía y facultades legislativas, la CABA ha reglamentado la actividad transporte a través del Código de Habilitaciones y Verificaciones y las leyes 2148 (Código de Tránsito y Transporte), 451 (Régimen de Faltas) y 1472 (Código Contravencional), entre otras". Así, agregó que "para el ejercicio de una actividad comercial o industrial en el territorio de la Ciudad, se debe solicitar habilitación o permiso, según impone el artículo 1.1.1 del Código de Habilitaciones y Verificaciones de la CABA. Y para llevar adelante el transporte de pasajeros en vehículos, las únicas formas habilitadas dentro de la CABA son bajo la modalidad de remise, taxi o transporte escolar". Concluyó que "la defensa intenta disimular, bajo el ropaje de un contrato privado reglado por la normativa civil, el servicio de transporte que se encuentra reglamentado por el Código de Habilitaciones y Verificaciones en el Capítulo 8.4 —ley especial—, denominado 'Alquileres de automóviles particulares'", refiriéndose en extenso a dicho capítulo. Por último, argumentó que "la única variación de la explotación de la actividad de transporte de pasajeros mediante la aplicación 'Uber' y la modalidad de remise es la existencia de una plataforma electrónica de contacto, extremo que en modo alguno

permite suponer que se trata de una actividad distinta y no regulada; que además, existe en la actualidad con otros servicios de la misma categoría".

Se impone recordar que la arbitrariedad se presenta "cuando la sentencia presenta una carencia total de fundamentos o estos fueron absurdos, de modo que la decisión quede configurada como un capricho del juez (1) (...) Es también el criterio del Tribunal Superior de Justicia local, quien ha repelido en repetidas ocasiones la inclusión en el instituto, el mero desacuerdo con lo decidido por los tribunales de mérito o revisión (2) (...), toda vez que tal disidencia con los fundamentos de la pieza en crisis no implica que ella carezca de fundamento y sea descalificable en el sentido de que no conforma una decisión judicial" (3).

Una detenida lectura del fallo a la luz de las pautas precedentemente delineadas permite concluir que la magistrada valoró la temática dentro de los parámetros legales, que la decisión apelada se halla adecuadamente fundada y resulta ser aplicación derivada del derecho vigente con relación a las circunstancias comprobadas de la causa (fallos 292:254, 239:176), por lo que, aunque no satisfaga al recurrente, no se vislumbra un caso de arbitrariedad.

El ataque diseñado remite a sentencias de primera instancia en las que la Cámara no se pronunció. Con respecto a la referida causa "Sajoux", fallada por la Sala III de este Tribunal con fecha 27/03/2018, cuadra añadir que no se imputaba la comisión de una falta —como en el caso— sino las contravenciones previstas en los arts. 77 y 86, CC.

Por lo señalado, y sin perjuicio de la interpretación que realice el apelante, no deviene arbitraria la valoración realizada por la *a quo*, ya que analizó tanto la normativa propuesta por el multado como la que consideró aplicable al caso en función de las pruebas producidas en el debate. Antes bien, el recurso contiene consideraciones generales que sustentan una mera discrepancia de criterio, inidóneas para revertir los fundamentos de la sentencia en crisis.

En cuanto a la alegada invalidez del acta por la inexistencia de testigo y de pasajero por no haberse plasmado sus datos ya que este no los aportó (ver dorso del acta), esta Sala reiteradamente se ha pronunciado en el sentido de que lo importante a efectos de garantizar la defensa es que el imputado conozca el suceso que se le atribuye y esto se logra con la descripción detallada de su comportamiento junto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; pues precisamente a ello se enfrenta quien se encuentra acusado de una infracción.

Desde esta visión, se advierte que el acta ostenta la identificación del conductor del vehículo, día, hora, lugar del hecho y su descripción y agente interviniente, lo cual posibilitó que B. ejerciera cabalmente su derecho de defensa, no advirtiendo menoscabo en tal sentido.

Adúnese que la mera invocación de la ausencia de alguno de los requisitos previstos en el artículo 3 del ritual —en el caso inc. f)— no apareja automáticamente la declaración de nulidad.

De otro lado, el postulado rector en materia de nulidades es el de conservación de los actos y su interpretación debe ser siempre restrictiva. Ello así puesto que el régimen no ha sido meramente establecido para preservar el cumplimiento de las formas del proceso, sino que tiene como finalidad trascendente la protección de los derechos de las partes. Bajo tales directrices no advertimos algún vicio susceptible de acarrear la nulidad postulada.

Llegado a este punto cobra relevancia que en la materia se establece la inversión de la carga probatoria (ley 1217), circunstancia que constituye uno de los rasgos distintivos y peculiares del procedimiento de faltas en el ámbito local, especialmente en cuanto a la validez de las pruebas recolectadas por los órganos administrativos.

La tarea de enervar la imputación pesa sobre el encartado y requiere el aporte concreto de elementos que generen en el sentenciante un estado de conciencia positivo respecto de la versión por él propuesta; para ello, no basta como resultado la generación de una "duda razonable" ni la negación retórica de las conclusiones obtenidas por el *a quo* sino la recreación contundente de una relación histórico-material cuya solidez y evidencia permanezcan incólumes frente a cualquier digresión orientada sobre carriles de sano raciocinio.

En otras palabras, la inversión de la carga de la prueba implica la necesidad de probar cierta y eficazmente que los hechos han sucedido de otro modo (4), lo que el imputado no ha consumado, correspondiendo en consecuencia estar al nítido principio delineado en el art. 5° LPF. Nótese que la tarea principal de la defensa se centró en establecer que el transporte privado de pasajeros mediante la aplicación Uber no requiere ningún tipo de habilitación y no en que no se haya realizado tal actividad.

En otro orden, el impugnante solicita la nulidad de todo lo actuado invocando la falta de validez del acta de comprobación por haber sido confeccionada conjuntamente por agentes de la Gerencia Operativa

Registro de Transporte (GORT) que carecen de competencia para labrar actas de tránsito.

El tópico debe ser rechazado. Además de no surgir de la audiencia que el tema se haya discutido en la primera instancia y sin adentrarse en las facultades del organismo que la parte impugna o de lo acertado o no de su planteo, del caso de autos se desprende que el procedimiento en cuestión fue llevado adelante en conjunto con GORT pero sin que se haya cuestionado el accionar del agente que labró y firmó el acta.

Por último, en atención al agravio aducido por el quantum de la pena, consideramos que asiste razón al apelante.

En numerosos precedentes de esta Sala hemos establecido, para casos similares, que la individualización y mensuración de la pena constituye una facultad de los magistrados en ejercicio de la discrecionalidad técnica propia del rol que les compete y que "[l]a tarea del Tribunal (...) reside, entonces, en revisar los pasos seguidos por el decisor al determinar la pena aplicable para dilucidar si siguió aquellas pautas que se fijan en el código de fondo sin que ello signifique revisar el peso que aquel le asignó a cada una de ellas para arribar a la conclusión que se ataca", y que "(...) el menor peso o la preeminencia que el *a quo* le haya otorgado a las circunstancias (...) para fijar la punición en concreto es una cuestión de mérito a él reservada" (5).

No obstante, en el caso concreto, la multa aplicada al conductor resulta desproporcionada. Nótese que en oportunidad de determinar la sanción no se efectuó una graduación de la pena acorde a las circunstancias concretas del hecho y de la persona infractora.

Así, por aplicación del art. 31 de la ley N° 451, cuando las circunstancias del caso lo ameritan, es una facultad jurisdiccional aplicar una multa por debajo de los parámetros impuestos e, incluso, eximir de la sanción.

Siendo así, y por aplicación de dicha pauta a las particularidades del presente legajo, se habilita a este Tribunal a realizarlo, de modo que corresponde reducir la sanción de diez mil unidades fijas (UF 10.000) a quinientas unidades fijas (UF 500).

Finalmente, entendemos acertada la modalidad de cumplimiento escogida en tanto se ha resuelto dejarla en suspenso. Al respecto, es dable señalar que, en atención a las previsiones del art. 35 de la ley N° 451, en caso de primera condena, el Juez puede dejar en suspenso la sanción de la multa impuesta. Tal como surge del legajo del interesado, este no presenta antecedentes.

El doctor *Sáez Capel* dijo:

Primera cuestión

En primer lugar, el recurso de apelación ha sido interpuesto en las condiciones de tiempo y forma establecidos en el artículo 57 de la ley 1217 y por quien posee legitimación para hacerlo.

Asimismo, en relación a lo prescripto en el art. 56 de la legislación *ut supra* citada, si bien la Magistrada de grado concedió el remedio procesal intentado por entender que los argumentos encuadran en la causal de arbitrariedad y violación de la ley, corresponde hacer un motivado juicio de admisibilidad a fin de dilucidar si los mismos configuran alguna de las causales que tornan admisible la vía procesal, a partir de aquel artículo, o si constituyen una mera discrepancia de criterios.

A tal fin, cabe señalar que, sin perjuicio del desarrollo y el orden en que han sido consignados en el recurso, los planteos se subsumen en los siguientes: la nulidad de todo lo actuado por violación al principio de non bis in idem, la arbitrariedad de la sentencia por falta de determinación de la habilitación requerida y por vulneración —entre otros— del principio de igualdad, al no aplicarle los mismos criterios de jurisprudencia que cita y de legalidad. Por último, la nulidad por falta de competencia de la Gerencia Operativa Registro de Transporte (GORT), que intervino en el procedimiento para labrar el acta de tránsito como así también por la falta de identificación del pasajero.

En cuanto a los planteos tendientes a la invalidez del acta, considero que los fundamentos esgrimidos, más allá de su acierto o no, encuadran en la causal de manifiesta inobservancia de la forma prevista para el trámite de la causa (causa N° 20390-00-CC/14 "Construcsur SRL s/ infr. art. 2.1.15 Ley 451 - Apelación", rta. el 13/07/2015, causa N° 15.853/2018 "Dos Santos, Iranaia S. s/ art. 6.1.49 Ley 451" - Apelación rta. el 11/12/2018; del registro de sentencias de la Sala I).

Por otra parte, los cuestionamientos efectuados respecto a la violación al principio de non bis in idem, al derecho de igualdad, al principio de legalidad y los referidos a la conducta presuntamente infringida y su calificación legal, constituyen un supuesto de violación de la ley.

Segunda cuestión:

Admitido el recurso en los términos antes mencionados, se analizarán los agravios del recurrente en forma separada para una mayor claridad expositiva.

I. Infracción cometida. Encuadre jurídico

En este punto, cabe recordar que se le ha atribuido al aquí imputado —en lo pertinente— la conducta consistente en no poseer habilitación para transportar, en el caso, pasajeros; conducta que tanto el Controlador de Faltas como la Judicante encuadraron en la falta prevista y reprimida en el art. 6.1.94 de la Ley 451 (según ley 6043/2018).

La disposición legal mencionada establece una sanción para aquellos taxis, transporte de escolares, remises, vehículos de fantasía y otros que transporten pasajeros sin la correspondiente autorización.

Concretamente la norma dispone que "El/la titular o responsable de un vehículo que transporte pasajeros que lo explote sin la autorización y/o habilitación para prestar el servicio establecida por la normativa vigente, es sancionado/a con multa de diez mil (10.000) unidades fijas e inhabilitación para conducir de siete (7) a treinta (30) días".

Ahora bien, el recurrente sostiene que la actividad llevada a cabo por su parte no requiere habilitación alguna, pues no se trata de un servicio de taxi o remis, sino de un contrato civil de transporte regulado por las disposiciones establecidas en el Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Ello así, cabe afirmar que la norma por la que fuera condenado el infractor y que aquí interesa es clara en cuanto establece que será sancionado quien efectúe —como en el caso— el transporte de personas sin habilitación, no diferenciando —como pretende la defensa— si existe la posibilidad o no de obtener la correspondiente autorización en los términos que pretende (Sala I, causa N° 15.853/2018 "Dos Santos, Iranaia S. s/ art. 6.1.49 Ley 451" - Apelación, rta. el 11/12/2018; entre muchas otras).

Así, pues la regulación del tránsito y los medios de transporte de pasajeros en la Ciudad es materia propia del poder de policía local, por lo que su reglamentación corresponde a las autoridades metropolitanas. Teniendo en cuenta ello, y de las disposiciones legales aplicables en materia de transporte de pasajeros se desprende que en la ciudad se encuentran habilitados para realizar dicha actividad con vehículos, tal como en el caso: los taxis (Capítulo 12 Ley N° 2148) y los remises (Capítulo 8.4 del Código de Habilitaciones y Verificaciones).

Por ello, es claro que el art. 6.1.94 CF no distingue si para cometer la falta es preciso que exista (o no) la posibilidad de obtener la habilitación para el transporte de pasajeros sino que, contrariamente a ello, solo prevé una prohibición general y expresa para el transporte de pasajeros, o de carga, sin habilitación, y ello es así aun cuando aquella autorización se conceda en los supuestos taxativamente previstos en la normativa local como ocurre en los casos de taxis y remises.

En una postura similar a la que aquí se propone, aunque en un caso de venta en la vía pública sin permiso, la Dra. Conde ha afirmado "...la forma racional de comprender la infracción permitió concluir a los jueces que en los supuestos en los que no se previera cómo o ante quién tramitar el permiso, y atento que la concesión de este siempre es restringida por la Administración —en ejercicio del poder de policía— que los otorga, reglamenta y fiscaliza —al referirse al uso del espacio público y del comercio que allí se realiza—, no resulta absurdo afirmar que una actividad desarrollada por fuera de los límites reglamentarios impuestos se encuentre vedada por la propia letra de la ley (con un criterio similar al del Tribunal en "Ministerio Público - Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6 - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos A. y Márquez, Sandra R. s/ ley 255 —apelación—'", Expte. N° 2266, sentencia del 18/09/2003; "Ministerio Público - Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 4 - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos A. s/ infracción ley 255 —apelación—'", Expte. N° 3171, sentencia del 16/12/2004; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos A. s/ infracción ley 255 [J. B. Alberdi 2461] —Apelación—'", expte. N° 3285, sentencia del 28/02/2005)..." (TSJ, Expte. N° 4054/05 "Ministerio Público - Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1 - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Leiva Quijano, Lita E. s/ venta ambulante sin permiso —apelación—", rto. el 21/12/2005).

En el precedente antes citado el Dr. Maier expresó que "...me parece claro que el hecho de que la Administración no otorgue la autorización prevista en el tipo de faltas cuya infracción fuera verificada por las instancias de mérito (ver, art. 4.1.2, de la ley N° 451 y sección 11 del Código de Habilitaciones y Verificaciones de la CBA, texto según ley N° 1166) no convierte a la venta de mercaderías en la vía pública en permitida o autorizada. Por lo contrario, la norma bajo análisis ("[e]l/la que venda mercaderías en la vía pública sin permiso") expresa un límite a lo prohibido que, de ser superado, determina que la actividad pueda adquirir otro signo deóntico: la permisión (cf. mis apreciaciones ante un planteo con notas similares al aquí analizado: punto 1 de mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos A. s/ infracción ley N° 255 —apelación—'", Expte. N° 3171/04, sentencia del 16/12/2004)..." (TSJ, "Leiva Quijano", antes citado).

Ello así, considero que la interpretación normativa efectuada por la Judicante resulta ajustada a derecho por lo que, en definitiva, coincido con la calificación legal consignada en la sentencia.

Asimismo, el recurrente afirma que el transporte privado que se llevó a cabo se encuentra amparado por el Cód. Civ. y Comercial y por la Constitución Nacional. Sin embargo, dicha ley, al regular el contrato de transporte de personas, establece como una de las obligaciones del transportista: "a) Proveerle el lugar para viajar que se ha convenido o el disponible reglamentariamente habilitado." (art. 1289). De allí se desprende que si bien el Código regula lo referente al derecho privado, específicamente en cuanto a las obligaciones entre las partes; expresamente hace remisión a que estas deben llevarse a cabo de conformidad con las respectivas regulaciones administrativas en materia de habilitaciones que se efectúen, lo que debe establecerse por cada legislatura local y no en el Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Ahora bien, el contrato de transporte se encuentra regido por dos normativas al mismo tiempo: por el Cód. Civ. y Com. de la Nación en lo atinente a las relaciones contractuales y las obligaciones de las partes, lo que corresponde al derecho privado; y por el Código de Habilitaciones y el Código de Transporte y Tránsito de CABA (Ley 2148) en lo relacionado con el derecho administrativo, el que debe velar por el cumplimiento de las disposiciones de seguridad de la sociedad, cuestiones que son de orden público, las cuales las partes no pueden disponer o evitar. Por ello, no es posible sostener, como pretende la defensa, que el transporte privado que se llevó a cabo no se encuentra alcanzado por la normativa local.

Por otro lado, cabe analizar lo sostenido por el recurrente en cuanto señala que se le aplica la norma en cuestión por analogía, pues el art. 6.1.94 de la Ley 451 no se aplica a actividades que no requieran habilitación, tal el caso de autos. Al respecto, cabe mencionar que tal como he señalado en numerosos precedentes de la Sala I, la actual redacción de la norma en cuestión es clara en cuanto a que quedan comprendidos bajo su amparo los escolares, remises, vehículos de fantasía y otros que transporten pasajeros sin la correspondiente autorización, de modo que no cabe duda que dicho transporte, bajo la modalidad utilizada en el caso, resulta incluido en esta normativa (Sala I Causa N° 25915/2019-0, "Chumbita, Paulo D. s/ art. 6.1.28 Ley 451", rta. el 01/10/2019; entre otras).

A ello cabe agregar que la conducta imputada bajo estudio se mantuvo durante todo el proceso y fue por la que la Magistrada arribó a una sentencia condenatoria, que consiste en no tener habilitación para transportar pasajeros, de la que carece y así lo ha reconocido amparándose en la normativa civil, que como he señalado regula el contrato entre partes y no se refiere a la habilitación.

Por ello, cabe concluir que las únicas posibles formas de transporte de pasajeros en vehículos, habilitadas dentro de la CABA, son las mencionadas en el Código de Habilitaciones y el Código de Transporte y Tránsito de CABA (Ley 2148): remis, taxi o transporte escolar.

Por lo tanto, más allá de la crítica que efectuó el recurrente en relación a que Uber no es un remis, cabe concluir que su actividad de transporte de pasajeros en vehículos solo podría llevarse a cabo de manera legalmente habilitada si esta se adecua a alguna de las habilitaciones mencionadas, existentes en la normativa local de CABA actual. De lo contrario, resulta en infracción a las leyes locales y, por ello, susceptible de ser sancionada de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.1.94 de la Ley 451.

II. Violación al principio de igualdad

En este punto, la defensa alega que existen pronunciamientos opuestos al aquí plasmado, que han absuelto a conductores de Uber, por entender que la conducta no configura infracción alguna. Sostuvo que dicha circunstancia viola el principio de igualdad. Agregó que eso pone en evidencia que las normas no tipifican adecuadamente la conducta, puesto que la ley no describe debidamente el hecho típico y la consecuencia jurídica.

Al respecto, cabe destacar que las diferentes decisiones dictadas por los distintos órganos jurisdiccionales no violan el principio de igualdad, sin perjuicio de que el remedio procesal para obtener la uniformidad de la jurisprudencia no es el recurso de apelación, sino —si se diesen los supuestos— el recurso de inaplicabilidad de ley.

III. Ausencia de pasajero y/o testigo del acta.

Se agravia el recurrente al sostener que la *a quo* en su pronunciamiento condenatorio soslayó la falta de constatación fehaciente de pasajero cuyo traslado no autorizado constituye la materia de reproche.

En torno a esta cuestión si bien no es pacífica la jurisprudencia en cuanto a la mayor o menor presencia de los principios y garantías del proceso penal en el régimen administrativo sancionador de faltas, existe conformidad en cuanto a que el código que regula aquella materia, acerca de cuya infracción versan los presentes, constituye un campo punitivo con características especiales.

En efecto, el principio de inocencia se rige con matices propios al derecho administrativo sancionador. Sin embargo, ni la postura más restrictiva acerca de los derechos constitucionales ha llegado a negar la vigencia del derecho de defensa en esta materia.

Tal como sostuvo el máximo tribunal local, en el régimen de faltas "[p]ara aplicar esas sanciones, rigen las garantías del derecho penal, con matices derivados de las características de los bienes tutelados, de la mayor exigencia que justifica la voluntaria incursión de los obligados en determinadas actividades o situaciones, y de la naturaleza de la pena, patrimonial en la mayoría de los casos, o sumamente leve cuando implica algún padecimiento personal. Esto es lo que conocemos como derecho penal administrativo, expresión que podemos emplear con un grado suficiente de certeza, ya sea que se suponga a esta categoría estanca o, por el contrario, indiscernible del derecho penal" (del voto del Dr. Francisco Lozano en el Expte. del TSJ N° 4054/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Leiva Quijano, Lita E. s/ venta ambulante sin permiso —apelación—'", resuelto el 21 de diciembre de 2005).

En el sentido señalado, el principio de inocencia en materia de faltas no resulta aplicable en la misma extensión que en el ámbito penal. En efecto, el art. 5 de la ley 1217 dispone que el acta de comprobación de faltas, que reúne los requisitos del art. 3, se considera, salvo prueba en contrario, prueba suficiente de la comisión de las mismas. De modo que dicha norma establece una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida por prueba en contrario (causa N° 446-CC/05, Santos Marcelo Fabián, rta. 07/02/2006, del registro de la Sala I, entre muchas otras).

Como fundamento de dicha circunstancia, se ha sostenido que la mayor exigencia impuesta al presunto infractor de probar su inocencia, no solo se funda en la naturaleza patrimonial o de leve significancia, cuando se trata de un padecimiento personal; sino también en que el sujeto que realiza la actividad por la que fue sancionado optó por "incursionar en actividades o situaciones a las que el legislador vincula deberes especiales de cuidado o información " (del voto del Dr. Lozano en el fallo citado *ut supra*).

Por ejemplo, en el caso, quien decide poner en el mercado servicios de transporte de personas, queda sujeto al deber de acreditar que ha practicado las diligencias apropiadas para garantizar la seguridad del servicio, puesto que es tal persona quien debe tener en su poder los documentos que acreditarían que se encuentra habilitado y es él quien estaría en fáciles condiciones de aportar dicha prueba.

Sin embargo, no es posible admitir que una persona pueda verse expuesta a una sanción, por no poder probar acabadamente aquello que le es fácticamente imposible de acreditar. Tal situación, importaría manipular los matices propios del principio de inocencia en materia de faltas, como fundamento para admitir un avasallamiento sobre el derecho de defensa; cuestión que resulta insostenible desde el punto de vista constitucional.

En el caso, de un detallado análisis del acta de comprobación que dio origen a los presentes, se advierte que al momento de su labrado no se identificó a ningún pasajero del viaje realizado, limitándose el agente de tránsito a hacer constar "...El pasajero no presta sus datos (...) afirma haber solicitado el servicio a través de app uber...".

Debe concluirse entonces que el acta así confeccionada conduce al criterio, sostenido en precedentes, en cuanto a que "...en el caso, por las características particulares de la infracción que se pretende reprochar, la persona o personas en cuestión, cuya identidad se desconoce absolutamente, son constitutivas del tipo infraccional al representar los presuntos pasajeros cuyo transporte sin autorización se reprocha" y que "[s]olo en caso de identificarse la presencia de un pasajero puede configurarse la consumación de la conducta prohibida. Entonces, en rigor, por sobre el cumplimiento de requisitos de forma, en el caso aparece controvertido el suceso fáctico (del registro de sentencias de Sala I: causa N° 42.069-1/2019, "Incidente de queja por apelación denegada en autos "Yodice, Miguel A. s/ art. 6.1.47 L451", rta. el 03/02/2020 y causa N° 35.683-0/19 "Moreno Carrillo, Carlos A. s/ art. 6.1.44 L451", rta. 17/02/2020, entre otras).

La insuficiencia de un relato circunstanciado y suficiente sobre el cual sustentar el reproche importa una afectación al derecho de defensa del administrado, el cual se ve imposibilitado de producir prueba en consecuencia y, de este modo, contradecir las restantes particularidades allí consignadas.

En efecto, la ausencia de los datos de la persona transportada, en este caso, ocasionó una imposibilidad, por parte del presunto infractor, de citarlo a juicio a los efectos de ejercer su derecho de defensa y producir la prueba que considere pertinente. Es decir, se vulneró el derecho de defensa, toda vez que no obtuvo la posibilidad siquiera de conocer concretamente el hecho imputado.

Por los fundamentos expuestos, voto por: Revocar la resolución de la Magistrada de primera instancia en cuanto condenó a E. D. B., como autor de la falta prevista en el art. 6.1.94 de la ley 451, imponiéndole las costas del proceso y, en consecuencia; absolver al nombrado por dicha conducta, sin costas.

Por las razones expuestas, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Confirmar parcialmente la resolución recurrida en cuanto Condena a E. D. B., por considerarlo autor responsable de la falta tipificada en el artículo 6.1.94, Ley 451, Reduciendo el monto de la pena de multa impuesta a quinientas unidades fijas (UF 500), cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, y la inhabilitación para conducir vehículos por el término de treinta (30) días, la cual se tuvo por compurgada, con costas. II. Tener presente la reserva del caso federal, formulada en el recurso de apelación. Tómese razón, notifíquese electrónicamente a la parte, y oportunamente devuélvase el expediente digitalmente a la primera instancia. Sirva lo proveído de atenta nota de envío. — *Fernando Bosch. — Pablo A. Bacigalupo. — José Sáez Capel* (en disidencia).

(1) Causas N° 1573/2003-00, "Pattarone, Marcelo J. y Zava, Cristian s/ art. 72", rta. el 30/12/2003; N° 154/2005-00, "GCBA c. Xueshi Zheng-Shaoming Lin s/ ejecución de multas", rta. el 05/08/2005; N° 187/2006-00, "Luraschi, Carlos A. s/ inf. Art. 83, CC", rta. el 21/12/2006, entre otras.

(2) Expte. N° 2212 "Ministerio Público-Defensor Oficial en lo Contravencional N° 1 - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Feng Chen Chih s/ art. 40, CC", rto. el 03/09/2003.

(3) TSJ, Expte. 49/99, "Federación Argentina de Box c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", rto. el 25/08/1999 y sus citas, Constitución y Justicia (Fallos: del TSJ), T. I, p. 228 y ss.

(4) Conf. causas N° 411-00/CC/2005, "Local Ritmo Bailantero SRL s/ falta de matafuego", rta. 16/12/2005; N° 31043-00/CC/06, "Lee Kyoung Yul s/ cables y otras", rta. 26/09/2007; N° 21328-00/CC/06, "Andrada, Paula G. s/ falta de higiene y otras", rta. 01/03/2007; N° 050-00/CC/06, "CEDAFA SA s/ falta completar cerramiento de escalera de PB a SS y ots.", rta. 23/05/2006; N° 445-00/CC/2005, "Express Rent A Car SA s/ violar luz roja y otras", rta. 07/02/2006, entre otras.

(5) Causas N° 1558-00/Cc. 2003, carat.: "Oniszczuk, Carlos A. s/ infr. Ley 255 (J.B. Alberdi 2461) - Apelación", rta. 08/07/2004; Causa N° 4757-00/CC/2006, carat. "Leyton, Gonzalo S. s/ infr. art. 93 ley 1472 - Apelación", rta. 01/11/2006, entre otras.

DEVOLUCIÓN DE ELEMENTOS SECUESTRADOS

Rechazo. Recursos admisibles.

Si bien la impugnación contra la resolución que dispuso que no corresponde hacer lugar a la devolución de los elementos secuestrados fue deducida en plazo, ante la magistrada que dictó la resolución y por quien tiene legitimidad para hacerlo, no puede prosperar, toda vez que el art. 114, Cód Proc. Penal de la Ciudad de Buenos Aires, expresa categóricamente que "la persona afectada por la requisa, por el secuestro de bienes o por la clausura, podrá requerir al juez que revise la medida. El/la juez/a convocará a una audiencia con citación del/la Fiscal y resolverá de inmediato. La decisión solo será susceptible de recurso de reposición, que se substanciará en la audiencia".

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 23/09/2020. - C., N. I. y otros s/ 189 bis (2) – tenencia de arma de fuego de uso civil.

[Cita on line: AR/JUR/61383/2020]

CUIJ: INC. J-01-00058472-6/2019-2

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 23 de 2020.

Motiva la intervención de este tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial contra la resolución que dispuso que no corresponde hacer lugar a la devolución de los elementos secuestrados.

Al respecto, la apelante manifestó que la decisión recurrida sería arbitraria ya que se basó en argumentos irrazonables y en un análisis arbitrario de las pruebas agregadas al legajo virtual.

Sin embargo, si bien la impugnación fue deducida en plazo, ante la magistrada que dictó la resolución y por quien tiene legitimidad para hacerlo, no puede prosperar toda vez que el art. 114, CPP, expresa categóricamente que "[l]a persona afectada por la requisa, por el secuestro de bienes o por la clausura, podrá requerir al/la Juez/a que revise la medida. El/la Juez/a convocará a una audiencia con citación del/la Fiscal y resolverá de inmediato. La decisión solo será susceptible de recurso de reposición, que se substanciará en la audiencia".

En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar *in limine* el remedio interpuesto.

En consecuencia, el Tribunal, resuelve: I. Rechazar *in limine* el recurso de apelación articulado por la defensa oficial. II. Tener presente la reserva del caso federal formulada al punto D del escrito presentado. Tómese razón, notifíquese a las partes y, oportunamente, devuélvanse las presentes actuaciones a la primera instancia interviniente. Sirva este proveído de muy atenta nota. *— Fernando Boach. — Jorge A. Franza. — Pablo A. Bacigalupo.*

NARCOTRÁFICO

Intervención policial. Sospecha razonable de la comisión de un delito. Allanamiento de domicilio. Concurso real de delitos. Agravante. Intervención de tres o más personas.

1. — Conforme la dinámica que tomaron los hecho a partir de los resultados que arrojaron las primeras medidas de observación realizadas por personal policial a los fines de constatar la veracidad de los hechos denunciados en forma anónima, aunado a la cantidad de sujetos realizando comportamiento vinculados con el tráfico de estupefacientes desplegados en formar organizada, y al lugar y condiciones en que aquellas se llevaron a cabo, aparece irrazonable que en esas circunstancias los policías se encuentren obligados a convocar a testigos civiles y a ir dejando asentado en actas de procedimiento todas aquellos comportamientos que observaban.

2. — La intervención policial inmediata no fue ni arbitraria ni en contradicción con las normas que regulan su actuación. Los funcionarios no incurrieron en ninguna irregularidad pues, se verificó al menos sospecha razonable que habilitó su actuación sobre los vehículos y sus ocupantes.

3. — El allanamiento al domicilio es válido, toda vez que fue dispuesto por el juez competente, quien habilitó al personal policial a registrar el inmueble en búsqueda de estupefacientes o cualquier otro objeto vinculado con dicha actividad ilícita. Ni la defensa ni los testigos denunciaron que lo referido por la imputada acerca del lugar donde se encontraban los estupefacientes resultara a consecuencia de haber sido coaccionada, apremiada.

4. — Siendo que el imputado en la maniobra delictiva no tenía asignado un rol, tampoco tomaban decisiones que impactara en la actividad prohibida, no tenía el control de la situación ilegal, ni el dominio del hecho sobre dicha acción delictiva, es correcto que su colaboración en el suceso haya sido considerada en calidad de partícipe secundario.

5. — Mientras la tenencia con fines de comercialización expresa una situación estática —tener—, el transporte realizado en un marco espacio temporal diverso supone una dinámica distinta con la creación de un nuevo y autónomo riesgo jurídicamente desaprobado.

6. — No es necesario para la atribución del agravante contemplado en el art. 11, inc. c) de la ley 23.737, la comprobación de una "organización" criminal, entendida como estructura permanente. A diferencia de los requisitos de la asociación ilícita o de la criminalidad organizada, que suponen un vínculo asociativo jerarquizado, con orden interno, estructura permanente, determinada cualificación de medios o instrumentos, el art. 11, inc. c) de la ley 23.737 se completa sin más —de acuerdo con la decisión del legislador— con una intervención plural, de tres o más personas, "organizadas para cometerlos".

7. — La actuación coordinada y con una clara división funcional se manifestó patente, a partir de que los acusados accedían libremente al estupefaciente existente en un inmueble, el cual retiraban y/o trasladaban parcialmente, dando cuenta de todo ello acerca de la actuación mancomunada en el marco de una estructura organizativa, sin perjuicio del comportamiento que realizó cada uno de ellos. A ello, corresponde adunar que la ausencia de comunicaciones telefónicas entre los nombrados no permite descartar la existencia de un acuerdo de voluntades y división de tareas establecidas previamente.

CFCasación Penal, sala II, 20/10/2020. - V., M. A. y otros s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/60345/2020]

Causa N° FRO 32000188/2011/TO1/11/CFC3

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 20 de 2020.

El doctor *Yacobucci* dijo:

I. 1°) Que el Tribunal Oral Federal N° 1 de Rosario, por veredicto de fecha 11 de diciembre de 2018, en lo que aquí importa, resolvió: I. Condenar a C. M. F., como coautor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia con fines de comercialización y transporte,

agravado por la intervención en forma organizada de tres o más personas —hechos atribuidos en el Expte. FRO 32000188/2011/TO1— (conf. art. 5° inc. "c" y 11 inc. "c" de la ley 23.737 y 45 del CP), en concurso real (art. 55 del CP) con el delito de tráfico de estupefacientes en las modalidades de tenencia con fines de comercialización (en carácter de autor) y transporte (en carácter de partícipe primario), dos hechos en concurso real entre sí y con el delito de portación de armas de guerra sin la debida autorización legal, en carácter de autor —hechos atribuidos en el Expte. FSM 40504/2016/TO1— (conf. art. 5to. inc. "c" de la ley 23.737 y 189 bis inciso 2°, cuarto párrafo, 45 y 55 del CP), a las penas de doce (12) años de prisión, multa de pesos diez mil ($10.000) inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena y costas.

Unificar la condena impuesta en el párrafo precedente con la dictada a su respecto por el Tribunal Oral N° 2 de La Plata, en fecha 29 de septiembre de 2017, en la que se le aplicó una pena de cinco (5) años de prisión, multa de pesos cinco mil ($5.000), accesorias legales y costas como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización previsto y penado en el art. 5to. inc. "c" de la ley 23.737 y establecer una Pena única que se fija en catorce (14) años de prisión, multa de pesos diez mil ($10.000), inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena y costas (con. Art. 58 del CP).

II. Condenar a M. A. V. como coautora penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en las modalidades de tenencia con fines de comercialización y transporte, agravado por la intervención en forma organizada de tres o más personas —hechos atribuidos en el Expte. FRO32000188/2011/TO1— (conf. art. 5° inc. "c" y 11 inc. "c" de la ley 23.737 y 45 del CP), en concurso real (art. 55 del CP) con el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia con fines de comercialización, en carácter de autora —hecho atribuido en el expediente N° FRO 420000331/2011/TO1— conf. arts. 5° inc. "c" de la ley 23.737 y 45 del CP), a las pena de siete (7) años de prisión, multa de pesos diez mil ($10.000), inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena y costas.

Unificar la condena impuesta precedentemente con la dictada a su respecto por este Tribunal Oral en fecha 30/03/2017, mediante Fallo N° 7/2017, en la causa FRO 32000363/2011, en la que se le aplicó una pena de la pena de seis (6) años y ocho (8) meses de prisión, multa de pesos tres mil ($3.000), inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena y costas como autora penalmente responsable de la conducta prevista y penada por el artículo 5° inc. "c" de la ley 23.737 —en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización— y art. 5 inc. "b" de la misma ley —en la modalidad de preparación de sustancias estupefacientes—, ambas conductas en concurso real y agravadas por la figura prevista en el art. 11 inc. c) del art. 23.737 (v. fs. 1342/1347) y establecer una Pena única que se fija en nueve (9) años y ocho (8) meses de prisión, multa de pesos diez mil ($10.000) inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena y costas (conf. art. 58 CP).

Mantener el estado de libertad de la nombrada hasta que quede firme el presente pronunciamiento.

III. Condenar a C. A. B., como coautor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en las modalidades de tenencia con fines de comercialización y transporte, agravado por la intervención en forma organizada de tres o más personas —hechos atribuidos en el Expte. FRO32000188/2011/TO1— (conf. art. 5° inc. "c" y 11 inc. "c" de la ley 23.737 y 45 del CP.), a las penas de siete (7) años de prisión, multa de pesos ocho mil ($8.000), inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena y costas.

Unificar la condena impuesta en el párrafo precedente con la dictada a su respecto por el Juzgado de Sentencia nro. 7 de Rosario por fallo N° 72, de fecha 26802/2013 en la que se le aplicó una pena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas como autor del delito de portación de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal y abuso de armas en concurso ideal todo ello de acuerdo a lo normado en los arts. 189 bis (2) párrafo cuatro, 105, 54, 12,19 y 45 de CP (v. fs. 1338/1341) y establecer una Pena única que se fija en siete (7) años de prisión, multa de pesos ocho mil ($8.000), inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena y costas (conf. art. 58 del CP).

Mantener el estado de libertad del nombrado hasta que quede firme el presente pronunciamiento.

IV. Condenar a L. A. D. S., como coautora penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia con fines de comercialización, agravado por la intervención en forma organizada de tres o más personas —hechos atribuidos en el Expte. FRO32000188/2011/TO1— (conf. art. 5to. inc. "c" y 11 inc. "c" de la ley 23.737 y 45 del CP) a las penas de seis (6) años de prisión, multa de pesos cinco mil ($5.000), inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena y costas.

Mantener el estado de libertad de la nombrada hasta que quede firme el presente pronunciamiento.

V. Condenar a O. S. S., como partícipe secundario del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de transporte (conf. art. 5° inc. "c" de la ley 23.737 y 46 del CP), a las penas de 3 años de prisión de ejecu-

ción condicional (conf. art. 26 del CP), multa de pesos mil ($1.000) y costas. De conformidad a lo prescripto en el art. 27 bis del código de fondo, el condenado deberá cumplir por tres años las siguientes reglas de conducta: a) fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato y, b) abstenerse de usar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas.

VII. Ordenar el decomiso de: a) Los automóviles Citroën, modelo C 4, dominio ...; Renault, modelo Megane, dominio ...; Mercede Benz, modelo Sprinter, dominio ...; ..., dominio ...; Mercedes Benz, modelo CLK 350, dominio ...; Camioneta, marca BMW, modelo X5, dominio ...; Camioneta, Chevrolet, modelo Silverado, dominio ... y camioneta Ford, modelo F100, dominio ... b) Del dinero secuestrado para la presente causa, que asciende a la suma total de pesos doscientos noventa y dos mil trescientos veinticuatro con ochenta centavos ($292.324,80) resultado de los secuestros producidos en los expedientes: FSM 40504/2016/TO1, FRO32000188/2011/TO1 y FRO420000331/2011/TO1. c) De una Notebook modelo Smart R7, N° de serie 0885647A00087, secuestrada en el procedimiento de la causa FSM 40504/2016/TO1, todo de conformidad a lo previsto en el art. 23 del CP y 30 de la ley 23.737.

2°) Contra esa decisión, el doctor Germán Raúl Oviedo en representación de C. M. F., O. S. S., C. A. B., M. A. V. y L. A. D. S., a fs. 89/109 y 110/136, dedujo recurso de casación, el cual fue concedido a fs. 137/139, y mantenido en esta instancia a fs. 188.

3°) El impugnante invocó la afectación de los términos del art. 456 incs. 1° y 2° del CPPN.

a) Nulidad por haberse denegado arbitrariamente la realización de prueba

Al respecto sostuvo que se vulneró el derecho de defensa de C. M. F., toda vez que durante la sustanciación del proceso no se realizó la prueba que esa parte consideraba pertinente para poder acreditar la actividad ilegal que desplegó el personal policial con la finalidad de poder detenerlo, por lo que solicitó que el caso se resuelva de acuerdo a la doctrina de la CSJN consagrada en los precedentes "Rayford" (F. 308:733); "Ruiz Roque" (F. 310:1848)" y "Daray" (F 317:1985) —entre otros—.

b) Arbitrariedad en el rechazo del recurso de reposición contra la denegación de la realización de prueba

Adujo que el tribunal una vez que se expidió favorablemente acerca de la producción de la prueba ofrecida por las partes (art. 356 del CPPN), no puede a posteriori y sin que existan nuevas circunstancias, revocar esa decisión.

En razón de lo expuesto, solicitó que se declare la nulidad de todo actuado, y se ordene la realización de un nuevo debate oral en el que se le asegure a F. la posibilidad de ejercer la defensa en juicio.

c) Nulidad por carecer de motivación la decisión de incorporar por lectura las actas de procedimiento de fs. 8/11 vta. y 406/408

Sobre el punto indicó que la decisión del tribunal carece de fundamentación, extremo que le impidió controlar "—a la luz de la razón— la bondad y racionalización del sentido de justicia aplicado por los jueces...".

d) Arbitrariedad por haberse incorporado por lectura las actas de procedimiento de fs. 8/11 vta. y 404/408, por resultar contrario a lo postulado por el art. 392 del ritual

Expresó que el caso no presentaba ninguna de las excepciones previstas en el art. 392 en relación al art. 391 incs. 2) y 3) del CPPN.

e) Arbitrariedad de la sentencia en lo que respecta a la materialidad del delito de transporte de estupefacientes y portación ilegal de arma de uso civil condicional. Violación a la cadena de custodia

Expresó que en la estación de servicio donde los preventores interceptaron los vehículos Mercedes Benz, modelo Sprinter, dominio ... y ..., domino ..., no se incautaron estupefacientes ni tampoco la pistola marca Bersa, calibre 380. Indicó que en esa oportunidad únicamente se secuestró la carabina automática con selector de tiro semiautomático, calibre 5,65 x 45 mm. Sin embargo, refirió, que los rodados fueron trasladados —sin custodia, ni testigos, ni por sus conductores— hasta la Delegación Policial en Ingeniero Maschwitz, donde al practicarse una nueva requisa se incautó la sustancia prohibida y el arma en cuestión.

Explicó que no existe certeza de que el estupefaciente estuviera al momento en que fueron interceptados los vehículos pues "entre una y otra requisa estuvieron a merced del personal policial interviniente sin la presencia de los testigos como norma el art. 138 *in fine* del CPPN...".

f) Estado de descomposición de la sustancia incautada. Ausencia de afectación al bien jurídico, salud pública

Señaló que del test de orientación, del examen de fs. 269/299 y de la pericia química, surge que la sustancia incautada en el vehículo Mercedes Benz se encontraba en estado de descomposición, y que el perito Jorge Eduardo Dagil reconoció que no se realizó prueba alguna para determinar si estaba en con-

diciones de uso, por lo que no existe certeza acerca de su idoneidad para "poner en riesgo el bien jurídico tutelado por el tipo penal —Salud Pública—", por lo que la conducta atribuida a F. resulta atípica.

g) Arbitrariedad en relación a la calificación legal asignada a la carabina automática con selector de tiro semiautomática

Indicó que la mencionada arma no estaba en condiciones de uso inmediato toda vez que no acreditó que al momento en que fue incautada tuviera el cargador con municiones para su uso inmediato. Expresó que este aspecto resulta indispensable a los fines de diferenciar el delito de portación con el de tenencia de arma de fuego, por lo que en el caso, la calificación debe modificarse por esta última figura penal.

h) Arbitrariedad de la sentencia en cuanto tuvo por probada la vinculación de F. con el estupefaciente secuestrado en el galpón de la calle ... de la localidad de Ricardo Rojas, partido de Tigre

Aseguró que F. había sido detenido tiempo antes de allanarse el referido inmueble, por lo que resultó imposible "determinar que pasó en el galpón entre la detención de F. el 12 de julio de 2016 hasta que [el referido inmueble] comenzó a ser observado por personal policial —sea que se tomó como punto de partida la actividad ilegitima realizada antes del anónimo o el 26 de julio de 2016 cuando se recibe la denuncia anónima—".

Añadió que el personal policial actuó ilegalmente en razón de que no existía denuncia, ni habilitación emanada por autoridad competente, para proceder a observar aquel inmueble, por la que solicitó que se absuelva a F.

i) Arbitrariedad en la sentencia en orden a la autoría por parte de O. S. S.

Expresó que resulta ilógico e irrazonable que por la sola circunstancia de ser el titular registral del automotor marca Mercedes Benz, modelo Sprinter, patente ... —en el que se habría incautado la sustancia y por habérselo prestado a S. Á. para que realice un viaje a la ciudad de Buenos Aires—, su asistido O. S. se "transforme lisa y llanamente en autor secundario del ilícito que se dice cometido".

Al respecto, indicó que S. desconocía que su automotor podía ser utilizado para desplegar una actividad ilícita, y menos aún que él haya prestado colaboración para que el delito se concrete.

j) Arbitrariedad al concursar el delito de transporte con el de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización

Adujo que el secuestro de la sustancia en el galpón de la calle ... (localidad de Tigre) se concretó veintiún días después de que C. F. fuera detenido, por lo que a partir de dicha circunstancia, su asistido dejó de tener disposición y voluntad sobre la sustancia allí incautada, por lo que solicitó que se reconduzca a concurso ideal el transporte de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización atribuidos al nombrado.

k) Monto de pena impuesta a F.

El recurrente cuestionó que al momento de fijar la pena impuesta a su asistido no se haya mensurado como atenuantes la ausencia de antecedentes penales, aspecto que fue ponderado favorablemente cuando valoró la situación de los restantes condenados. También se omitió valorar el informe social.

Por otra parte, expresó que "los señores Jueces no han dado las razones como con los agravantes y atenuantes considerados le aplicaron a C. M. F. la pena de doce (12) años de prisión y multa de pesos diez mil ($10.000), quedando inconclusas sus motivaciones en razón de que no se puede determinar de qué modo esas pautas incidieron en el aumento de la escala penal de la multa", por lo que solicitó que se reduzcan significativamente ambas penas.

l. Excesivo decomiso de los bienes

Aseguró que el fallo en este aspecto aparece arbitrario por cuanto no existe vínculo entre los bienes secuestrados entre el 12 de julio y 2 de agosto de 2016 de la que resultaban juzgado F. y S., con la causa que se inició en el año 2011 en la que se juzgaba a F., B., V. y D. S.

Añadió que no existe certeza en torno a que las camionetas marcas BMW modelo X5, dominio ...; Chevrolet, modelo Silverado, dominio ...; Ford, modelo F100 dominio ... y la notebook, modelo Smart R7, fueran utilizadas para la comisión de los delitos por los que resultó condenado F., ni tampoco que sean producto de la actividad ilícita.

En razón de lo expuesto, solicitó que se deje sin efecto el decomiso dispuesto sobre los referidos bienes y se ordene su devolución.

m. Situación de C. A. B., M. A. V. y L. A. D. S.

Al respecto, el impugnante solicitó que se declare la nulidad de las tareas de observación realizadas por el Oficial Principal C. M. en el domicilio de la calle ... de la localidad de Funes.

En tal sentido, sostuvo que el preventor realizó diligencias sin haber convocado previamente a los testi-

gos de actuación conforme lo establece el art. 138 y cc. del CPPN. Tampoco se efectuaron registros fotográficos o filmaciones, por lo que los "hechos definitivos e irreproducibles se acreditan en base al informe policial de fs. 139/142 en vez de labrar un acta con presencia de testigos".

n. Asimismo, expresó que debió ser excluido, y por ende, no valorado el testimonio proferido por el policía J. O. M., toda vez que en el acta de fs. 10/13 surge que las tareas de observación fueron realizadas por el Oficial Principal C. M., es decir por una persona diferente al referido testigo.

o. Exclusión probatoria del secuestro de la llave del automotor C4 por no haberse conservado la cadena de custodia.

p. Nulidad del interrogatorio policial realizado a la imputada L. A. D. S. durante el allanamiento de fs. 70/73

Aseguró que el personal policial tiene prohibido interrogar a sospechados e imputados, salvo en los casos de flagrancia, por lo que en el caso se vieron afectados los derechos constitucionales de su asistida.

q. Nulidad del acta de procedimiento de fs. 27/30

Expresó que los testigos civiles no reconocieron las firmas allí insertas, por lo que el tribunal la ponderó a pesar de carecer de certeza acerca de si las rubricas allí insertas pertenecían o no a los testigos de actuación.

r. Nulidad por haberse incorporado por lectura las actas de procedimientos de fs. 10/13 y 27/30 y del acta de allanamiento de fs. 70/73, en violación a lo normado por los arts. 291 y 292 del CPPN.

s. Arbitraria acreditación de la materialidad y autoría de M. A. V.

Adujo que del "análisis de la prueba que ha valorado el Tribunal queda demostrado que la conclusión a la que arribó resulta arbitraria en razón de que dichos medios de prueba no resultan idóneos para tener certeza que en poder de M. A. V. se incautó sustancia estupefaciente".

u. Arbitraria aplicación del agravante prevista en el art. 11 inc. c) de la ley 23.737

Sostuvo que el tribunal no especificó los roles y funciones que cumplieron los imputados.

v. Arbitraria y excesiva pena aplicada a V. y B.

En definitiva, solicitó que se decrete la nulidad de todo lo actuado y en consecuencia se absuelva a los imputados, subsidiariamente se disponga la absolución de L. A. D. S. y M. A. V., y se deje sin efecto la agravante prevista en el art. 11 inc. c) de la ley 23.737.

Hizo reserva del caso federal.

3°) En la etapa prevista por los arts. 465 y 466 del CPPN, se presentó el Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé, ocasión en la que expuso las razones por las que, a su entender, corresponde rechazar el recurso deducido por la defensa particular de los acusados (cfr. fs. 192/204 vta.).

4°) En fecha 4 de marzo de 2020 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa procesal prevista en el art. 468 del CPPN.

II. 1. Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto, con invocación de lo normado en el art. 456, incs. 1° y 2° del CPPN, es formalmente admisible, toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que la defensa invocó, fundamentalmente, la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal.

Por otra parte, al tratarse de la impugnación de una sentencia de condena, exigen su examen de acuerdo con los estándares establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar dentro del fallo.

La jurisdicción de revisión quedará circunscripta a los agravios presentados y no implicará una consideración global de oficio de la sentencia (art. 445 del CPPN y considerando 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

El pronunciamiento mencionado, por lo demás, es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del CPPN.

2. Inicialmente, corresponde señalar que en el fallo impugnado se resolvieron diferentes hechos algunos de los cuales presentaban imputados en común, por lo que en su oportunidad, se decretó su acumulación por conexidad subjetiva. A su vez, la materialidad y atribución de responsabilidad a los acusados en cada uno de los sucesos delictivos reprochados serán examinados individualmente.

III. a. Causa FRO 32000188/2011 el tribunal de mérito tuvo por probado la existencia de tres sucesos delictivos o segmentos de una misma secuencia fáctica,

acontecidos el 25 de marzo de 2011 en la localidad de Funes, Provincia de Santa Fe:

"Hecho 1". El secuestro de 55 "panes" o "ladrillos" de marihuana incautados del asiento trasero del Renault Megane, dominio ..., tras una persecución con intercambio de disparos, en el que se conducían C. A. B. (como conductor) y C. M. F. (como acompañante), quien descendió instantes antes intentando escapar a pie al advertir la presencia policial, que lo venía siguiendo tras reconocerlo en la estación de servicio "Petrobras" de la zona (en base a datos fisonómicos aportados en una denuncia telefónica anónima) y verlos dirigirse a la finca de calle ... de Funes, entrar el auto de culata (percatándose que adentro se encontraba el automóvil Citroen C4 color gris —referido en la denuncia anónima—), cargar bolsas de color negro en el asiento trasero y retirarse, para abordarlos cuadras después, procediéndose a la detención de los nombrados B. y F..

"Hecho 2". El secuestro de un pan de cocaína de 495 grs. hallado en una bolsa del asiento trasero del automóvil Fiat Siena, color blanco en que se conducía como pasajera M. A. V. (en cuyo poder se incautó un envoltorio de marihuana de 0,355 grs.), que fue vista por el personal policial abordándolo, aparentemente como servicio de remís (conducido por F. A. B.) minutos antes desde el referido domicilio de ... cargando la bolsa mencionada. Se produjo la detención de V.

"Hecho 3" Finalmente, del allanamiento practicado al inmueble de calle ... de la localidad de Funes, Santa Fe, se procedió al secuestro de 3.300 kilos de marihuana los cuales estaban distribuidos en varios trozos compactos. En esa ocasión fue detenida L. A. D. S.

b. Sentado el marco fáctico acreditado, corresponde examinar el planteo de la defensa en cuanto solicita que se declare la nulidad de la actuación efectuada por los funcionarios policiales que realizaron las tareas de vigilancia sobre el domicilio de calle ... de la localidad de Funes, provincia de Santa Fe, por cuanto dicha actividad se trató de actos irreproducibles y por ende debieron llevarse a cabo y documentarse conforme lo prescripto por el artículo 139 del CPPN —con la intervención de dos testigos y dejar constancia de lo actuado en un acta de procedimiento—, extremo que a su entender conllevó a que "actuaran al margen de la ley" lo que "derivó en la pérdida de la libertad para los cuatro imputados".

Adelanto que este cuestionamiento no será de recibo.

Varias resultan ser las razones que me llevan a sostener que el accionar policial en este tramo de la pesquisa fue realizado ajustándose a los márgenes de actuación establecidos en el código de forma vigente, y de acuerdo a las particulares circunstancias del caso.

En efecto, de la lectura de las actuaciones surge que estas tuvieron comienzo a partir de la recepción —en sede policial— de una comunicación telefónica efectuada por un sujeto —que no se identificó— dando cuenta acerca de individuos vinculados con el tráfico de estupefacientes, a quienes describió físicamente. Asimismo, aportó datos relacionados con el rodado en el que trasladarían la droga.

Es por ello que los preventores de inmediato practicaran las primeras tareas de inteligencia tendientes a acreditar los extremos denunciados. En ese contexto, advirtieron la presencia de un sujeto cuya fisonomía resultaba semejante a la denunciada, quien se encontraba de acompañante en un Renault Megane, dominio colocado ..., el cual procedieron a perseguir constatándose que se dirigió hasta al inmueble de la calle ... de la localidad de Funes.

Así, al arribar a dicho lugar, el conductor estacionó el rodado de culata hacia el interior de la vivienda, mientras que en el interior se apreciaba la presencia de un Citroen C4 color gris, al cual ambos sujetos ingresaron y retiraron unas bolsas de color negro, las cuales acomodaron en el asiento trasero del Renault Megane, para luego, retirarse del lugar.

En ese devenir, los policías persiguieron y detuvieron a los tripulantes de aquel automóvil, quienes fueron identificados como C. A. B. —conductor— y C. M. F. —acompañante—.

Asimismo, el principal M. permaneció realizando tareas de observación desde el exterior de la referida vivienda, dando cuenta acerca de los comportamientos que desde la vía pública lograba observar.

Fue en ese marco que logró distinguir el arribo al mencionado inmueble de un Fiat Siena color blanco. A su vez, de la vivienda una mujer salió y ascendió a la parte trasera del referido rodado, el cual también fue detenido, identificándose a la pasajera como M. A. V., quien entre sus pertenencias tenía un envoltorio conteniendo 0,355 gramos de marihuana y 495 gramos de cocaína.

Puesto en conocimiento del magistrado de las mencionadas circunstancias, este ordenó allanar el referido inmueble, procediéndose al secuestro de 3300 gramos de marihuana distribuidos en varios trozos compactos, y a la detención de su moradora L. A. D. S.

Al respecto, observo que conforme la dinámica que tomaron los hecho a partir de los resultados que arro-

jaron las primeras medidas de observación realizadas por personal policial a los fines de constatar la veracidad de los hechos denunciados en forma anónima, aunado a la cantidad de sujetos realizando comportamiento vinculados con el tráfico de estupefacientes desplegados en formar organizada, y al lugar y condiciones en que aquellas se llevaron a cabo, aparece irrazonable que en esas circunstancias los policías se encuentren obligados a convocar a testigos civiles y a ir dejando asentado en actas de procedimiento todas aquellos comportamientos que observaban.

Es del caso destacar que el art. 138 del CPPN establece las condiciones en las que un funcionario "que intervenga en un proceso" debe dejar constancia de lo actuado "en la forma prescripta por las disposiciones de este capítulo". En tal sentido, resulta claro, que conforme a las particulares circunstancias del caso, las primeras actividades de prevención no se materializaron en el marco de un proceso ni tampoco por orden del juez instructor, sino que se desplegaron dentro de los lineamientos previstos por el art. 184 del CPPN, conforme las funciones preventivas que reconoce el art. 183 de la misma normativa y que se relacionan con la tarea básica de verificación de la noticia de un delito, las cuales no requieren que dicha actuación se realice del modo que pretende la defensa.

En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha validado como estándares aptos para la injerencia policial, aquellos que bajo las nociones de 'causa probable' o 'sospecha razonable' ha construido la Suprema Corte de los Estados Unidos, en los precedentes 'United States c. Cortez', U.S. 449, y 'Alabama c. White', U.S.411. En el caso de autos, bajo la percepción policial se ejecutaron comportamientos —por ellos descriptos y precisados— compatibles con el traslado de sustancia estupefaciente, de acuerdo a la totalidad de las circunstancias —"whole picture"—.

Por eso, la intervención policial inmediata no fue ni arbitraria ni en contradicción con las normas que regulan su actuación. En virtud de las pautas señaladas los funcionarios no incurrieron en ninguna irregularidad pues, como se desprende de autos, se verificó al menos sospecha razonable que habilitó su actuación sobre los vehículos y sus ocupantes. Los presupuestos ya aludidos configuran la descripción explicativa que los funcionarios deben brindar en apoyo de una intervención justificable en términos legales. Estas circunstancias avalan, por tanto, la falta de fundamentación de aquellos agravios esbozados en el recurso y ampliados en la audiencia de informes.

Al respecto, cabe recordar que el más Alto Tribunal expresó que "...no hay razón alguna que pueda dar fundamento a una prohibición constitucional de que las fuerzas de seguridad que reciben información acerca de la comisión de un delito de acción pública desarrollen las tareas de investigación que son propias de su función, antes de transmitirlas a los magistrados encargados de la persecución penal...[Ni] el modo en el que fue recabada la notitia criminis, ni las posteriores tareas de verificación de la información allí aportada que desarrollaron los agentes policiales, generaron ninguna afectación irreparable a las garantías constitucionales que amparan a los investigados, que merezca ser desvinculada en su análisis de las restantes circunstancias que permitieron al tribunal oral que dictó la sentencia condenatoria sostener la validez de lo actuado..." (conf. CSJ 213/2015/RH, "Halford, Jorge R. s/ infracción ley 23.737", resuelta el 27 de septiembre de 2018).

c. Por lo demás, la ausencia de registros fílmicos y/o fotográficos de todo aquello que los agentes apreciaron desde el exterior de la vivienda no torna nula la actuación policial sino que en todo caso se erige como un déficit probatorio, toda vez que de haberse contado con aquellos elementos hubiera permitido a los magistrados arrojar aún mayor certeza respecto de los aspectos que los funcionarios policiales relataron en las distintas instancias procesales.

En esa línea no resulta ocioso recordar que en el régimen procesal actual, la apreciación del plexo probatorio reproducido durante la sustanciación del debate debe realizarse conforme la sana crítica racional, por lo que los jueces no se ven impedidos de ponderar los dichos de los preventores que tomaron intervención en el procedimiento, dando las razones por las que le otorga aptitud probatoria.

En definitiva, la defensa no se hace cargo de argumentar fundadamente los motivos por las cuales los jueces debieron haber excluido del marco probatorio a los testimonios brindados por los preventores durante el debate, ocasión en la que se expidieron acerca de las circunstancias en que tomaron intervención en el suceso, las conductas que en ese contexto realizaron, y los resultados alcanzados.

Específicamente, en lo que aquí interesa, el procedimiento policial ha de ser apreciado en su integridad y eficacia probatoria según la sana crítica. Esto surge de las disposiciones del art. 392 CPPN sobre la consideración en el debate de las actas que hubieren practicado las autoridades de prevención. Estas son prueba documental, pero quedan de algún modo vinculadas de manera relevante a las declaraciones testimoniales —que se muestran preferentes a su respecto— pues solo operan para ayudar la memoria de quienes estuvieron en el acto o cuando se verifica alguna contradicción.

De hecho, los sistemas de enjuiciamiento —contradictorio y oral o las formas alternativas— tal como están reglados en nuestro orden federal, permiten a los magistrados hacer una ponderación racional —sana crítica— de los contenidos de actas que incluso cuentan con la asistencia de testigos, que cumplen con los requisitos del art. 138, a los fines de otorgar un determinado nivel de convicción.

Ciertamente, entre mayor sea el apego a las formas, las propias demandas de racionalidad en la argumentación limitan el ámbito de discreción de los jueces en punto a su aptitud demostrativa.

Por eso, la valoración de los testimonios, junto con otros elementos de juicio, será en definitiva la que otorgue operatividad al contenido del documento que busca certificar determinados actos, los cuales, como en este caso, pueden encontrar su vía de comprobación por las mismas declaraciones recibidas en el debate.

En definitiva, advierto que las tareas de inteligencia y principalmente de observación que realizó personal policial durante el lapso en que permaneció apostado en las inmediaciones del inmueble de calle ... fueron practicadas respetando las formas procesales y las garantías constitucionales, por lo que no encuentro razón alguna para invalidaras.

Resta señalar que la defensa —a través de sus reiterados argumentos— no logra descalificar la actuación policial, ni menos aún acreditar que todo aquello que pudieron observar a través de sus sentidos surge de la intención de inculpar falsamente de graves delitos a personas inocentes.

Así, cada una de aquellas conductas que fueron advertidas compatibles con la tenencia y posterior transporte de estupefaciente de aquel inmueble quedó patentemente demostrado a partir de la detención de B. y F. a quienes se les secuestró una considerable cantidad de droga en el asiento trasero del Renault Megane, ... Idéntica situación acaeció con relación a las circunstancias que rodearon la incautación de marihuana en poder de M. V. y posteriormente el secuestro en el interior de la morada de 3,300 kilos de canabis sativa distribuidos en varios trozos.

En razón de lo expuesto, y en particular al no haberse conculcado las garantías del debido proceso y derecho de defensa en juicio de los acusados, corresponde el rechazo del planteo.

d. Tampoco tendrá acogida favorable el pedido para anular el testimonio brindado por el Comisario J. O. M., fundado en que el instrumento de fs. 139/142 surge que lo firmó el Oficial Principal C. M., al igual que las actas de procedimiento de fs. 10/13, 19/24 y 70/73, mientras que durante la sustanciación del debate no se acreditó que J. O. y C. M. se traten de la misma persona.

Del análisis del fallo impugnado surge que para los jueces no existe duda alguna en cuanto a que el policía que realizó las tareas de observación desde el exterior del inmueble de la calle ... se trató de J. O. M., quien durante el debate brindó un detallado relato de todas las circunstancias relacionadas con el referido procedimiento, testimonio que pudo ser suficientemente controlado por la defensa, por lo que el impugnante no se hace cargo de demostrar que no fue dicho funcionario quien intervino en las tareas de prevención y que el error material volcado en las actas carece de entidad suficiente para nulificar su testimonio, máxime cuando la defensa tampoco logró demostrar que la circunstancia denunciada se tradujo en un concreto perjuicio para ejercer en debida forma su ministerio.

Al respecto, corresponde recordar que las nulidades no satisfacen pruritos formales, sino que requieren de la existencia de un perjuicio concreto. "...La nulidad se vincula íntimamente con la idea de defensa (art. 18 CN). Solo cuando surge algún vicio, defecto u omisión que haya privado a quien lo invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión, se produce una indefensión configurativa de nulidad (CJ San Juan, JA, 1988-III, p. 362). Si no media tal perjuicio, la invalidez del acto por nulidad queda descartada. Su procedencia está limitada por el grado de afectación de esa garantía (CCC Fed. Rosario, Sala A Penal, ED, del 21/05/2001, f. 50.7773). Además debe existir interés respecto de quien la aduce; si se omite puntualizar las oposiciones de que se le privó al ejercer la pretensión nulificante, deviene abstracto. Por eso no basta la mera ausencia del defensor en un acto procesal para determinar su nulidad; se precisa que genere un perjuicio concreto que resulta diluido cuando el imputado se niegue a declarar (CCC, Sala VII, LA LEY, del 31/08/1998, f. 97.581)..." (Francisco J. D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", Ediciones Lexis Abeledo-Perrot, T. I, p. 293). Por lo expuesto, corresponde el rechazo del agravio esbozado al respecto.

e. Por otra parte, encuentro que el agravio vinculado con la violación de la cadena de custodia relacionada con el secuestro de las llaves del rodado Citroen C4, no resulta novedoso, en la medida en que fue oportunamente abordado y rechazado en la sentencia.

En tal sentido, aparece razonable lo referido por el *a quo* en cuanto a que "[l]a duda que pretende introducir el Dr. Sergio Larrubia (y que había anticipado el Dr. Jorge Alcaraz, con lo cual lo que habrá de decirse

le es extensible) acerca de la eficacia probatoria del acta de procedimiento de fs. 70/73 y los testimonios recibidos, en relación a este hecho puntual, se basa a la versión dada por D. S. (ya tratada en el Hecho I.1.) y a cómo apareció la llave del Citroën que fue revisado al momento del allanamiento. Sobre esto último, afirmó en su alegato que hay cuatro versiones, y ello no es lo que se deduce de la prueba producida, amen que no resulta tampoco dirimente, y por tanto no puede prosperar en ese sentido su pedido de absolución por la duda.

El testigo S., no dijo en ningún momento de su declaración testimonial prestada en la audiencia que D. S. entregó la llave del Citroën, y cuando el Dr. Larrubia le leyó su declaración prestada en la instrucción en donde figura que dijo eso, asertivamente dijo no recordar, con lo cual no cabe tener por probado que eso fue lo que sostuvo, y menos aun lo que ocurrió. Luego las otras versiones a que alude la defensa técnica son las del personal policial (concretamente D. M.) que resulta coincidente con lo declarado respecto del primer procedimiento —hecho I. 1.— por el agente R. y la testigo A., y lo volcado en el acta de procedimiento de fs. 10/13, que refiere a que esa llave se le secuestró a B. y se llevó luego al allanamiento, versión esta que sí contrasta con las otras aportadas por D. S. y B., las cuales al margen de no coincidir totalmente entre sí apuntan —como se dijo— a que todo fue orquestado en su contra (incluyendo aquí a lo dicho por F.) por el personal policial, lo cual no encuentra más respaldo que sus propios dichos, que solo cabe interpretar que están enderezados a intentar mejorar, sin éxito, su situación procesal".

Corresponde al respecto señalar que el grado de veracidad que los jueces le otorgan a los testigos a los fines de poder reconstruir los hechos, al formar parte de la inmediatez escapa al control de esta Cámara. No obstante lo cual los argumentos expuestos en el fallo impugnando, acerca de las circunstancias que rodearon el secuestro de las llaves del Citroen y la carencia de elementos suficientes para sostener fundadamente en que se produjo un vicio en la cadena de custodia, circunstancia que sella negativamente la suerte del agravio.

f. Tampoco será de recibo el planteo de nulidad en virtud de que su asistida L. A. D. S. fue interrogada por personal policial durante la realización del allanamiento a su domicilio y que ello vulneró la garantía del debido proceso de abstenerse a declarar.

Para dar respuesta al cuestionamiento invocado por la defensa aparece imprescindible contextualizar los aspectos de mayor relevancia que precedieron a la conducta policial reprochada.

En particular, observo que el allanamiento al domicilio de ... fue dispuesto por el juez competente, quien habilitó al personal policial a registrar el inmueble en búsqueda de estupefacientes o cualquier otro objeto vinculado con dicha actividad ilícita.

En ese contexto, no se encuentra controvertido que el hallazgo de un bolso con marihuana en el interior del placar de la habitación de la causante se produjo en el marco de la referida requisa, independientemente de la información que voluntariamente la nombrada le brindó al Sargento D. M. Cabe destacar que la defensa ni los testigos denunciaron que lo referido por la imputada acerca del lugar donde se encontraban los estupefacientes resultara a consecuencia de haber sido coaccionada, apremiada. Tampoco se alegó que haya sido obligada o amenazada para que declare en el referido sentido.

Así, conforme las particulares circunstancias de la causa, no se verifica la existencia de un concreto perjuicio con entidad suficiente para anular el allanamiento al inmueble de la calle ...

g. Similar déficit de fundamentación presenta el planteo de nulidad del acta de procedimiento de fs. 27/30 justificado en que los testigos civiles no reconocieron como suyas las firmas insertas ni ratificaron las circunstancias allí consignadas.

Cabe recordar que le cabe al impugnante acreditar la falsedad de los datos volcados por los funcionarios de las fuerzas de seguridad en las actas que se labran durante la realización de un procedimiento.

En esa inteligencia, el impugnante refiere que el acta de procedimiento en el que se volcaron todas las circunstancias acaecidas durante la sustanciación de la requisa al rodado Fiat Siena y sobre los efectos de la imputada V. carece de validez en la medida en que los testigos de actuación, en el debate, no reconocieron sus firmas estampadas en dicho documento.

Sin embargo, de la lectura de la sentencia se advierte que esta situación fue abordada y resuelta prudentemente por los jueces. En tal sentido, refirieron que "una situación singular se dio respecto de los testigos civiles de actuación de este procedimiento, M. S. T. y V. R. P., que mostraron en todo momento una actitud reticente que llevó al Fiscal General a solicitar su detención y puesta a disposición del Juzgado y Fiscalía Federal en turno girándoles las actuaciones y audios pertinentes, a lo cual el Tribunal por mayoría hizo lugar parcialmente al rechazar su detención inmediata (ver acta de debate).

No obstante la circunstancia apuntada, valorando la prueba rendida y expuesta sobre el secuestro de co-

caína y demás efectos, en este puntual procedimiento, cabe tener por acreditado en su materialidad el hecho al que refiere; el requisito formal de los dos testigos aparece satisfecho y su actitud reticente ante el Tribunal no puede llevar ni a su anulación ni a la pérdida de eficacia probatoria del acta que lo documenta.

Así, la falta de colaboración asumida por los testigos de ningún modo puede traducirse en que los datos volcados en el acta de procedimiento resulten mendaces, principalmente teniendo en consideración que aquellos no negaron haber intervenido en el mismo, ni menos aún desmintieron los aspectos que quedaron allí asentados.

A ello cabe adicionar, que ni la acusada V., ni el remisero F. A. B., ni los policías que tomaron intervención en el mismo la desacreditaron, razón por la cual no observo ningún motivo válido por el cual correspondía excluir dicha prueba.

h. Finalmente el impugnante cuestionó la incorporación por lectura de las actas de procedimiento de fs. 10/13, 27/30 y 70/73 y las tareas realizadas a fs. 139/141, por considerar que dichos extremos no pudieron ser acreditados, por lo que se debió recurrir a los mencionados documentos con el propósito de "suplir las omisiones" en que incurrieron el fiscal y tribunal.

Lo sostenido por la defensa contrasta abiertamente con lo acontecido durante la celebración del debate. Es que en relación a las circunstancias volcadas en el parte informativo glosado a fs. 139/142, testificaron los policías, M. M., J. O. M. y S. R., quienes en ese estadio ratificaron sustancialmente los aspectos e información volcados en el referido documento.

Idéntica situación se presenta con relación al acta de procedimiento de fs. 10/13 labrada por el Oficial Ayudante S. R., en la que dio cuenta de los aspectos relativos tanto a su actuación y la de los restantes preventores acaecida con fecha 15 de marzo de 2011, circunstancias que ratificó durante la sustanciación del juicio. Todo ello deja en evidencia que el tribunal *a quo* ponderó tanto las pruebas producidas en el juicio como así también las actas e informes incorporados por lectura al debate, sobre los cuales las partes tuvieron la posibilidad de controlar y refutar.

Por lo demás, la corroboración de los aspectos que precedieron a la detención, requisa e incautación de estupefacientes en poder de M. V., es dable señalar que son numerosas las pruebas que acreditan que dicho acontecer se corresponde con aquellas circunstancias asentadas en el acta de procedimiento de fs. 27/30, la cual, entre otros fue suscripta por la propia imputada, quien durante la pesquisa no negó todo lo que allí quedó asentado.

En torno a los aspectos volcados en el acta de allanamiento al inmueble de la calle ... de la localidad de Funes, reitero que durante el debate declaró el Oficial S. R., es decir la misma persona que redactó el referido documento.

Así, los distintos procedimientos realizados por los preventores y los informes que oportunamente efectuaron dando cuenta de las diligencias y resultados alcanzados, fueron ratificados y reproducidos durante la sustanciación del juicio, razón por la que no se ajusta a lo cierto lo referido por la defensa en cuanto a que "el perjuicio de incorporar esas pruebas por lectura es notorio".

En orden a lo expuesto corresponde rechazar el planteo de la de defensa.

i. Tampoco será de recibo el agravio del impugnante en cuanto refiere a la inexistencia de prueba que acredite que se incautó estupefaciente en poder de su asistida M. A. V.

Luego de analizar las razones que llevaron a los jueces a tener por acreditado el hecho atribuido a V., observo que el único modo que permitiría arribar a la hipótesis invocada por la defensa, sería prescindiendo del plexo probatorio legalmente incorporado a la especie y reproducido durante el debate. Es decir, omitiendo evaluar las declaraciones de los preventores, los dichos de los testigos, las conductas que antecedieron a su detención.

En ese contexto, la información que le brindó el Principal M. al Oficial M. acera del arribo de un Fiat Siena al domicilio de la calle ... aunado al secuestro de una importante cantidad de estupefacientes entre las pertenencias de V., resulta suficiente para tener por acreditada la materialización del delito y la responsabilidad de la acusada en el mismo.

En esa inteligencia, aparece irrazonable la pretención de la defensa de que se omita la prueba en razón de que se carece de certeza acerca del nombre de pila del Comisario M., o por considerar que no se tiene certeza acerca de si los testigos de actuación no intervinieron en el procedimiento. El recurrente confunde mostrar una actitud reticente de colaboración con el tribunal con negar que participaron en el procedimiento, por lo que no existe fundamento alguno para sostener que aquellas circunstancias asentadas no se correspondan con lo realmente acontecido.

En definitiva, cabe enfatizar que a través del material probatorio evaluado en forma exhaustiva, integral

y en adecuado resguardo a las reglas de la sana crítica racional la sentencia tuvo por acreditada la conducta ilegal reprochada a V.

IV. El secuestro de 431 envoltorios de cocaína (340,63 gramos), 91 envoltorios de marihuana (335,82 grs.), una bolsa con 644,60 grs. de marihuana y dos bolsas con cocaína sin fraccionar (497,70 grs.) desde el domicilio indicado de calle ..., tras ser allanada, deteniéndose a V.

Sobre este suceso delictivo, la defensa no efectuó consideración alguna, por lo que no procederé a examinar los fundamentos que llevaron al tribunal a tener por probado dicho delito.

V. En relación a la causa FSM 40504/2016/TO1 (acumulada por la conexidad subjetiva en torno de C. M. F.), los hechos penalmente distinguibles son cuatro, tres de los cuales, se desencadenan en virtud de un llamado telefónico anónimo al 0800 de la Lucha contra el Narcotráfico de la Municipalidad de Escobar, (que se retransmitió a la Delegación Departamental del Tráfico de Drogas ilícitas y Crimen Organizado de Escobar Provincia de Buenos Aires), refiriendo que una camioneta blanca Mercedes Benz, patente ... y un automóvil BMW, patente ... transportarían droga y pernoctarían en la zona de Garín o Fonavi; ello generó la disposición de un operativo policial de búsqueda a través de distintas brigadas que dio con ambos vehículos en una estación de servicio YPF sita en el kilómetro 36,5 de Panamericana en la localidad de Tortuguitas, partido de Malvinas, Provincia de Buenos Aires, verificándose:

"Hecho 1" El secuestro en horas de la madrugada del 12 de julio de 2017 de un subfusil calibre.223 sin numeración visible ni marca y cargador colocado del interior del automóvil BMW en que se conducía quien fuera a la postre identificado como C. M. F. (y en el que viajaba una mujer y un niño), lo cual motivó la decisión de trasladar el procedimiento (los dos vehículos referidos, sus ocupantes y testigos de actuación) a la base policial sita en Ingeniero Maschwitz, partido de Escobar para una mejor y más exhaustiva inspección de los vehículos; el resultado de ello fue:

"Hecho 2" El secuestro de una pistola Bersa calibre 380 numero ... con silenciador marca Honshang Tuve ... (38.10) con cargador colocado con municiones y con cartucho en recámara, una cartuchera con 74 cartuchos intactos marca REM, 10 cartuchos calibre 380 intactos del interior del rodado BMW; Fue detenido F. conductor del automóvil BMW.

"Hecho 3" El secuestro, del interior de la camioneta Mercedes Benz (conducida por S. A. que viajaba con su mujer y dos niños), de una bolsa conteniendo doscientos veintinueve mil pesos ($290.000) en 29 fajos de billetes de $100, y, desde una compuerta de plástico, de un pan de marihuana (829 grs.) en estado de descomposición. Se detuvo a S. A. (que se encuentra rebelde desde la instrucción) y posteriormente se imputó a quién se averiguó es titular registral de la camioneta Mercedes Benz, O. S. S.

"Hecho 4" El secuestro en el vehículo Mercedes Benz, modelo CLK 350 Coupé, de cuatro kilos trescientos noventa y siete gramos (4397 grs.) de marihuana distribuidos en 3 panes y una cédula azul de autorización de conducir dicho auto a nombre de E. D. F."

a. Sentado cuanto precede, adelanto que no tendrá acogida favorable el planteo formulado por la defensa de F. relativo a que se le denegó efectuar prueba que demuestre que la detención de su asistido es consecuencia de una actividad ilícita desplegada por personal policial, y que ello vulneró la inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso legal.

Ello así, por cuanto el alegado cercenamiento al derecho de defensa en juicio carece del más mínimo sustento probatorio, en la medida que en el impugnante requirió la realización de prueba —principalmente llamadas telefónicas al personal de la dependencia policial y funcionarios judicial—, cuando no surgieron dudas acerca de que el procedimiento que culminó con la detención de F. y la incautación de una importante cantidad de estupefaciente, se realizó de acuerdo a los lineamientos establecidos en el código de forma, tomando intervención a partir de la recepción de información recibida de manera anónima y actuando con la presencia de testigos civiles convocados a tales fines, habiendo dado inmediata notificación al juez de turno interviniente.

Todo ello, conllevó a que el tribunal considerara innecesario producir prueba a los fines de acreditar una hipótesis carente de todo sustento, aspecto este que ya había obtenido respuesta negativa en las anteriores instancias.

Resta señalar que no existe razón por la cual los magistrados se encuentren impedidos de revocar la realización de prueba cuya producción anteriormente había concedida. Ello así, pues el art. 356 del CPPN, sobre el punto lo autoriza a rechazar la prueba ofrecida cuando esta "sea impertinente o sobreabundante", tal lo que aconteció en la especie, a lo que cabe adunar que la norma no establece un plazo perentorio a partir del cual los jueces se encuentren imposibilitados de proceder del modo en que lo hizo el *a quo*, por lo que en el *sub examine* no se evidencia el vicio invocado por el impugnante en el recurso, y también

durante la celebración de la audiencia en esta instancia, ergo, corresponde rechazar el planteo.

b. En torno a los cuestionamientos que la defensa de F. efectúa con relación al suceso delictivo acaecido el 12 de julio de 2017, corresponde señalar que para así decidir el tribunal ponderó los aspectos que determinaron la actuación policial, el rol que estos cumplieron para detener a uno de los presuntos autores dedicados al transporte de estupefacientes, la requisa practicada en el lugar donde F. y A. fueron detenidos, y la continuidad del procedimiento en sede policial.

Ciertamente, el punto de inicio de la pesquisa lo constituyó el llamado telefónico recibido en la Delegación Departamental de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas y Crimen Organizado Zárate-Campana, de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, en el que se informaba que en una camioneta Mercedes Benz patente ... y un BMW patente ..., se transportaría estupefacientes y que sus ocupantes pernoctarían en Garín o Fonavi.

El juez competente, a través de su secretario, fue inmediatamente puesto en conocimiento de la información recepcionada, y fue él quien dispuso la realización de diligencias a los fines de su corroboración.

En ese devenir, los referidos automóviles fueron localizados en la estación de servicio ubicada en el kilómetro 36,5 de la Ruta Panamericana, procediéndose a detener a sus respectivos conductores en presencia de los testigos civiles.

Asimismo, se dejó constancia que se observaron varios bolsos en el interior de la Sprinter, por lo que con la autorización judicial, se requisaron ambos rodados.

El conductor del BMW se identificó falsamente como E. D. F., (a la postre se estableció que se trataba en realidad del causante C. M. F.), quien estaba junto a L. M. P. y un menor. En tanto, el conductor del Mercedes Benz Sprinter fue identificado como S. E. Á. (actualmente prófugo), quien estaba acompañado por L. C. y dos menores de edad.

Al requisarse el rodado BMW se observó en el piso, del lado del conductor un subfusil calibre.223, sin numeración y con cargador colocado. Dicho procedimiento, por cuestiones de "comodidad y medios" se trasladó a la Unidad de Prevención Local, sita en la localidad de Ingeniero Maschwitz.

En el BMW encontraron un arma de fuego calibre 380, marca Bersa número ... con silenciador, marca Hongshang, un cargador con cartucho y otro con municiones; cuatro teléfonos celulares, setenta y cuatro cartuchos marca REM, diez calibre 380, una notebook dentro de un maletín negro, cinco chequeras del banco Credicoop y una chequera del banco Santander Río SA a nombre de B. Á.

Asimismo, del Mercedes Benz Sprinter se incautó una bolsa azul y blanca con pesos doscientos noventa mil ($290.000) y pesos cuatrocientos veinte ($420), un teléfono celular marca Nokia, un pan de marihuana de 829 gr. en mal estado, el cual fue encontrado en la compuerta de plástico del rodado.

Sentado lo expuesto, observo que los agravios articulados por la defensa en el remedio recursivo no resultan novedosos, sino que constituyen una reedición de aquellos que fueron tratados y rechazados en las distintas instancias del legajo.

En ese marco, del examen de la sentencia resulta posible tomar conocimiento de las razones que llevaron al tribunal a resolver del modo en que lo hizo.

En efecto, con relación al primer agravio, el *a quo*, —entre otros elementos— ponderó las constancias que formaron parte de la causa "NN s/ averiguación de delito. Querellante: F., C. M.", Expte. FSM 47.448". Estas actuaciones fueron iniciadas por el propio F., quien denunció que el procedimiento policial llevado a cabo en la estación YPF fue producto de una embocada pergeñada por personal policial con la finalidad de apoderase de una suma de cinco millones de pesos, por lo que resultó necesario falsificar las denuncias anónimas y "plantar" la droga en el rodado.

En dichas actuaciones, luego de haberse producido "numerosas medidas de prueba", fue archivada en los términos del art. 195, segundo párrafo del CPPN.

Esa decisión fue recurrida por el denunciante —F.— y posteriormente confirmada por la Cámara Federal de San Martín, la cual consideró que el acta de procedimiento fue rubricada por los preventores, imputados y sus concubinas, y que "resulta cuanto menos sugestivo" que no se haya denunciado ni siquiera en sede judicial que los policías le sustrajeron un significante monto de dinero, el cual le fue prestado para su empresa, mientras que el nombrado al exponer en su descargo nada precisó al respecto.

Por otra parte, el tribunal al abordar el cuestionamiento relativo a la afectación a la cadena de custodia, le dio la razón a la defensa en cuanto a que "no fue prolija la actuación policial en los que hace al traslado de los vehículos", sin embargo, sostuvo que respecto al secuestro del pan de marihuana en la camioneta Sprinter, todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar impiden considerar posible su implantación, máxime el lugar seleccionado para su ocultamiento,

por lo que para extraerlo resultó necesario desmontar una parte del vehículo.

Añadieron que la decisión de disponer el traslado no constituye "per se una irregularidad atendiendo al secuestro ya producido del arma de guerra de alto calibre (el subfusil), la situación generada con la policía local y estar en una estación de servicio sin medios adecuados (por ejemplo para desmontar una puerta como se terminó haciendo, resultando intrascendentes en este sentido los cuestionamientos de la defensa de F. al preguntar a cada uno de los testigos sobre la visibilidad en la estación de servicio y en la base local de la policía en Ingeniero Maschwitz, y que terminó formulando en su alegato, desde que ese extremo no fue el motivo invocado en el acta de procedimiento para justificar el traslado, más allá de haberlo agregado como un motivo más algún personal policial al declarar en la audiencia".

En esa línea, advierto que los argumentos que el tribunal de mérito brindó para rechazar los planteos de la defensa encuentran sustento en los distintos elementos probatorios incorporados legalmente al legajo.

Además, no surgen inconsistencias sustanciales de motivación, pues como fuera mencionado anteriormente, ni en el marco de las presentes actuaciones, ni tampoco en el expediente que se inició por la denuncia formulada por F., deja en evidencia que la invocación acerca de una ilegal intervención de los preventores en lo atingente al procedimiento llevado a cabo en la estación de servicio ubicada en la Ruta Panamericana, no tiene el mínimo sustento probatorio, a la vez que dicha hipótesis luego de ser suficientemente investigada en dos pesquisas y por distintos magistrados, en todos los casos no pudo ser acreditada.

Cabe consignar que el procedimiento policial se materializó en un lugar concurrido, con la intervención de testigos civiles y la supervisión del juez instructor, quien fue informado de todas las alternativas a través de su secretario.

Por lo demás, concuerdo con el tribunal que las razones alegadas por los preventores para continuar la requisa a los rodados en la Delegación Policial se ajustaban a las particulares circunstancias del caso, y principalmente de disponer de un lugar y elementos adecuados para examinar minuciosamente los rodados. Los numerosos elementos secuestrados en esta última oportunidad demuestran que se trató de una acertada decisión, la cual cabe destacar contó con la correspondiente autorización expedida por el magistrado.

Finalmente, no encuentro razones para invalidar el secuestro de la droga incautada en la camioneta Mercedes Benz Sprinter conducida por Á., desde que el impugnante no se hizo cargo de refutar lo referido en el fallo, en cuanto a que en el escaso trayecto existente entre la estación de servicio y la Delegación Policial situada en Ingeniero Maschwitz resultara posible desmantelar el auto para ocultar la droga en uno de sus paneles, cuando disponían libremente del mismo para colocarla en otro lugar sin el menor esfuerzo.

Menos aún, explica las razones que llevarían a los preventores a inculpar a personas inocentes, colocando una considerable cantidad de estupefaciente en estado de descomposición.

De tal modo, conforme las circunstancias supra apuntadas, en particular la conducta que adoptó cada uno de los imputados, y los efectos secuestros en cada uno de los rodados, es que concuerdo con el *a quo* en cuanto tuvo por probado que "S. aportó el vehículo marca Mercedes Benz, modelo Sprinter, dominio ... para que F. y A. realicen en la fecha señalada precedentemente el transporte del pan de marihuana, llevando a cabo cada uno las específicas conductas apuntadas, esto es: F., custodió, brindando seguridad, el transporte que A. realizó del pan de marihuana en la camioneta Sprinter que S. les suministró".

En definitiva, la fundamentación otorgada el fallo pronunciado en lo que respecta a este punto, lejos de apoyarse en afirmaciones dogmáticas ha sido desarrollado en base a una adecuada valoración de las probanzas legalmente ingresadas al legajo y reproducidas durante la sustanciación del juicio, por lo que corresponde descartar la alegada violación al debido proceso y derecho de defensa en juicio alegado por el recurrente.

c. Tampoco habrá de prosperar el agravio vinculado con que el estupefaciente secuestrado en atención al estado de descomposición que presentaba carecía de entidad para afectar el bien jurídico: salud pública.

Al respecto, advierto que dicho agravio no resulta novedoso sino que fue invocado por la defensa durante la sustanciación del debate y adecuadamente rechazado, limitándose en el remedio recursivo al igual que en esta instancia, a dejar sentada su discrepancia con la solución a la que arribaron los jueces, es decir omitiendo rebatir los argumentos con la finalidad de demostrar la arbitrariedad de lo decidido.

Cierto es que en el fallo, al abordarse la referida cuestión, los jueces ponderaron el resultado que arrojó el examen pericial practicado al pan de marihuana, al establecerse que pesaba 829 gramos, y su capacidad psicoactiva —aún en el estado que presentaba—,

fue confirmada a través de la prueba de campo orientativa, el examen químico practicado por personal de Gendarmería Nacional y lo declarado en el debate por los peritos técnicos que tomaron intervención.

De este modo, las declaraciones de los expertos en la materia conjuntamente con los resultados concluyentes que arrojaron los peritajes practicados sobre el estupefaciente, confirman la capacidad toxicológica y por ende la afectación al bien jurídico tutelado por la ley 23.737, circunstancias que sellan negativamente la suerte del planteo.

d. Por otra parte, de adverso a lo referido por la defensa, la carabina automática con selector de tiro semiautomático, calibre 5,65 x 45 mm sin marca y numeración visible, al momento en que se procedió a su secuestro se encontraba con el cargado colocado y un cartucho en la recamara, dejándose constancia que "a simple vista se encuentra en óptimas condiciones de uso", aspecto que posteriormente fue corroborado por la pericia cuyo resultado se encuentra glosada a fs. 439 y ss.

En efecto, en el fallo se ponderó el informe presentado por la División Balística de la Policía Federal Argentina, en el que se hace saber que las armas secuestradas encuadran como "Armas de Fuego de Guerra", ambas se encontraban aptas para el tiro y en condiciones de funcionamiento normal; los cinco cartuchos de bala calibre 5,56 x 45 mm (.223 REM) y los tres cartuchos de bala calibre 9 x 17 mm (.380 ACP) tomados al azar en representación del total de la munición recibida, resultaron "aptos para sus fines específicos"; ambas armas no presentan maniobras de adulteración o borrado en su numeración (v. fs. 439/450).

Asimismo se destacó que el Registro Nacional de Armas notificó que C. M. F. no se encuentra inscripto como legitimo usuario de armas de fuego en ninguna de sus categorías (v. fs. 114/115 y fs. 488). Además, se tuvo en consideración que F. portaba las dos armas de guerra con pleno conocimiento de su carácter como tal, lo cual se ve corroborado —además del análisis de los elementos probatorios en estos obrados en consonancia con los hechos enunciados— por los propios dichos de aquel en oportunidad de prestar declaración indagatoria al inicio de la audiencia de debate, en donde manifestó que: "Si me tienen que juzgar por algo, solo es por las armas, las tenía para cuidar a mi cuñado...".

Cabe añadir que durante el debate los preventores y testigos civiles que intervinieron en dicho procedimiento reconocieron sus firmas en las actas de procedimiento glosada a fs. 8/11 vta. (cfr. fs. 1600 vta. y ss.).

Por ello, encuentro acertada la calificación legal —portación de arma de fuego sin la debida autorización legal (art. 189 bis inciso 2°, cuarto párrafo del CP)—.

e. Autoría de C. F. con relación al estupefaciente secuestrado en el galpón de la calle ... de la localidad de Ricardo Rojas, Partido de Tigre.

Sobre el punto el tribunal *a quo* sostuvo que "también ha de tenerse por probado con el grado de certeza que nos requiere esta instancia, la relación de pertenencia de F. con el material estupefaciente incautado desde el interior del vehículo Mercedes Benz, modelo CLK coupé, dominio ..., que se encontraba dentro del galpón de calle Australia N° 3131 de la localidad de Ricardo Rojas, partido de Tigre, provincia de Buenos Aires.

Respecto del material estupefaciente incautado en el galpón de calle ..., corresponde indicar en primer lugar que se llega a ese domicilio en razón de la denuncia anónima a la cual ya se ha hecho referencia anteriormente, en la que se lo menciona directamente a él como responsable y vinculándolo expresamente con el mismo (v. fs. 366).

En segundo lugar, como ya se ha dicho, el material estupefaciente encontrado en el galpón, fue hallado específicamente en el interior de habitáculo del vehículo Mercedes Benz, dominio ..., respecto del cual, la Dirección Nacional de los Registros de la Propiedad del Automotor, informó que su titular registral era W. M. M. (DNI N° ...), encontrándose autorizado para conducirlo E. D. F. (la identidad que F. adoptó falsamente y por la cual lo señaló la testigo C.). Además de ello, resulta contundente, el secuestro del interior del citado vehículo de documentos a nombre y con los datos de F., en uno de los cuales (un carnet de conducir) obraba la fotografía de F., que expresamente reconoció al declarar en la audiencia haber adoptado esa falsa identidad.

En tercer lugar, cabe traer a colación el resultado del análisis pericial telefónico, obrante a fs. 1164/1177, sobre el contenido de los celulares incautados a F. y su pareja L. P. volcados en CD's, efectuado por personal de la Dirección de Análisis de las Comunicaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, del que se desprende la vinculación de F. con el galpón y el tráfico de estupefacientes.

Asimismo se tuvo en consideración que desde el momento en que F. fue detenido no se advirtieron movimiento en el referido galpón, siendo además que su dueño —J. B. L.—, él lo alquiló a través de una inmobiliaria a "Ciro Construcciones SA", cuyo presidente y representante es S. E. A., cuñado de F. (ver fs. 489 y ss.).

Así, cabe convalidad las conclusiones del tribunal por encontrarse sustentadas en distintos elementos probatorios que fueron examinados críticamente, siendo que la defensa no se hizo cargo de evidenciar la arbitrariedad en el razonamiento efectuado por los sentenciantes, por lo que procede el rechazo del agravio.

f. Participación de O. S. S.

El tribunal de mérito tuvo por probado que O. S. S. aportó el vehículo marca Mercedes Benz, modelo Sprinter, dominio …, con el cual A. realizó el transporte del "pan" de marihuana con la ya apuntada colaboración de F.

Para tener por acreditado al conocimiento y voluntad de S. en el fallo fueron considerados "los mensajes de texto extraídos de la pericia electrónica, en donde se observa que F. y A. mantienen conversaciones con un tal "O.", en las que este hablaba de procedimientos prevencionales ocurridos en Corrientes, sobre "cortes" llevados a cabo, sobre "las nenas" (entendido esta palabra para enmascarar a los estupefacientes) y reparando en los propios dichos de S. sobre su relación con A. al momento de declarar donde el mismo manifestó que si bien no poseen una vinculo de sangre, el mismo fue criado por su madre por lo cual mantienen una relación de afecto en cuyo marco reconoció que le había prestado su camioneta a A. porque la de él se le había averiado. Se evidencia entonces el aporte —en este caso no esencial y fungible— que hizo S. en este hecho traído a juicio (y que obviamente se extiende a F. en la participación primaria que en el hecho atribuido a aquel, le cupo): en primer lugar, es dable destacar que resulta ser el titular registral de la camioneta Mercedes Benz Sprinter, dominio … Ello así conforme lo informado a raíz la consulta de estado de dominio efectuada sobre el vehículo en donde arrojó como resultado que el titular es el nombrado (v. fs. 75 y 435). En segundo lugar, por sus propios dichos vertidos en el debate, en oportunidad de declarar, en cuanto reconoció ser titular de la misma, y incluso que se la prestó a S. A. Ello, se armoniza —además— con lo declarado por la testigo L. S. C. (ofrecida por la defensa de S.), en tanto manifestó que la camioneta se la había prestado O. S. ya que la camioneta que tenían ellos se había averiado".

En el marco de las conversaciones comentadas al tratar las probanzas concretas respecto de la autoría atribuible a F., en las que aparece conversando con S., el aporte de este de la camioneta de su propiedad lo ubica como mínimo en rol de colaborador por el que el Fiscal general lo acuso y fuera en definitiva condenado (la de partícipe secundario en los términos del art. 46 del CP).

De tal modo, los jueces no solo indicaron el material probatorio en el que fundaron las conclusiones, sino que también expusieron las razones que han tenido para formar su convicción al ponderar conforme las reglas de la sana crítica las constancias producidas en el debate, las que dan certeza acerca de la vinculación del causante con A. y F. y principalmente acerca de la actividad ilegal que ellos realizaban inequívocamente relacionada con el tráfico de estupefacientes.

En tal sentido, como bien se expuso en la sentencia los diálogos mantenidos entre los nombrados en los que utilizan distintas denominaciones de manera cifrada para denominar al estupefaciente y las razones que esgrimió para prestar su rodado a A. al ser apreciadas en forma objetiva, conjunta y conforme a las reglas de la experiencia, acreditan su contribución de medios conociendo suficiente la utilización que se le iba a otorgar al mismo.

Por consiguiente, siendo que en la maniobra delictiva no tenía asignado un rol, tampoco tomaban decisiones que impactara en la actividad prohibida, no tenía el control de la situación ilegal, ni el dominio del hecho sobre dicha acción delictiva, es correcto que su colaboración en el suceso haya sido considerada en calidad de partícipe secundario (art. 46 del CP).

En razón de lo expuesto, corresponde rechazar el planteo.

g. En torno al agravio vinculado con la decisión del tribunal de concursar materialmente los delitos de transporte de estupefacientes con el de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, la defensa sostiene que ambas conductas debieron concursar idealmente toda vez que F. al ser detenido con fecha 12 de julio de 2016, dejó de tener disponibilidad respecto de la droga secuestrada en el galpón de la calle … con fecha 2 de agosto de 2016.

El planteo de la defensa no será de recibo, en la medida en que se trata de dos hechos distintos toda vez que responden a situaciones diferentes en la "cadena" de tráfico de estupefacientes.

Así, mientras la tenencia con fines de comercialización expresa una situación estática —tener— el transporte realizado en un marco espacio temporal diverso supone una dinámica distinta con la creación de un nuevo y autónomo riesgo jurídicamente desaprobado. Un eslabón distinto de la "cadena" de tráfico.

Hay, pues independencia fáctica e incluso temporal evidente. La supuesta falta de disponibilidad sobre la que funda el agravio la defensa de F. se relativiza en tanto el verbo típico tenencia con fines de comercialización no requiere un poder de propia mano sino

la posesión en un ámbito bajo la competencia del imputado como es en este caso. Esto quedó suficientemente acreditado en el fallo a partir de un análisis exhaustivo de la prueba mediante un razonamiento adecuado y lógico, siendo que las falencias de fundamentación que el recurrente le atribuye se asientan sobre la base de opiniones personales que carecen de adecuada justificación hermenéutica y sobre todo no se condicen con las particulares circunstancias de la causa.

Por ello, corresponde rechazar el agravio.

h. En la sentencia recurrida surge que los jueces impusieron la referida agravante luego de señalar que conforme a las particularidades, la secuencia, los comportamientos de los causantes, los lugares donde se encontraba el estupefaciente resultaron determinantes para establecer que cada uno de los nombrados respondía a un plan común, verificándose el grado de organización evidenciado entre ellos en los términos del art. 11 inc. c de la ley 23.737.

Como tengo dicho en anteriores pronunciamientos, el enunciado del agravante reclama para su atribución al caso, la intervención en los hechos de "tres o más personas organizadas para cometerlos" —art. 11, inc. c de la ley 23.737—.

El sistema penal nacional establece distintas formas de punibilidad para la actuación plural en el delito. Así, por ejemplo, la confabulación de dos o más personas —ley de estupefacientes—, el concurso premeditado de dos o más personas, la participación de tres sujetos en el hecho, en banda o tomando parte en una asociación ilícita.

En consecuencia, para atender al agravio del recurrente es necesario considerar la letra de la ley —primera fuente de interpretación— y los criterios sistemáticos del ordenamiento jurídico penal en la materia.

Adelanto que, tanto desde la perspectiva literal como de la sistemática, no es necesario para la atribución del agravante cuestionado, la comprobación de una "organización" criminal, entendida como estructura permanente.

A diferencia de los requisitos de la asociación ilícita o de la criminalidad organizada, que suponen un vínculo asociativo jerarquizado, con orden interno, estructura permanente, determinada cualificación de medios o instrumentos —así, por ejemplo, la Convención de Palermo sobre Crimen Organizado, ley 25.632, en particular, art. 2, incs. a) y c)— el art. 11 inc. c de la ley 23.737 se completa sin más —de acuerdo a la decisión del legislador— con una intervención plural, de tres o más personas, "organizadas para cometerlos".

Los intervinientes se "organizan" cuando, mediante alguna forma de acuerdo o planificación, se disponen y coordinan funcionalmente entre sí para lograr un objetivo o fin. Hay pues un reparto de tareas —comportamientos—, donde cada uno adecua su aporte tras un fin determinado. Esto ya es suficiente para constituir un modo organizado de intervención en el hecho, sin la necesidad de una estructura permanente.

Basta recordar las argumentaciones de los jueces —arriba reproducidas— para entender que la planificación o acuerdo de esa actuación "organizada" ha sido fundadamente comprobada en el fallo, contrariamente a lo sostenido por la defensa.

En tal dirección, la actuación coordinada y con una clara división funcional se manifestó patente —a partir de que los acusados accedían libremente al estupefaciente existente en el inmueble de ..., de la localidad de Funes—, el cual retiraban y/o trasladaban parcialmente, dando cuenta de todo ello acerca de la actuación mancomunada en el marco de una estructura organizativa, sin perjuicio del comportamiento que realizó cada uno de ellos.

A ello corresponde adunar que la ausencia de comunicaciones telefónicas entre los nombrados no permite descartar la existencia de un acuerdo de voluntades y división de tareas establecidas previamente.

Lo indicado anteriormente, demuestra que la aplicación de la agravante prevista en el art. 11 inc. c) de la ley 23.3737, encontró sustento probatorio en los elementos de juicio ya examinado conforme a las reglas que impone el fallo "Casal" de la CSJN. Al mismo tiempo, esos elementos de juicio ponen en crisis el descargo presentado por el recurrente.

VI. Tampoco tendrá acogida favorable el agravio vinculado con el monto de la pena impuesta a C. F. Ello así, toda vez que del examen de la sentencia surge que la determinación de la pena se encuentra adecuadamente fundada y sin vicios de arbitrariedad, por cuanto el *a quo* ponderó la importancia de los agravantes y atenuantes que concurren a la cuantificación de la sanción a partir de la intensidad de los injustos y el grado de responsabilidad del nombrado en los mismos.

Cabe recordar, que la normativa del CP establece justamente dos líneas de consideración sobre estos elementos que fundan el discernimiento de la pena. Así el inc. a del art. 41 del CP toma en cuenta para eso

las circunstancias de naturaleza objetiva del hecho, que son las que permiten una graduación sobre la intensidad del injusto. Por su parte, en el inc. b, se remite a las características y situación del autor —aspectos subjetivos— que junto con el hecho son el objeto de reproche. Injusto y culpabilidad entonces son los presupuestos de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen de un análisis particular por parte de los jueces dirigidas a su graduación.

Observo que en la sentencia el *a quo* consideró que de acuerdo al concurso de los cuatro hechos atribuidos a F., el rango de la pena a imponer parte de los seis (6) años como mínimo y treinta y ocho (38) años y ocho (8) meses como máximo.

Así, en el fallo se ha estimado como agravantes la cantidad y calidad del estupefaciente secuestrado —64 kilos de marihuana y 495 gramos de cocaína—.

También se tuvo en cuenta que de acuerdo al modo en que se encontraba acondicionada la droga —en forma de panes— conllevó a determinar que la misma no estaba destina a la venta de los mismos al menudeo, sino que ocupaba una posición de relevancia dentro de la cadena de tráfico de estupefacientes.

Por otra parte, se mensuró como pauta de agravación de la pena la cantidad y calidad de las armas de fuego —se tratan de armas de guerra— que le fueron secuestradas, en la medida que "releva una grave afectación al bien jurídico seguridad pública".

Asimismo, se ponderó su "especial habilidad [para] mantenerse y procurar su impunidad en el ejercicio de acción delictiva". A ello se adicionó que F. no atravesaba una situación de miseria o dificultad para ganarse el sustento, la finalidad de lucro lo motivó a traficar considerables cantidades de estupefacientes. Finalmente, se consideró que su edad, al momento de los hechos (40 años) resulta un factor que acredita su madurez, capacidad de comprensión y voluntad de realización del comportamiento delictivo.

En el plano de los atenuantes, el *a quo* tuvo en cuenta que la voluntad del acusado de acatar la pena y de reinsertarse en la sociedad.

Sentado lo expuesto, advierto que el tribunal ha tomado en cuenta la extensión del daño, los medios empleados, los motivos que los determinaron a delinquir, y la afectación a os bienes jurídicos tutelados. Todos estos aspectos resultan operativos a los fines de evaluar criterios de responsabilidad por los hechos y, sobre todo, son indicadores vinculados con la prevención especial que están ciertamente entre los presupuestos de fundamentación de la pena.

Por otra parte, la defensa —a los fines de que se le reduzca la pena impuesta a su asistido— no ha podido indicar fundadamente los restantes reclamos que efectúa, máxime cuando F. contaba con antecedentes penales.

En definitiva, no encuentro en la motivación del agravio las alegadas faltas de lógica a las que se alude en el recurso, sino que se tratan de consideraciones genéricas estructuradas a través de la reproducción sin aporte de análisis crítico alguno que vacían de contenido eficaz la pretensión de la parte.

En esas condiciones, entiendo que tanto en términos de merecimiento como de necesidad preventivo especial, el tribunal de juicio ponderó aquellos aspectos del injusto y la culpabilidad del incuso que concurrían a fundamentar la intensidad de la sanción, resultando razonable y proporcionado el monto punitivo impuesto a C. F.

La defensa no ha logrado demostrar, por otra parte, que la cuantificación de la pena de prisión sea desproporcionada a la gravedad de los injustos comprobados o la culpabilidad del acusado. Tampoco se ha hecho cargo de indicar en qué sentido la pena carece de equidad o vaya más allá de criterios de merecimiento o necesidad.

En razón de todo ello, entiendo que no existen motivos plausibles para el agravio planteado por la recurrente respecto de la fijación de la sanción impuesta a F., lo que implica que proponga el rechazo del planteo.

Con relación a los cuestionamientos de la defensa de V. y B. en torno a que el tribunal omitió considerar atenuantes —ambos carecían de antecedentes, favorables informes sociales, el grado de educación, costumbre, etc.—, y que los jueces tampoco explicaron las razones que los llevaron al aplicarle a V. una multa superior a la de B., cuando a ella se le mensura un agravante menos.

En tal sentido, los agravios del recurrente no serán de recibo. Ello así, pues de la sentencia surge que la diferencia en torno al monto de la multa aplicada a los causantes encuentra razonable en las distintas conductas delictivas reprochadas a cada uno de los imputados. En tal sentido no se encuentra controvertido que a V. le correspondería en abstracto una pena mínima de seis (6) años y un máximo de treinta y ocho (38) años y ocho (8) meses de prisión, mientras que a C. B. le corresponde en abstracto una pena mínima de prisión de seis (6) años y un máximo de veinte (20) años.

Por lo demás, encuentro que los cuestionamientos de la defensa en cuanto a que se omitieron conside-

rar factores de atenuación, aparecen insuficientes para confutar el quantum de la pena impuesta a los nombrados V. y B. y solo se traduce en una mera discrepancia con la correcta valoración de los factores de mensuración establecidos en los arts. 40 y 41 del CP, analizados adecuadamente en la sentencia.

VII. En torno al agravio vinculado con el decomiso de la camioneta BMW, modelo X5, dominio ..., camioneta Chevrolet, modelo Silverado, dominio ..., camioneta Ford, modelo F100, dominio ..., la notebook, modelo Smart R7, número de serie ..., de adverso a lo referido por la defensa, dicha decisión se muestra razonable y justificada en la adecuada ponderación del plexo probatorio reproducido durante el debate, en particular que estos fueron encontrados en el galpón de la calle ... de la localidad de Ricardo Rojas, partido de Tigre, provincia de Buenos Aires, cuando por orden judicial se procedió a su allanamiento, a consecuencia del cual se secuestró dentro del interior del vehículo Mercedes Benz, modelo CLK 350, dominio ..., sobre el cual Á. y F. tenían plena disposición sobre aquellos. A su vez, se tuvo en cuenta que los mismos se encontraban registrados a nombre de tercero, siendo que ninguno de ellos requirió su devolución, y que esa situación podía acaecer como consecuencia de que F. escondía su identidad bajo la de S. F., lo que le impedía inscribirlos en el Registro Público Automotor.

Además, el causante tenía ingresos por su actividad pesos veinte mil mensuales, por lo que no contaba con recursos lícitos suficientes para poder adquirir rodados de alta gama como los que fueron secuestrados.

Así, la sumatoria de indicios graves, precisos y concordantes, ponderados de acuerdo a las reglas de la experiencia, resulta razonable lo referido por los jueces en cuanto a que los objetos decomisados resultan ser "producto de las actividades ilícitas o bien se utilizaban como medio para la comisión de los delitos por los cuales resultan condenados".

VIII. En orden a lo expuesto, propicio al acuerdo:

Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa particular de C. M. F., M. A. V., C. A. B., L. A. D. S. y O. S. S., con costas en la instancia (arts. 471, 472 ambos *a contrario sensu,* 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Slokar* dijo:

Que, en las particularidades del *sub lite*, adhiero en lo sustancial a la solución propuesta por el colega que lleva la voz.

Así voto.

El doctor *Mahiques* dijo:

Teniendo en cuenta las particulares circunstancias de la causa, adhiero, en lo sustancial, al voto del doctor *Yacobucci*, y doy el mío con igual sentido y alcance.

En virtud del Acuerdo que antecede el Tribunal, resuelve: Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa particular de C. M. F., M. A. V., C. A. B., L. A. D. S. y O. S. S., con costas en la instancia (arts. 471, 472 ambos a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase mediante pase digital a su origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Guillermo J. Yacobucci.* — *Alejandro W. Slokar*. — *Carlos A. Mahiques.*

INHABILITACIÓN PARA CONDUCIR

Inconstitucionalidad del art. 311 bis del Cód. Proc. Penal de la Nación. Estado de inocencia. Pena anticipada.

1. — Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 311 bis del Cód. Proc. Penal y revocar la inhabilitación provisoria para la conducción de automóviles dispuesta en relación con el encausado (arts. 31 de la CN, 21 de la ley 48 y 455 *a contrario sensu* del Cód. Proc. Penal) bajo la forma de una medida cautelar que, por otro lado, de manera alguna responde a los fines del proceso. Ello, sin perjuicio de las facultades propias de la autoridad administrativa a cargo de la concesión de las licencias habilitantes.

2. — La disposición prevista en el art. 311 bis del Cód. Proc. Penal no constituye una medida que asegure la averiguación de la verdad ni que vaya a impedir la fuga del imputado, fin que debe perseguir toda medida cautelar, lo que la descalifica como tal y por ende no puede ser fijada.

3. — La aplicación del art. 311 bis del Cód. Proc. Penal resulta contraria a la Constitución Nacional, dado que mediante su dictado se afecta el estado de inocencia del que goza toda persona sometida a proceso, la cual se encuentra tutelada no solo a través de su art. 18, sino también, tras la reforma de 1994, mediante la incorporación de la CADH y la DADDH —art. 75, inc. 22, en función del art. 8°, apartado segundo; y 26 de los referidos pactos—.

4. — La inhabilitación para conducir fundada en el art. 311 bis del Cód. Proc. Penal implica la aplicación de una pena anticipada. El estado de inocencia solo se pierde una vez acreditada su culpabilidad mediante el dictado de una sentencia condenatoria firme. Los arts. 84 bis y 94 bis del Cód. Penal prevén como pena la aplicación de esa sanción que es una de las enumeradas expresamente en el art. 5° del mismo cuerpo normativo, y que dista mucho de ser una medida cautelar, porque se trata claramente de una pena.

CNCrim. y Correc., sala I, 09/11/2020. - P., S. s/ inhabilitación para conducir.

[Cita on line: AR/JUR/62405/2020]

CCC 44456/2018/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 9 de 2020.

Considerando:

Hecho imputado:

Conforme surge del acta de la declaración indagatoria incorporada al Lex-100, se atribuye a S. P.: "(...) haberle causado lesiones de entidad grave a L. A. y M. Z. M., mientras que a T. A. O., J. H. R. y L. V. haberles causado lesiones de entidad leve, como consecuencia de su conducción imprudente y antirreglamentaria de su vehículo marca Peugeot, modelo 308, dominio ..., ello el día 18 de julio de 2018, aproximadamente a las 11:30, en la esquina de la Avenida ... y la calle ... de esta ciudad.

En dicha oportunidad el compareciente mientras conducía el vehículo en cuestión por la Av. ... en el sentido de circulación (norte-sur), sin poder determinarse a la velocidad que lo hacía, haciéndolo alejado del carril más próximo a la vereda del sector izquierdo, al llegar a la calle ..., pretendió doblar a la izquierda para continuar circulando por dicha arteria, momento que al realizarlo impactó con la parte delantera izquierda de su vehículo, en la parte delantera derecha del rodado marca Chevrolet, modelo Corsa Classic, dominio ..., conducido por el L. D. M., quien circulaba por el carril de la izquierda más próximo a la vereda de dicha avenida.

Es así que a raíz del impacto, el vehículo conducido por M. se desplazó hacia la ochava, se subió a la acera e impactó a J. V., L. A., L. V. y J. H. R. quienes se encontraban en la esquina aguardando sobre la vereda con intención de cruzar la Av. ..., colisionado finalmente contra una barrera new jersey que se hallaba en el lugar al momento del hecho.

De este modo, la infracción al deber objetivo de cuidado a cargo del compareciente consiste en haber conducido sin el debido cuidado y prevención requerido para evitar riesgos a otros automovilistas y peatones, y haber efectuado el giro sin circular desde 30 metros antes por el carril disponible más cercano a la acera del lado para el cual se desea girar - arts. 6.1.1 y 6.1.14 de la Ley de Tránsito 2148 del GCBA y art. 39, inc. b de la ley Nacional de Tránsito y Seguridad Vial N° 24.449."

Cuestión:

Al dictar el auto de procesamiento de P., el juez *a quo* dispuso como medida cautelar accesoria inhabilitar provisoriamente al imputado para conducir automotores por el término de seis meses, conforme lo dispuesto en el art. 311 bis del CPPN.

Sucintamente, la defensa oficial se agravió por entender que dicha inhabilitación no respondía a la naturaleza de las medidas cautelares durante la instrucción, pues funcionaba como una pena anticipada y que afectaba el derecho al trabajo de su asistido, al tiempo que carecía de la debida fundamentación.

Valoración:

Luego del análisis del caso, entendemos que los argumentos desarrollados por el recurrente merecen ser atendidos, razón por la cual corresponde revocar la decisión recurrida.

La disposición prevista en el art. 311 bis del CPPN no constituye una medida que asegure la averiguación de la verdad ni que vaya a impedir su fuga, fin que debe perseguir toda medida cautelar, lo que la descalifica como tal y por ende no puede ser fijada.

Además, la aplicación de la medida en cuestión resulta contraria a la Constitución Nacional, dado que mediante su dictado se afecta el estado de inocencia del que goza toda persona sometida a proceso, la cual se encuentra tutelada no solo a través de su artículo 18, sino también tras la reforma de 1994, mediante la incorporación de la CADH y la DADDH —art. 75, inc. 22, en función del artículo 8, apartado segundo; y 26 de los referidos pactos—.

Este estado solo se pierde una vez acreditada su culpabilidad mediante el dictado de una sentencia condenatoria firme. Por lo tanto, proceder de distinta manera a la aquí propuesta implicaría la aplicación de una pena anticipada, de inhabilitación, ya que los arts. 84 bis y 94 bis del CP prevén como pena la aplicación de esa sanción que es una de las enumeradas expresamente en el art. 5 del mismo cuerpo normativo, y que dista mucho de ser una 'medida cautelar'

porque se trata claramente de una pena (*in re:* causas n° 14.598-17, "Giraldes", rta. el 20/09/2017, N° 42.738-12, "Rosciano", del 05/07/2012, y causa N° 5898-18, "Giménez", rta. el 24/08/2018, entre otras).

En consecuencia, y atento lo previsto en el art. 31 de la CN y el art. 21 de la ley 48, habrá de declararse la inconstitucionalidad de la norma prevista en el art. 311 bis del CPPN, debiendo revocarse, en consecuencia, la aplicación de la pena anticipada impuesta bajo la forma de una medida cautelar que, por otro lado, de manera alguna responde a los fines del proceso.

Ello, sin perjuicio de las facultades propias de la autoridad administrativa a cargo de la concesión de las licencias habilitantes.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal resuelve: Declarar la inconstitucionalidad del art. 311 bis del CPPN y revocar la inhabilitación provisoria para la conducción de automóviles dispuesta en relación al encausado (arts. 31 de la CN, 21 de la ley 48 y 455 "a contrario sensu" del CPPN) —punto dispositivo IV del pronunciamiento cuestionado—. Se deja constancia de que la Dra. Magdalena Laíño, subrogante de la vocalía N° 14, no suscribe por hallarse abocada a las tareas de la Sala VI de esta Cámara y por haberse logrado mayoría con el voto de los suscriptos. Asimismo, en función de la emergencia sanitaria dispuesta por el DNU 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, las prórrogas del aislamiento social obligatorio establecidas por Decretos 325, 355, 408, 459, 493 y 520, 576, 605, 641, 714, 754, 792, 814 y 875/2020 del Poder Ejecutivo y Acordadas 4, 6, 10, 12, 13, 14, 16, 18, 25 y 27/2020 de la CSJN, se registra la presente resolución en el sistema Lex-100 mediante firma electrónica, difiriéndose su impresión, a mayor recaudo, para el momento en que cesen las circunstancias que motivaron la declaración de emergencia, oportunidad en la que se remitirá la presente para su archivo al instructor. Notifíquese mediante cédulas electrónicas (Acordada 38/2013 CSJN) y comuníquese al juzgado de origen mediante DEO. — *Pablo G. Lucero.* — *Jorge L. Rimondi.*

VIOLENCIA DE GÉNERO

Homicidio agravado por el vínculo. Legítima defensa con perspectiva de género. Accionar defensivo del hijo de la imputada. Absolución.

1. — En casos en que se alegue por parte de la mujer haber sido víctima de violencia de género, deben cumplirse con ciertos estándares específicos y genéricos para que la fundamentación de la sentencia resulte válida.

2. — La ley nacional 26.485 de adecuación de la legislación interna a la Convención de Belém do Pará, incluyó el principio de la amplitud probatoria en materia de violencia de género en consideración a las características propias de la violencia de género. Este principio, se fundamenta en que en la generalidad de los casos la violencia no transita a la luz de testigos, ni es sencilla la recolección de cierta clase de evidencias, y muchas víctimas tampoco han realizado denuncias previas.

3. — Cuando la defensa alega que la acusada de matar a su pareja ha sido víctima de violencia de género y que en este contexto actuó ella u otro/a en su favor, la existencia de esta situación que podrá excluir la responsabilidad por justificación o exculpación, o por lo menos podrá atenuarla, entre otras posibilidades, no estará sujeta a los mismos estándares probatorios exigibles para fundamentar una condena.

4. — En relación con el requisito de la agresión ilegítima, la violencia basada en el género es una agresión ilegítima, respecto de la cual debe considerarse su característica como un *continuum* para ponderar la inminencia o actualidad, y para la necesidad de defensa, pues existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia contra las mujeres en dichas circunstancias.

5. — Debido a las características de la violencia de género en la pareja, si la agresión se limitara solo al episodio inmediatamente anterior a la defensa, podría considerarse desproporcionada. Esta lectura neutral, desconocería el concepto de violencia de género, y que no se acota a un episodio aislado, sino que remite a una situación de constante cercenamiento del derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia en sus múltiples manifestaciones.

6. — Si la imputada ha alegado una victimización de parte de su pareja que, puede subsumirse en la violencia de género ya que en ella el varón se posicionó como superior y a la mujer la situó como inferior, exteriorizando esa posición de poder a través de violencia de cualquier clase, el tribunal estaba obligado a considerar ese relato para confrontarlo con las pruebas de la causa.

7. — Es un procedimiento incorrecto prescindir del relato, cuando es pertinente para una adecuada resolución de casos en los que se alega

violencia de género, para pasar directamente a la valoración de las pruebas, las que distan en muchos casos de ser idóneas.

8. — La carga probatoria para refutar la existencia de la violencia de género corresponde al Ministerio Público, en tanto la imputada cuenta con el principio de inocencia. Ello así, porque la violencia de género integra el contexto en el que se insertó la reacción que se alega realizada por el hijo de la imputada y que esta aduce actuó en su defensa.

9. — El hecho de que la imputada exhibiera comportamientos más agresivos y problemáticos frente a sus vecinos no puede derivarse que la misma no era víctima de violencia de género en relación con su pareja. El concepto que los vecinos tenían sobre los involucrados no puede contrarrestar el testimonio de las personas que efectivamente vivieron con la pareja y por tanto fueron testigos de la violencia que el occiso ejercía contra la imputada, dada las características de la violencia de género intrafamiliar.

10. — Requerir una identidad de peligros o daños entre agresión y defensa, no surge del tenor literal de la fórmula de la legítima defensa. En casos de violencia de género, es particularmente inadecuado. Ello así porque, por un lado, la proporcionalidad debe ponderarse no solo respecto a la entidad de la violencia al momento del hecho, sino que debe considerarse el continum que configura violencia en los términos de la Convención Belém do Pará. Y, por otro, porque no solo es violencia, la violencia física como consideró el tribunal al limitarse a las lesiones que presentaron al momento del hecho la acusada y su hijo.

TS Córdoba, sala penal, 12/11/2020. - L., A. Q. – L., M. G. s/ causa con imputados.

[Cita on line: AR/JUR/60416/2020]

Córdoba, noviembre 12 de 2020.

1ª ¿Se encuentra indebidamente fundada la sentencia con respecto a la condena de la imputada A. Q. L. en el hecho que se le atribuye? 2ª ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 80 inc. 1 del CP? 3ª ¿Qué resolución corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora *Tarditti* dijo:

I. Por sentencia N° 9, del 27 de abril de 2017, la Cámara en lo criminal y correccional de 12ª Nominación de esta ciudad de Córdoba, en lo que aquí interesa, resolvió: "I) Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 29 y 44 primera y última parte, de la ley 9182 conforme los fundamentos expuestos al tratar la primera cuestión planteada. II) Declarar por mayoría a A. Q. L., ya filiada, autora penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado por el vínculo (arts. 45, 80 inc. 1° en función del 79 del CP) y condenarla a la pena de prisión perpetua, con accesorias legales y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP; 550 y 551 del CPP)..." (fs. 576).

II. Contra dicha resolución, la Dra. Alfonsina Muñiz, asesora letrada penal de 29° turno, en su carácter de abogada defensora de la imputada A. Q. L., interpuso recurso de casación (fs. 592), con el objeto de fundar la pretensión recursiva de su asistida (fs. 587). Tras afirmar la admisibilidad formal del recurso, señala como principal motivo de agravio la inobservancia de las normas que el CPP establece bajo pena de nulidad (art. 468 inc. 2 CPP). Ello por cuanto considera que el tribunal no ha brindado razones de recibo para sostener, con el grado de certeza exigido, la participación punible de su defendida en el hecho por el que ha sido condenada, como tampoco ha podido descartar la hipótesis propugnada por la defensa y la acusada (fs. 592/592 vta.).

Al desarrollar los agravios, alega en primer lugar una fundamentación contraria a las reglas de la sana crítica racional. Cuestiona que el tribunal se haya planteado solo tres hipótesis posibles: una acción conjunta de A. Q. L. y su hijo, una acción de M. G. L. bajo el dominio de su madre y por último una acción defensiva de A. Q. L. (defensa propia) y/o de M. G. L. (defensiva de los derechos de terceros) en contra del ataque de M. N. (fs. 593 vta.).

Considera fuera de toda lógica que el presidente descartara, a su criterio sin respaldo probatorio, la hipótesis que daba cuenta de una acción individual y decidida —e incluso hasta desmedida o impulsiva— llevada adelante por M. G. L. y solo por él (fs. 593 vta.).

Destaca que M. G. L. fue declarado inimputable con lo cual una sentencia previa le dice al tribunal que M. G. L. participó en la producción del resultado, ya que de otro modo se lo hubiera sobreseído por el inciso 1, segundo supuesto, del art. 350 del CPP (fs. 593 vta./594).

Entiende que deben analizarse dos puntos esenciales: 1) ¿Ha brindado el presidente en su voto razones suficientes que permitan sostener la autoría mediata como única hipótesis posible?

2) ¿Ha logrado la sentencia demostrar que M. G. L. (sin que mediara su madre en su designio) no podría

haber actuado incluso impulsiva o irracionalmente? (fs. 594).

Adelanta que el sentenciante, a su criterio, no logró unir todos los indicios para explicar sobre qué bases asentó la acusación alternativa y, lo más importante, para descartar que M. G. L. haya dado muerte a M. N. mediante una acción propia no dirigida por su madre (fs. 594).

Postula que el voto parece cabalgar sobre la hipótesis de la autoría mediata, que es la que en definitiva prima, como si esa idea hubiera permanecido subyacente y obvia y luego fundamentada a partir de las pistas que encontró para reforzar esa posición (personalidad de quienes resultaron acusados, actitud posterior al delito y modo de interrelación), pero sin fundamentar en lo más mínimo por qué no pudo ser M. G. L. quien actuó sin ser influenciado por su madre, que fue la hipótesis sostenida por A. Q. L. desde los albores de la investigación (fs. 594/594 vta.).

Refiere que el estado de incertidumbre no ha podido ser destruido y fue reconocido en forma expresa por el voto de la mayoría al consignar que "la propia hipótesis acusatoria especificada por el Sr. Fiscal de Cámara demuestra que establecer precisamente lo que ocurrió en el interior de la vivienda que ocupaban los protagonistas de ese momento no ha resultado posible" (fs. 594 vta.).

Sostiene que el ministerio público no pudo determinar quién fue el autor material de las lesiones y cuál fue la participación concreta de la imputada, por lo que al momento de los alegatos planteó dos hipótesis diametralmente opuestas por las que consideró que debía ser condenada a pasar el resto de su vida en prisión. Aún más grave fue que el tribunal por mayoría considerara acreditada la participación de A. Q. L., sin haber sorteado este obstáculo constitucional (fs. 595).

Se pregunta cómo es posible condenar a su defendida si no se ha podido establecer qué fue lo que sucedió y cuál ha sido en forma precisa su participación (fs. 595).

Destaca que esta duda razonable en la participación fue correctamente percibida por la mayoría de juzgados populares, que vinieron a conformar el voto de la minoría que reseña (fs. 595/595 vta.).

Afirma que esta misma duda también se le representó a la mayoría del tribunal, pero a pesar de ello, votaron a favor de la condena de A. Q. L. (fs. 596).

Explica que el voto mayoritario sostuvo, ante la ausencia de pruebas directas, la necesidad de recurrir a elementos indiciarios y que es justamente este procedimiento intelectual el que está viciado y no cumple con el principio de razón suficiente, principalmente en dos aspectos: 1) porque no arriba a una única conclusión y 2) porque de los hechos o circunstancias indicadas no se derivan necesariamente las conclusiones arribadas. A su criterio, se trata de indicios anfibológicos (fs. 596).

Expresa que solo desarrolló tres indicios en contra: a) la estructura de la personalidad de A. Q. L. y su hijo M. G. L.; b) el comportamiento inmediato posterior al suceso y c) la interacción familiar de todos ellos. Alega que ni siquiera una interpretación conjunta de estos tres elementos permite arribar a una única conclusión, sino todo lo contrario, un correcto razonamiento arroja aún más dudas respecto a la participación de A. Q. L. (fs. 596/596 vta.). A continuación analiza los fundamentos del *a quo* en relación con cada uno de los indicios mencionados:

a) Personalidad de A. Q. L. y M. G. L.

Tras reseñar lo sostenido por la pericia efectuada sobre M. G. L., refiere que no hay dudas de que nos encontramos ante una persona con sus capacidades intelectuales disminuidas pero no podemos dejar de resaltar que también nos encontramos ante un hombre adulto, de 31 años de edad con una altura de 1,65 mts. y 65 kg. de peso, respecto de quien se consideró un estado de riesgo de daño cierto e inminente para sí y para terceros y en razón de ello se le impuso una medida de seguridad (fs. 597).

Agrega que estas características fueron reafirmadas por sus hermanas R. L. y A. L., quienes además manifestaron que actualmente su hermano tiene permisos de salida prolongados y les ha referido que fue él quien dio muerte a M. N. (fs. 597).

Resalta que M. N. era una persona de contextura física similar, es decir que las características físicas análogas no excluyen que en el enfrentamiento, en el que no se discute la participación de M. G. L., este, en razón de su juventud y munido con un elemento contundente, muy probablemente prevaleció físicamente sin necesidad de ayuda externa (fs. 597).

Asimismo refiere que su inimputabilidad no implica que solo pueda conducirse a instancias de otra persona, punto este donde encuentra el mayor déficit argumentativo (fs. 597/597 vta.). Al respecto sostiene que el presidente trató de desprender de indicios que A. Q. L. dirigió la conducta de M. G. L. Aduce que el juzgador supone que M. G. L. obedeció a su madre sin que en la causa haya ni un solo indicio que dé cuenta, por ejemplo, de que este hacía solo lo que su madre le decía: nadie, ni los vecinos, ni las hermanas de A. Q. L. han señalado algo parecido a una obediencia fiel

de este a aquella; nadie escuchó, vio o percibió (ni siquiera conjeturó) que A. Q. L. decidiera las conductas de M. G. L., menos que lo mandara a cometer delitos y muchísimo menos que lo haya influenciado para que diera muerte a M. N. (fs. 597 vta.).

Insiste en que de ninguna de las constancias de la causa surge que M. G. L. hiciera siempre lo que le indicaba su madre, entonces, afirmar que dirigió semejante conducta (que fue la autora mediata de un homicidio) es una aseveración carente de fundamentación lógica y en que el presidente no explicó por qué descartó que M. G. L. no haya obedecido a su madre (fs. 597 vta.). Asegura que producto de la falta de fundamentación del voto de la minoría y del estado de indefensión que esto produce no hay opinión que refute técnicamente la alternativa de la autoría mediata y dé curso a la sostenida por la defensa durante el debate (fs. 597 vta.). Critica que el sentenciante no explicó de qué indicios desprendía con grado de certeza que ese día, en esas circunstancias, en un escenario influido por el alcoholismo y la violencia sistemática, A. Q. L. actuó mediante M. G. L. produciendo la muerte de M. N. y, menos aún explicó por qué sostuvo que M. G. L. no pudo actuar sin mediar ese designio (fs. 598).

Explica que si bien algunos vecinos describieron que M. G. L. estaba en una posición secundaria con respecto a su madre, caminando dos o tres pasos por detrás de ella y callado —lo cual tampoco era constante— este extremo se relaciona fácilmente con la precariedad de su personalidad, que le impedía relacionarse fluidamente con las demás personas y de ninguna manera se ajusta a una posición dominante de la primera sobre él. En relación con ello, destaca que incluso los vecinos describieron numerosas situaciones donde M. G. L. llegaba a su casa borracho y drogado (conducta que asumía voluntariamente, sin que tuviese que mediar su madre y que, incluso, A. Q. L. se las reprochaba porque lo corría de la casa y lo hacía dormir afuera). Refiere que conductas como esas sí eran recurrentes en M. G. L., lo dijeron todos los testigos y demuestran claramente que él no era obediente, obsecuente y mucho menos carente de capacidad para actuar impulsivamente (fs. 598).

En relación con las pericias interdisciplinarias que se le practicaron a A. Q. L., advierte que de ninguna se desprende que tenga capacidad para manipular, usar o manejar a otros (fs. 598 vta.). Seguidamente reseña algunas de las características que surgen de las pericias y señala que estas particularidades fueron destacadas por la defensa durante los alegatos y se pudieron apreciar en forma directa e inmediata cuando A. Q. L. hizo uso de la palabra (fs. 599).

Relata que la imputada en una declaración espontánea, desordenada —resultado de su pensamiento concreto y precario—, realizó un recorrido por su historia vital, también describió su relación disfuncional y la de sus hijos con M. N., marcada por una conflictividad muy elevada y violenta. Asimismo destacó que se pudo advertir en vivo y directo la precariedad de recursos de A. Q. L., la forma de expresarse tan limitada en el uso de abstracciones y expuso ejemplos de ello (fs. 599).

Aclara que la imputada pidió permiso para pararse y hablar, no porque se haya sentido una mujer empoderada y sin miedos, sino porque no tiene otro modo mejor de explicar lo que tiene para decir, que no sea usando su cuerpo literalmente (fs. 599 vta.).

A continuación hace referencia a las conclusiones del fiscal ya que han dado pie a la condena de su asistida y han contribuido a dibujarla de un modo que considera incorrecto, producto de una lectura desafortunada del instituto que a su criterio es el eje conductor del análisis del caso: la violencia de género (fs. 599 vta.).

Al respecto refiere que el fiscal dijo en sus alegatos que no podía tener a A. Q. L. como una víctima de violencia de género porque, entre otras cosas, durante la audiencia señaló a su abogada que una de las personas del público le estaba haciendo un además intimidatorio. A su criterio, esa reflexión es inapropiada porque desterrar la prueba de que su defendida fue 15 años víctima de violencia porque pudo confiar en que estaba percibiendo una acción intimidante, durante un juicio en el que se le está acusando de matar a alguien, en un recinto en el que se supone le brinda seguridad y protección de sus derechos, es un razonamiento fuera de toda lógica (fs. 599 vta.).

Sostiene que el fiscal incluso fue más allá, al comparar esta historia de vida con otras, argumentando que se vapuleaba la expresión violencia de género cuando, en casos como este, no estábamos frente a una mujer víctima o no "tan víctima". Refiere que durante sus conclusiones la defensa interpeló al fiscal, preguntándole cuántos golpes o de qué tipo hubieran sido suficientes para la justicia para que A. Q. L. pueda ser considerada víctima de violencia (fs. 599 vta./600).

En este contexto, denuncia que de la lectura del voto de la mayoría se deja ver esta reflexión no solo errada sino también peligrosa. Refiere que en algún pasaje se compararon las lesiones que presentaba el occiso frente a las que presentaba A. Q. L. y su hijo y, si bien se lo hizo para concluir que se descartaba una acción defensiva, las derivaciones de la interpretación no son tan acotadas: "A él le pegaron "más", ellos tenían "menos" lesiones, ella era "más" agresiva fren-

te a sus vecinos, él era "más" tranquilo en público... ella no pudo ser víctima de violencia" (fs. 600).

Cuestiona la poca importancia atribuida al testimonio de las hijas de A. Q. L. que durante el debate relataron hechos sumamente angustiantes que vivieron con M. N., cómo fueron violentadas durante toda la vida por él mientras convivías, la manera en la que las agredía, el uso y abuso de alcohol en medio de toda una situación de vulneración, avasallamiento y hasta abuso sexual, de niñas pequeñas (fs. 600).

En relación con ello afirma que ese sí es un indicio de cómo era vida con M. N., de cómo era él puertas adentro; más que un indicio son testimonios de víctimas directas de la acción violenta del ahora occiso (fs. 600/600 vta.).

Se pregunta quién puede saber mejor qué pasaba dentro de la casa. Afirma las testigos, que también fueron víctimas, contaron lo que les pasó, removieron su penoso pasado. Considera que por ello no estamos autorizados a pensar que mintieron para favorecer a su madre y "que contar cómo ellos y sus hermanos tuvieron que huir del lado de M. N. a los 10, a los 11 años en algunos casos, porque ya no aguantaban más su violencia es un decir desafectado, sin ningún costo emocional". Alega que este contexto, que se diga que esta historia "desprestigia a las verdaderas mujeres víctimas, y que se lo haga frente a A. Q. L. y frente a sus hijas que se animaron a decir lo que habían vivido, es un decir que revictimiza y golpea" (fs. 600 vta.).

Refiere que los vecinos de la villa, quienes vivían también en la canaleta describieron a su defendida como quien "exhibía comportamientos más agresivos y problemáticos frente a sus vecinos". Al respecto menciona que A. Q. L. debía bregar —a su modo— por el respeto de su s derechos y los de su grupo familiar, por ello era quien reclamaba que sus vecinos no le cortaran el servicio de agua, que no le usurparan parte de su terreno, etc., era quien hablaba con sus vecinos un poco más que los otros dos, vecinos con los que tampoco tenía un trato asiduo, ya que, como se puede leer en la causa, la mayoría de ellos no sabía ni cómo se llamaban (fs. 600 vta./601).

Cuestiona que esa conducta sea indicativa de que A. Q. L. no era víctima de violencia de género, es decir, de que M. N. no la golpeaba y agrega que una mujer víctima de violencia no aparece siempre como víctima, tanto afuera como adentro de su casa (fs. 601).

Considera que no es posible que A. Q. L. con tan pocos recursos intelectuales haya podido valerse de su hijo como un medio para provocarle la muerte a M. N. Sostiene como mucho más probable que esta deficiencia haya influido para que tampoco pudiera evitar un ataque de M. G. L. hacia M. N., el que incluso pudo haber sido brutal y desmedido. Argumenta que una persona con trastornos de personalidad puede actuar tan impulsivamente como cualquier persona normal y que ni las pericias, ni los testimonios, ni una sola prueba en el expediente indican que M. G. L. sea una persona carente de impetuosidad, sino todo lo contrario y que tampoco se desprende de las pericias que A. Q. L. tenga capacidad para influenciar en la conducta de otras personas, ni de su hijo específicamente (fs. 601).

Entiende que las lesiones que exhibió el cuerpo de M. N. también son coincidentes con esta hipótesis (ni siquiera desarrollada en los fundamentos y expuesta en el debate): un fuerte contenido emocional y una acción irracional que incluso pudo exceder una mera acción defensiva. A su criterio, el ataque de M. N. a A. Q. L. probablemente fue el desencadenante de la reacción de M. G. L., quien actuó de acuerdo a sus impulsos, sin ningún tipo de control, aun brutalmente y sin posibilidad de que su madre pudiera evitar el resultado mortal (fs. 601 vta.). Advierte que para tener por probada la autoría mediata el tribunal debió no solo demostrar que A. Q. L. influyó sobre M. G. L. e imprimió en su conducta el resulta muerte de M. N. (extremo que no pudo lograr), sino que además debió demostrar que ella quiso la muerte de M. N. Sostiene que se concluyó que A. Q. L. "actuó" a través de M. G. L., pero con pocos esfuerzos para demostrar que M. G. L. siguió órdenes de A. Q. L.: en ninguna parte se explicó que esas órdenes fueron las de matar a M. N. o por qué ella quiso esa muerte. Insiste en que no hay pruebas para sostener que su defendida quería muerta a su pareja, lo que ni aun uniendo indicios se puede tener por cierto (fs. 602).

Afirma que "parece... que de alguna manera debía traerse a A. Q. L. como partícipe de la muerte de M. N." y que como no se pudo determinar la coautoría, entonces debería ser autora mediata.

Expresa que el fiscal quiso hacer aparecer la acusación alternativa cuando en realidad ni él mismo creía en ella porque tanto él como el presidente afirmaron que lo que sucedió esa noche en el interior de ese domicilio nadie puede saberlo más que quienes estuvieron presentes. Con ello —entiende— el presidente nos está diciendo: tengo dudas de lo que efectivamente ocurrió; ello debió hacer inclinar la balanza hacia la desincriminación debido al peso constitucional del principio in dubio pro reo, pero no fue así y se terminó forzando un escenario que no sostuvo en las pruebas: como alguien evidentemente dio muerte a M. N. y como A. Q. L. tenía un carácter más fuerte y M. G. L. andaba detrás de ella y "encima, es inimputable", entonces debió ser M. G. L. pero a instancias de A. Q. L. (fs. 602/602 vta.). Manifiesta que cuando

se leen los fundamentos subyace la sensación de que la hipótesis de condena se asienta en que M. G. L. no pudo querer matar porque era inimputable, perdiéndose totalmente de vista que el hecho de disminución de su capacidad jurídica es eso y solo eso; no importa la anulación de su voluntad, de otra manera siempre tendríamos a alguien actuando criminalmente detrás de las personas inimputables. En otras palabras, explica que se está afirmando que M. G. L. fue usado cual objeto por su madre, para darle muerte a M. N. como si M. G. L. fuera un ente que no pudo actuar impulsivamente (fs. 602 vta.).

En este punto, manifiesta que hasta aquí se visualiza un doble déficit en la fundamentación:

1. Por un lado, entiende que hay un déficit en la interpretación sistemática de las resoluciones contenidas en la causa ya que M. G. L., como toda persona declarada inimputable, participó en el hecho que se le atribuyó. Es decir que sí se demostró que estaba viciada su capacidad para responder penalmente por los actos que se le atribuyeron, lo que falló fue su capacidad o aptitud para ser sujeto de reproche ético-jurídico, lo que le impidió seguir el camino procesal hacia el juicio (fs. 603).

Explica que la pericia en la que se basó la resolución del juzgado de control analizó el cuadro psicopatológico de M. G. L. y, sin definir si estaba frente a un supuesto de no compresión de criminalidad o no dirección de la acción o ambos sí mencionó entre otras características que M. G. L. "no puede anticiparse o prever las consecuencias de su conducta". Es decir, nadie discutió que el hecho (homicidio) existió y que M. G. L. participó y, a su vez, la jueza entendió que no hubo un causa de inculpabilidad sino de inimputabilidad (fs. 603).

En este sentido, alega, la autoría mediata surgió como manotazo de ahogado en las postrimerías del debate y no debió ser traída como una explicación superficial de que, sin dudas, alguien mató a M. N., porque que alguien lo hizo no está en discusión (fs. 603). Insiste en que una sentencia no puede desconocer lo resuelto por otra anterior y firme. Argumenta que si ahora decimos que M. G. L. ejecutó la acción homicida, pero que quien guío su conducta fue su madre, que M. G. L. es autor inmediato y A. Q. L. autora mediata, entonces estamos diciendo que M. G. L. no es ni fue coautor. De este modo, expresa, el mismo ministerio público desconoce lo que alguna vez requirió y el voto del presidente olvidó que los extremos de la participación de M. G. L. ya habían sido despejados (fs. 603 vta.).

2. En segundo lugar, advierte un déficit en la fundamentación de la autoría mediata, especialmente del dolo homicida (fs. 603 vta.).

Explica que si M. G. L. actuó bajo los designios de su madre, entonces se debió demostrar que esos designios eran los de matar a M. N. y no cualquier otro (fs. 603 vta.). Señala que la doctrina no es pacífica en admitir la autoría mediata cuando el dominio del hecho lo conserva el inimputable, llegando algunos autores incluso a desterrar esta posibilidad por considerar que "quien se vale de un individuo que actúa inculpablemente no tiene el domino del hecho pues la motivación es individual… nada sabe el determinador sobre si el inculpable cometerá el injusto". Así, agrega, a lo sumo se habla de instigación pero no de autoría mediata, puesto que el inculpable conserva el señorío del hecho (fs. 603 vta./604). Insiste en que lo que existe en el mundo de los hechos y de las constancias de la causa es que M. G. L. participó como coautor del homicidio de M. N. y que no se le pudo reprochar penalmente esa conducta (fs. 604).

En ese sentido, apunta, el único camino posible (y coherente) era argumentar que A. Q. L. fue coautora, salvo que explicara que la sentencia del Juzgado de Control fue errada y que su colega de la instrucción no debió instar el sobreseimiento por esa causal (fs. 604).

Refiere que admitiendo la existencia de duda sobre la coautoría de A. Q. L. en la ejecución del homicidio, valiéndose del mismo fallo que resulta contradictorio a lo aquí resuelto y, sin poder dar una sola razón de por qué no pudo ser M. G. L. y solo él quien tuvo el dominio del hecho —que es la hipótesis de descargo— el resultado correcto era la absolución de A. Q. L. (fs. 604 vta.).

Alega que todos los argumentos del *a quo* no alcanzan y la fundamentación es ilógica ya que para hablar de participación se descartó antijuricidad (legítima defensa), que nada tiene que ver con lo planteado y para hablar de autoría mediata no se detuvo en la valoración del dolo de quien tuvo el dominio del hecho o lo que es peor, ni siquiera explicó por qué uno y no el otro tuvieron ese dominio del hecho (fs. 604 vta.).

Denuncia que no se encuentra en la fundamentación un solo renglón del que surja por qué A. Q. L. fue determinadora del homicidio de M. N. o por qué M. G. L. no fue autor. Señala que se han confundido los institutos haciendo desprender de uno las herramientas para descartar el otro y, en ese sentido es que luce palmario el déficit de la fundamentación de la autoría mediata (fs. 604 vta./605).

b) Comportamiento posterior al suceso.

Considera que poner el acento solo en la conducta de A. Q. L. posterior a la muerte de M. N., independientemente de la mirada global de la causa y de la historia de vida de sus protagonistas, puede llevar al juzgador a conclusiones erradas. Refiere que no fueron controvertidos por la defensa los aspectos que hacen a indicios de presencia, rastros del delito, informes médicos de A. Q. L. y M. G. L., autopsia de M. N., por lo que quedó demostrado que una vez golpeado M. N., A. Q. L. y su hijo realizaron conductas que, analizadas desde una mirada superficial, pueden aparecer incriminantes (fs. 605).

Relata que A. Q. L. fue hasta la casa de un vecino para pedirle herramientas para cortar la luz y, ante lo riesgoso de esa conducta y porque estaba lloviendo, el mismo vecino realizó la tarea. Alega que es cierto que era A. Q. L. quien daba las explicaciones del caso, diciéndole al vecino que habían vendido la casa y que M. G. L. no participó verbalmente de ese pedido y puede tenerse por cierto que ambos pusieron el cuerpo de M. N. en una frazada y lo sacaron a la canaleta, a metros de la puerta de su casa (fs. 605/605 vta.).

Expone que a criterio de la mayoría, esta conducta habría sido tendiente a encubrir o que había sucedió o desviar la investigación y son demostrativas del dominio de la situación por parte de A. Q. L., de lo que desprenden su participación como autora mediata de la muerte de M. N. En otras palabras —expresa— porque fue ella quien dominio la situación posterior a los golpes recibidos por M. N., situación en la que se hallaba involucrado su propio hijo, entonces les fue permitido suponer que también dominó el hecho del homicidio (fs. 605 vta.).

Se pregunta si esta era la única explicación que le cabe a la situación y si no era igualmente probable que A. Q. L. haya realizado esas acciones, ineficaces, infantiles y propias de una persona cuya precariedad intelectual no le permitió hacer más tarea que la señalada, para proteger a su hijo (fs. 605 vta.).

Afirma que ella misma lo dijo: "Lo único que hice es no entregar a mi hijo" (fs. 605 vta.). Refiere que el fiscal tomó estas y otras manifestaciones de A. Q. L. como extemporáneas y mentirosas, dijo que su asistida esperó que M. G. L. fuera sobreseído para acusarlo y que el tribunal falló en esa línea (fs. 605 vta.).

Sostiene que esto no es verdad porque nadie que conozca a A. Q. L. puede suponer que es capaz de realizar semejante abstracción lo que se puede comprender leyendo sus pericias, que reseña (fs. 606).

Alega que A. Q. L. nunca quiso incriminar a su hijo, "entregarlo" según sus propias palabras y trascribe partes de sus declaraciones de las que —entiende— surge lo contundente de su relato, en el que no se aprecian fisuras. A su criterio, lo que quiso hacerse aparecer, durante el alegato fiscal, como un discurso mentiroso y especulador, pierde sustento cuando el caso se analiza de modo integral y con perspectiva de género (fs. 606/606 vta.).

Reitera que sacar el cuerpo de M. N. hasta la puerta o cortar la luz sin limpiar la escena del hecho, sin siquiera cambiarse la ropa, sin tratar de huir del lugar, son acciones tan pueriles como ineficaces para encubrir un crimen. Por ello y en base a los informes expertos, considera que verdaderamente A. Q. L. pensó, quiso, imaginó que M. N. estaba vivo. Y menciona que tampoco de este indicio puede desprenderse el dolo homicida (fs. 607).

Entiende que para A. Q. L., sacar a M. N. fuera de su casa y cortar la luz fue más bien una acción defensiva ante el cuadro que estaba viendo. Refiere que el "no ver" para los niños, por ejemplo, que tienen pensamiento concreto, es asimilable a "no está", alimentado por el pensamiento mágico, propio de este funcionamiento intelectual caracterizado por la precariedad, de que "ya se va a pasar". Expresa que por eso ella dijo que dejó la puerta media abierta porque le parecía que en cualquier momento iba a aparecer a pedirle perdón por haberla golpeado, como otras tantas veces que la maltrató y porque en diferentes oportunidades ebrios, M. N. o M. G. L., dormían allí mismo (fs. 607 vta.).

Estima que si se considerase que esa participación de A. Q. L. de sacar el cuerpo hasta la puerta junto con M. G. L. y pedir que le cortaran la luz es configurativa de un delito, sería encubrimiento. Al respecto señala que distintas posturas doctrinarias agregan que las acciones tendientes a encubrir deben ser, al menos en sí mismas, eficaces porque el autor debe tratar ocultar, alterar o hacer desaparecer los restos del delito y en lo que aquí se analiza la conducta de A. Q. L. lejos estuvo de ocultar, es más, pusieron el cuerpo en la puerta a la vista de todos los vecinos, alterar o hacer desaparecer los rastros del delito. Aclara que el informe médico fue claro en señalar que la descomposición del cuerpo estuvo originada en factores climáticos (fs. 607 vta.).

Concluye que lo está fuera de discusión es que A. Q. L. realizó esas acciones (sacar el cuerpo junto a M. G. L. y pedir que le cortaran la luz) y por ellas debió —solamente— ser reprochada, ya que como se señaló anteriormente son inocuas para hacer desprender la hipótesis de la autoría mediata y si se encendiera que tales actos estuvieron dirigidos a encubrir o ayudar a

encubrir, como es sabido, procedería la excusa absolutoria prevista en el art. 277 inc. 4 CPP (fs. 608).

c) Interacción familiar.

Tras sintetizar lo sostenido en el fallo, indica que el voto del presidente se torna infundado porque parte de un interrogante que arrastra un error conceptual, a saber, ¿puede afirmarse una situación de violencia de género o una agresión actual capaz de justificar un accionar defensivo por parte de la acusada y su hijo en favor de la madre? (fs. 608/608 vta.).

Refiere que para responder a esta pregunta dijo que, ante la ausencia de prueba directa, utilizaría los datos que hablan de la estructura de la personalidad de A. Q. L. y M. G. L. contenidos en las pericias más la descripción de los vecinos y comportamiento inmediato posterior (fs. 608 vta.).

Aclara que como ya abordó el comportamiento posterior y las pericias le resta referirse a la descripción de los vecinos. Al respecto sostiene que nuevamente confundió violencia de género con legítima defensa, haciendo desprender como resultado una autoría mediata carente de fundamento (fs. 608 vta.).

Destaca que al tener en cuenta para acreditar cómo era la interacción familiar solo el testimonio de los vecinos (porque en ningún momento consideró el testimonio de las hijas de su defendida) desprendió lo que esos vecinos pudieron conocer de una situación actual (fs. 608 vta.). Entiende que ello luce desacertado al pretender desterrar la idea de violencia de género a partir de la supuesta ausencia de "agresión actual capaz de justificar un accionar defensivo" (fs. 608 vta.) y que para ello debió al menos remitirse a los testimonios de R. L. y A. L. y desvirtuar la posición defensiva (fs. 609).

Afirma que no se evidenció durante el proceso que A. Q. L. fuera víctima de violencia de género sino una protagonista junto a su grupo familiar, de un interactuar violento que todos compartían y al que todos aportaban de igual manera (fs. 609). Refiere que el *a quo* fundó su afirmación en el testimonio de una vecina que dijo que A. Q. L. corrió en una oportunidad a M. N. con un machete y que la entidad de las lesiones constatadas en el cuerpo de su asistida y de su hijo (fs. 609).

Se pregunta cómo es posible que estas circunstancias sean utilizadas como indicios de ausencia de violencia de género y certeza de participación de A. Q. L. en la muerte de M. N., cuando siguiendo su propio argumento, todos los integrantes del grupo aportaban de igual manera a la violencia (fs. 609).

Refiere que la pericia interdisciplinaria de A. Q. L. describe a la relación de ella con M. N. como violenta (fs. 609/609 vta.) y que la situación de violencia sistemática estaba acreditada y el modo en el que M. N. se conducía dentro del hogar, como lo hizo durante años, también (fs. 609 vta.).

Insiste en que la conclusión a la que arribó la mayoría del tribunal en cuanto a que no se evidenció que A. Q. L. fuera una víctima de violencia de género no encuentra respaldo lógico y que las declaraciones de R. L. y A. L. aportaron datos relevantes para contextualizar la situación que vivieron junto a M. N.. Critica que se haya pretendido argumentar que lo que estas jóvenes vivieron ocurrió muchos años atrás y que por eso no debían ser tenidas en cuenta sus manifestaciones. Alega que estas declaraciones se transforman en los únicos indicios que se tiene de cómo era la vida de convivencia con M. N. Refiere que R. L. incluso llegó a vivir en Villa Inesita y también huyó al igual que lo habían hecho A. L., V., A. y todos los demás (fs. 609 vta.).

Aduce que la violencia de género no debe ser actual y que no es preciso que para repelerla deba guardarse proporcionalidad. Agrega que, aunque este no es el caso, puede ocurrir que la violencia manifiesta haya cesado, o incluso que sin haber concluido, no se haya dado en un momento actual (fs. 610).

A su criterio, no se trabajó sobre la hipótesis de que la legítima defensa estaba justificada porque había violencia de género, y entonces, al no poder comprobarse el actuar justificado esta se desdibujó ya que la acción fue desproporcionada y no respondía a un agresión actual (fs. 610).

Sostiene que no se trata de saber si la defensa fue legítima para de ahí derivar si la violencia de género existió: la reacción de M. G. L. pudo haber sido incluso desproporcionada frente al ataque que estaba recibiendo su madre, pero no se estaba analizando el instituto de la legítima defensa (fs. 610).

Denuncia que aquí es donde el juzgador confundió los tantos y para descartar la violencia de género recurrió a la no configuración de la legítima defensa (fs. 610).

A continuación, menciona los aspectos que a su criterio debieron ser tenidos en cuenta para analizar el caso con perspectiva de género:

* Violencia sistemática de muy larga data (vínculo caracterizado por un funcionamiento con predominancia de episodios agresivos, con crecimiento gradual y sostenido, fs. 184 vta.; la conocían quienes vivieron con M. N. y conocieron de su violencia, R. L. y A. L.): física (por ej. le había roto el tabique de la nariz,

según la declaración de A. Q. L.), psicológica (amenazas de que le sucedería lo mismo que a otra pareja, según declaración de A. Q. L., cuando dijo que M. N. le había dicho que mató a R. C., su ex pareja, temor a hacer la denuncia porque tenía que volver a su casa a convivir con el mismo hombre y dormir en la misma cama), sexual (abusos sexuales a las hijas de A. Q. L.) y económica (el juicio que cobramos era mío, se enojó porque quería plata para seguir comprando alcohol).

* Vulnerabilidad estructural (exclusión en los diversos ámbitos de sociabilización, de manera sostenida desde la infancia).

* Precariedad intelectual (funcionamiento intelectual acorde a una escasa estimulación; no presenta tendencia a la mitomanía o la fabulación; mecanismos defensivos, labilidad yoica y pobreza intelectual; indicadores de cierta precariedad simbólica, con dificultad para comprender señalamientos técnicos, ej. varias veces fue la señora o M. N. con su celular para que los ayudara a subir el volumen, agendar algún contacto o desactivar el servicio de WhatsApp (fs. 610 vta.).

Sostiene que si se omitió el análisis de todo ese contexto el presidente no pudo razonablemente desterrar la noción de violencia de género, reduciéndola a la supuesta no violencia actual y tomando el instituto de la legítima defensa para justificar su no aplicación (fs. 610 vta./611).

A continuación transcribe la defensa material de la imputada (fs. 611/611 vta.) y aduce que la misma no ha podido ser desvirtuada. Explica que el error en su desestimación radica en el cristal a través del cual se analizó la situación al pretender que se hayan configurado los parámetros legales de la legítima defensa para tomar por cierta la versión de A. Q. L. Refiere que el ataque de M. N. no fue insignificante, según el informe médico de la imputada y que eso no es lo único que debe valorarse porque el ataque de M. G. L. en defensa de su madre debe analizarse desde la personalidad de M. G. L., un actuar impulsivo y autodirigido (fs. 611 vta.).

Agrega que de ninguna prueba de la causa, ni de su análisis integral puede concluirse que A. Q. L. utilizaba a su hijo para algo, mucho menos que lo haya hecho para darle muerte a M. N., sumado a la ausencia de evidencia que dé cuenta de que quería la muerte de su pareja (fs. 612). En conclusión, sostiene que en la causa hubo una total falta de elementos para alcanzar la certeza sobre la culpabilidad por lo que persiste el estado de inocencia de su defendida a quien, en consecuencia debió absolverse (fs. 612 vta.) y que de todo lo valorado puede colegirse que hubo y hay un autor, que no se trató de una coautoría y mucho menos de una autoría mediata: M. G. L. dio muerte a M. N. aquella noche febrero, así se lo hizo saber a sus hermanas y una sentencia hoy firme ya lo había resuelto de ese modo (fs. 613).

III. En consideración a que la recurrente ha cuestionado la sentencia en cuanto a la conclusión acerca del modo de participación de la acusada A. Q. L. en el homicidio de su pareja M. N., y al rechazo de que aquella fuese víctima de violencia de género, corresponde realizar una reseña de los fundamentos.

Como dato interesante, se trata de un fallo con jurados en el que no hubo unanimidad.

Los tres jueces técnicos se pronunciaron por las cuestiones de hecho y prueba relativas a la condena —a pesar de que, según la ley N° 9182, quien presidía la audiencia no debía votar sobre ellas— debido a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 29 y 44. Junto con ellos votó una minoría de jurados (3). La mayoría de jurados (5), votó por la absolución por duda. Es decir que se trató de una decisión tomada por la diferencia de un solo voto, el que igualmente se hubiera debido emitir si no hubieran declarado la inconstitucionalidad de la ley, porque esta es la solución legal en una situación de empate (art. 29, 2° párr., ley 9182).

III.1. Fundamentos sobre la autoría mediata de la imputada.

Según la mayoría, entre los interrogantes más desafiantes para arribar a una conclusión incluyeron el relativo a si las heridas recibidas por M. N. fueron producidas materialmente por M. G. L. —hijo de la acusada sobreseído por inimputabilidad— y por A. Q. L., o solo por M. G. L.; y en este caso se preguntaron si estuvo motivado, condicionado o dirigido por su madre A. Q. L.

Explicó que la propia hipótesis acusatoria especificada por el Fiscal de Cámara demuestra que establecer precisamente lo que ocurrió en el interior de la vivienda que ocupaban los protagonistas en ese momento, no ha resultado posible. No hubo testigos; solo ellos tres se encontraban allí. Por ello la hipótesis acusatoria establece una situación "alternativa", al sostener que la víctima fue golpeada por la acusada y su hijo o solo por este, pero bajo el comando de aquella (fs. 572).

Expresó que la ausencia de prueba directa sobre este aspecto le obliga a recurrir a elementos indiciarios para poder arribar a una conclusión.

Consideró la estructura de personalidad de la acusada A. Q. L. y de M. G. L., conforme a los estudios

psiquiátricos y psicológicos, a la descripción conceptual realizada por los vecinos y al comportamiento inmediato posterior al suceso para interpretar, a partir de allí, lo que habría ocurrido en la intimidad de ese domicilio aquella noche (fs. 572).

Sobre M. G. L., se ponderó que los informes psicológicos y psiquiátricos que finalmente determinaron a la Juez de Control a considerar que no tenía capacidad para responder penalmente por sus actos, por presentar un retraso mental no especificado. Su propias hermanas se refirieron a él "como un niño" y los vecinos lo describieron como una persona sumisa, como una sombra, siempre caminando dos o tres pasos detrás de su madre y callado (fs. 572 vta.).

Para la mayoría, A. Q. L., en cambio, era en relación a su hijo, una figura dominante y el obrar inmediato posterior al suceso así lo confirmaba. Afirmó que tras haber sido muerto, la acusada junto a su hijo se deshicieron del cuerpo y aunque al declarar durante el debate aquella dijo que creía que la víctima solo estaba desmayada y que lo sacó para "que tomara aire", en realidad, envuelto en una frazada, el cuerpo fue arrojado al interior de una canaleta y allí dejado pese a que esa noche llovió y a que sabían que esa zanja se llenaba de agua. También lideró la acusada la actividad que tenía por objeto cortar la luz de la casa, cuando afirmó frente a los vecinos que había vendido la propiedad y que se iba. El dominio de la situación por parte de la acusada y la actitud sumisa de su hijo ha sido claramente descripta por los vecinos que los vieron esa noche. Y así era cotidianamente esa relación, en función de lo que esa misma prueba permite concluir. La falta de efectividad de esas acciones (como el arrojar el cuerpo en ese lugar o procurar eliminar la iluminación) es compatible con la precariedad de recursos y el "infantilismo intelectual" que incluso la propia defensora utilizó como argumento en relación a su defendida y en esos términos. Y también resulta claro que quien diseñaba la ineficaz coartada y la dirigía era la acusada y no su hijo (fs. 572 vta./573). En definitiva estos indicios, llevaron a la mayoría a concluir que la acusada tuvo sino materialmente —porque esto no puede con certeza aseverarse— al menos sí intelectualmente el dominio del hecho en el cual su hijo, incapaz, reaccionó conforme sus designios (fs. 573).

III.2. Fundamentos sobre la inexistencia de violencia de género.

Otro interrogante que se planteó la mayoría, consistió en si podía afirmarse, a partir de la prueba incorporada, una situación de violencia de género o una agresión actual capaz de justificar un accionar defensivo por parte de la acusada o de su hijo M. G. L. en favor de su madre (fs. 572).

Refirió que resultaba posible sostener que entre los tres protagonistas del suceso se había establecido un vínculo disfuncional, con características patológicas, en las que el abuso de sustancias tóxicas, particularmente del alcohol, tuvo una influencia decisiva. Del testimonio de todos los vecinos que describen sus comportamientos, sus gritos, sus maneras violentas de relacionarse, es claro que esos modos constituían una cotidianeidad y en el contexto socio-ambiental y personal de los protagonistas lo habían naturalizado. Esa violencia era manifiesta pero, para la mayoría, no se evidenció durante este proceso que A. Q. L. fuera una víctima de violencia de género, sino una protagonista, junto a su grupo familiar, de un interactuar de esas características que todos compartían y al que todos aportaban de igual manera. De hecho quien exhibía comportamientos más agresivos y problemáticos frente a sus vecinos era la acusada y no la víctima. Relatos como el haber "corrido" con un machete a su pareja y a su hijo de su casa, son indicativos de esa manera de actuar.

Destacó que las lesiones que exhibe el cuerpo de M. N. indican un ataque llevado a cabo con "brutalidad", que demuestra un fuerte contenido emocional en quien o quienes lo llevaron adelante. En cambio, las lesiones constatadas en el cuerpo de la acusada y de su hijo no revelan una entidad que justifique un obrar defensivo que resulte proporcionado, indicativo de la necesidad de actuar e infligir tantas y tan profundas heridas como las constatadas en el cuerpo de la víctima mortal. Que entre los protagonistas había conductas violentas recíprocas no caben dudas; pero que en ese momento se verificara por parte de quien resultara muerto una actividad que proporcionalmente justifique esa respuesta no se presenta probable (fs. 572 vta.).

IV.1. Tanto la sentencia, como la recurrente han principiado el análisis acerca de la responsabilidad por la cuestión de la intervención de la imputada en el hecho: si intervino como autora mediata instrumentalizando a su hijo no punible por inimputabilidad —conclusión de la mayoría—, o, si no intervino como autora directa ni como autora mediata —planteo de la defensa—.

La cuestión es relevante si se está ante un injusto. En cambio, si se trató de un obrar en defensa legítima propia, como es la pretensión de la defensa, pierde peso si la acusada instrumentalizó a su hijo para ello, ya que se tratará de un acto justificado y, por ello, no punible.

Por ello, se comenzará por examinar si la sentencia tiene una debida fundamentación al rechazar que la acusada haya sido víctima de violencia de género, y

víctima de una agresión ilegítima con ese significado, proveniente de su pareja.

Esta es una cuestión de gran importancia para esclarecer una justa y adecuada solución del caso.

Como lo ha destacado el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), en la Recomendación General N° 1 sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención (https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-CEVI-XV-doc.249-ES.pdf), "muchas mujeres que han terminado con la vida o le han provocado una lesión a sus agresores al ser víctimas de agresiones ilegítimas en el ámbito de sus relaciones interpersonales" han sido responsabilizadas. Por la complejidad de estas situaciones, el organismo convencional ha recomendado que "se aplique la perspectiva de género y un adecuado análisis contextual de la situación en la que ocurrió el caso en concreto, en miras a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos de las mujeres" y que se incorporen "estándares internacionales en la valoración de la prueba en casos que involucren violencia contra las mujeres, incluyendo en cuanto a los testimonios de las mujeres víctimas".

En los siguientes apartados se examinará si estas recomendaciones se encuentran cumplidas en el fallo.

2. En casos en que se alegue por parte de la mujer haber sido víctima de violencia de género, deben cumplirse con ciertos estándares específicos y genéricos para que la fundamentación de la sentencia resulte válida.

2.1. El deber de actuar con debida diligencia.

En un proceso en el que la mujer acusada alegue haber sido víctima de violencia, como sucedió en el caso, existe una obligación estatal conforme al art. 7, b), de la Convención de Belén do Pará de "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la Mujer".

Se trata de una obligación de "iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer" (Caso Veliz Franco y otros c. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, Cuadernillos de jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Género, p. 65, http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/genero1.pdf). La Recomendación General N° 1 de MESECVI ya citada, incluye el deber de debida diligencia del mismo modo como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre las advertencias formuladas para una perspectiva de género en la investigación y juzgamiento de delitos en los casos de mujeres acusadas de dar muerte a su pareja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al remitirse al Dictamen de la Procuración General, ha hecho suya esta exigencia también en estos casos del deber de debida diligencia ("R., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63.006", CSJ 733/2018/CS1).

2.2. Criterio de amplitud probatoria conforme a la perspectiva de género.

La ley nacional N° 26.485 de adecuación de la legislación interna a la Convención de Belem do Pará, incluyó el principio de la amplitud probatoria en materia de violencia de género en consideración a las características propias de la violencia de género. Este principio, se fundamenta en que en la generalidad de los casos la violencia no transita a la luz de testigos, ni es sencilla la recolección de cierta clase de evidencias, y muchas víctimas tampoco han realizado denuncias previas.

El principio de amplitud probatoria incorpora la perspectiva de género, dado que sin él, muchos casos de violencia en contra de mujeres culminarían en la impunidad de los agresores o, en condenas injustas a las mujeres que aleguen esta eximente o atenuante, si se mantuviese invisibilizado que, por las características del fenómeno, se presentan dificultades para obtener determinada clase de evidencias —por ejemplo, testigos, denuncia previa—.

Tal principio de amplitud probatoria ha sido aplicado por la Sala Penal en precedentes en contra de imputados varones por violencia contra la mujer (TSJ, Sala Penal, "Agüero", S. N° 266, 15/10/2010; "Sosa", S. n° 28, 11/03/2014; "Díaz" S. N° 158, 23/06/2016; "Flores", S. N° 103, 07/04/2017; "Oviedo", S. N° 182, 26/05/2017; "Díaz González", S. N° 194; 01/06/2017; "Luna", S. N° 268, 23/06/2017; "Vilches", S. N° 315, 02/09/2017; "Leiva", 437, 02/10/2017; "Suárez", S. N° 457/2017; "Aragallo", S. N° 14, 16/02/2018; "Quiñonez", S. N° 86, 09/04/2018; "Carnero", S. N° 135, 24/04/2018; "Barrionuevo", S. N° 145, 08/05/2018; "Juncos", S. n° 161, 14/05/2018; "Juncos", S. n° 161, 14/05/2018; "Alfonso", S. N° 216, 22/06/2018; "Flores", S. N° 307, 03/08/2018; "Montaño Martínez", S. N° 310, 03/08/2018; "Suárez", S. N° 388, 18/09/2018; "Romero", S. N° 412, 12/10/2018; "Campos", S. N° 344, 24/07/2019; "Salas", S. N° 358, 31/07/2019). Y, desde luego, es extensible a los casos de mujeres acusadas por delitos en contra de sus parejas que aleguen ser víctimas de violencia de género, porque por lo menos hasta que una sentencia fundamentada en forma legítima lo rechace, reúnen la doble condición de imputadas y de víctimas.

Es el entendimiento que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al remitirse al Dictamen del procurador ("R., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63.006", CSJ 733/2018/CS1).

Esa interpretación se encuentra recogida en la Recomendación General N° 1 de MESECVI, acerca de la valoración de las pruebas con perspectiva de género atendiendo a "la necesidad de reconocer la existencia de una situación estructural de discriminación hacia las mujeres, que les impide gozar de sus derechos en pie de igualdad con los hombres" y que ella demanda de considerar la centralidad del relato. En tal sentido, "la declaración de la víctima es crucial", y "no se puede esperar la existencia de medios probatorios gráficos o documentales de la agresión alegada", aunque "se debe hacer todo lo posible para colectarla, puesto que la misma puede tener un papel importante en las investigaciones".

En la valoración de las pruebas se deben considerar entonces estas particularidades y, también, evitar estereotipos de género, que es un modo de discriminación que viciará la legitimidad de la fundamentación.

Las investigaciones victimológicas muestran datos que develan la inexactitud del pernicioso estereotipo que la "buena" víctima siempre es pasiva y nunca trata de defenderse (Walker, Lenore E. A., "Cuando la mujer golpeada se convierte en acusada", Violencia familiar/conyugal, Serie Victimología n° 8, Dirección Hilda Marchiori, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2010, ISBN 978-987-432-479, p. 11 a 31). Por el contrario, la "pasividad" de las mujeres generalmente proviene porque "aprenden que las lastiman más cuando intentan defenderse, pero a veces se arriesgan a reforzar su autoestima vacilante" (aut. y pub. cit. 16, 17).

Como lo ha sostenido esta Sala Penal (TSJ, Sala Penal, "Romero", S. N° 412, 12/10/2018; "Ortíz", S. N° 475, 15/11/2018; "Campos", S. N° 344, 24/07/2019), la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas de la violencia de género en contra de la mujer, cuando afecta la objetividad de los funcionarios estatales influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia. A su vez, cuando el Estado no desarrolla acciones concretas para erradicarlos, los refuerza e institucionaliza, lo cual genera y reproduce violencia contra la mujer.

Asimismo, deben evitarse conceptualizaciones erradas por inexpertas acerca que la violencia para ser tal, no debe ser cruzada y que, si existe, no hay victimización. En tal sentido, se sostiene que entre los comportamientos violentos en la pareja "siempre existe una violencia cruzada, la violencia emocional de la mujer hacia su pareja y la respuesta de él caracterizada como violencia física" (Marchiori, Hilda, Los comportamientos paradojales en la violencia, pub. cit., p. 210).

2.3. Estándares probatorios y principio in dubio.

Cuando la defensa alega que la acusada de matar a su pareja ha sido víctima de violencia de género y que en este contexto actuó ella u otro/a en su favor, la existencia de esta situación que podrá excluir la responsabilidad por justificación o exculpación, o por lo menos podrá atenuarla (vgr. emoción violenta, circunstancias extraordinarias de atenuación), entre otras posibilidades, no estará sujeta a los mismos estándares probatorios exigibles para fundamentar una condena?

Fundar una condena requiere que la acusación se encuentre probada con certeza, lo que es equivalente a afirmar que esta convicción del juez debe ser la máxima posible según una racional interpretación de las pruebas relevantes. En cambio, una absolución no requiere ese mismo estándar, por el principio in dubio (art. 18 CN, art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Como ha sostenido, con claridad en la doctrina, "la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia: en cambio, la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación" (Maier, Julio B. J., Derecho procesal Penal, T. I, Fundamentos, 2° ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 500, en el mismo sentido, Cuerda Riezu, Antonio, La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?, InDret 2/2014, Barcelona, abril de 2014, p. 1-18, http://www.indret.com/pdf/1045.pdf, p. 12).

Esta es la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al hacer suyo el Dictamen del Procurador que, en el caso ya citado, sostuvo que "en virtud de las normas específicas que rigen para los casos de violencia contra las mujeres, frente a las versiones opuestas (...) el tribunal no podía descartar con certeza la causa de justificación alegada", y basándose en el criterio general del precedente en Fallos: 339:1493, concluyó que en tal situación "el in dubio pro reo y la prohibición de non liquet le imponen al juez inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado".

2.4. Interpretación de los requisitos de la legítima defensa con perspectiva de género.

De conformidad al Dictamen del Procurador General que la Corte Suprema ha hecho suyo, se han adoptado las recomendaciones provenientes de Mesecvi en la Resolución General N° 1, ambos anteriormente mencionados, acerca de la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la interpretación de la legítima defensa en los casos en que las mujeres acusadas la alegan.

Entre ellas, interesa especialmente que en relación al requisito de la agresión ilegítima, "la violencia basada en el género es una agresión ilegítima", respecto de la cual debe considerarse su característica como un continum para ponderar la inminencia o actualidad (Resolución General N° 1, B, 2), y para la necesidad de defensa "pues existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia contra las mujeres en dichas circunstancias" (doc. cit., B.3).

Es pertinente reiterar que el concepto convencional de violencia incluye diferentes modalidades en las relaciones interpersonales (art. 2 Convención Belem do Pará), sin requerirse que sean alcanzadas por el derecho penal. En la jurisprudencia de la Sala, se ha adoptado este criterio convencional para analizar el contexto a los efectos de verificar el rasgo identitario central de la violencia de género, consistente en establecer "si la relación autor/víctima puede considerarse como una vinculación superior/inferior, por la desigualdad real en la que la víctima se encontraba y en la exteriorización de la posición de poder del varón a través de violencia de cualquier clase aunque no se subsuma penalmente", en el que se inserta el episodio típico (TSJ, Sala Penal, Sent. N° 140, 15/04/2016, "Trucco, Sergio D. p.s.a amenazas —Recurso de Casación—"). Si bien esta interpretación fue elaborada en torno a los agresores varones, es válida para los casos como el que se está ahora analizando, ya que se trata de la interpretación acerca de aquello que es relevante para subsumir como "violencia de género" un hecho determinado.

También interesa para este caso, destacar que el requisito de la necesidad racional del medio empleado (art. 34, 6, b CP), debe considerarse con el enfoque de género. Como lo ha señalado Mesecvi y ha hecho suyo el Dictamen del procurador y la Corte, debe ponderarse "que la necesidad racional del medio empleado no requiere la proporcionalidad entre la índole de la agresión y la respuesta defensiva (…), pues existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia contra las mujeres en dichas circunstancias" (doc. cit., B.3).

Debido a las características de la violencia de género en la pareja, si la agresión se limitara solo al episodio inmediatamente anterior a la defensa, podría considerarse desproporcionada. Esta lectura neutral, desconocería el concepto de agresión que se ha explicitado, y que no se acota a un episodio aislado, sino que remite a una situación de constante cercenamiento del derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia en sus múltiples manifestaciones.

3. De conformidad al marco anticipado, corresponde examinar si la sentencia presenta en su fundamentación los defectos que la privan de validez.

La mayoría descartó la existencia de violencia de género por parte de la pareja a la acusada. En los puntos siguientes se brindarán los argumentos que sustentan la conclusión que aquí se anticipa, acerca que sus fundamentos no están en sintonía con los estándares exigibles y que han sido objeto de tratamiento (v. 2.1 a 2.4.).

3.1. El relato.

La sentencia contiene una extensa textualización de la declaración de la imputada en la que ella refería cómo era la relación con su pareja y el trato violento.

En ese relato, que la acusada sostuvo en la investigación penal preparatoria, y en el debate en las dos oportunidades en que declaró, dijo que:

"Me vivía pegando, maltratándome, me agarraba de los pelos, me pegaba patadas, me arrastraba por el suelo, me decía que si yo lo denunciaba me iba a cagar matando, me quitaba las llaves, no me dejaba salir, cuando él estaba tomado, me amenazaba que me fuera con mis hijos, que me tenía que ir a la calle con los chicos. Siempre me maltrató, quería que a M. G. L. lo echara a la calle para vender la casa, quería que la pusiera a nombre de él. Él me decía que me iba a cagar matando como mató a su mujer, Rosa Castro, me contaba las aventuras diciendo que me iba a pasar lo mismo que a la mujer que tuvo, él venía pegando mujeres de hace rato, a mí el me maltrató, él dormía en una cama de dos plazas y yo no dormía con él, me sentaba en la cama, él dormía con una cuchilla de carnicero cabo blanco bajo la almohada, me decía que si yo me acostaba en la cama me iba a cortar la yugular, si no era para mí, iba a ser para M. G. L., mi hijo. Yo vivía antes en …, ahí se fue a vivir conmigo, yo tenía que esperar que él se duerma para entrar, yo dormía con los chicos en la calle (…) V., R., todos los chicos, P., A., vivíamos todos juntos en (…) El miraba a las chicas, mis hijas, como mujer, siendo niñas de doce o trece años". "…él nunca me dijo perdoname, una vez me tiró con una pava, estaba tomando, una vez me tiró agua, me quiso quemar la cara con agua".

Sobre la frecuencia de las peleas en la casa dijo "todos los días, yo no la veía como mi casa, era insoportable, él siempre estaba tomado, yo no le podía decir nada (…) él se desayunaba con vino, él no comía, vivía bajo el vino".

Sobre la entidad de algunos de los malos tratos, dijo que "a mí en …, él me quebró el tabique a puñetes (…) él me curó solo, no me dejaba ir, me puso una madera y la gotita y me curé sola, yo de ahí le agarré miedo (…) mis hijos me vieron la nariz entablillada, yo tenía la nariz como un huevo, yo no podía salir con la cara deformada (…) siempre me maltrató…". "Cuando me quebró el tabique yo tenía como cincuenta años". "Me cortó el pelo con un cuchillo". "Me decía que era una puta, me celaba con mi hijo. Quería que lo echara a la calle. El me corrió a todos mis hijos. Quería que me quedara sola. Me quitaba la llave, me pegaba y apagaba la luz. No me dejaba salir a comprar nada. Yo no sé porque estuve a la par de él quince años".

Preguntada por la defensa qué le sucedió en los dientes dijo "me los bajó con puñetes, cada puñete me hacía escupir dos o tres dientes, escupía sangre", "él me amenazaba que me iba a pasar lo mismo que a R. C., él me dijo que la había matado a golpes, en el campo él la golpeó y cuando vino a Córdoba, ella murió…".

Sobre las amenazas y violencias a sus hijos, dijo que a M. G. L. "lo amenazaba que le iba a cortar la yugular", que con sus hijas "se llevaban mal, que las miraba como mujer, las miraba, la cola, las tetas, les codiciaba el cuerpo, ellas me decían las cosas que veían, las chicas dejaron de ir, yo no les creía a ellas, ellas dejaron de venir".

Acerca de si realizó denuncias previas, dijo "fui a la 16, yo no sé si algún hermano de él, le limpiaba los papeles, era gendarme, me cansé de ir con la R. L., en la 16 me decían que iban a ir y no iban, no me dieron importancia…". "Él me decía que fuera a denunciar que iba a ver cómo me iba". "A M. N. no lo denunciaba porque tenía que acostarme en la misma cama y vivir en la misma casa. Tuve muchas amenazas de muerte de parte de él".

Sobre su relación con los familiares de la pareja, dijo: "La familia no lo asistía. Ninguno de los hijos lo iba a ver". "El reconocía que su familia era una "bosta, una mierda".

Acerca de los recursos económicos, manifestó que ella "salía a trabajar y lo alimentaba, lo vestía. Toda la plata que él tenía era para fumar y tomar". "Yo me quedé porque no tenía casa". "Él quería vender el freezer. Se quería vengar del hermano porque no le prestó plata. Yo cobré la plata del juicio. Él les prestó esa plata a sus hijos para hacerle la fiesta a una de sus hijas. Ellos le sacaron la plata. Llegó un momento que no le quise dar más vino".

Al finalizar el debate dijo "Me pegaba todos los días. Yo antes no tomaba. El me obligaba a que tomara. En dos semanas me empezó a meter manos. El me prometió que me iba a hacer feliz. Me deje llevar. Se cansó de golpearme. Ya no aguantaba más".

3.2. La omisión de valoración del relato.

En la sentencia, a pesar de su extensa textualización, se ha omitido por completo toda ponderación en torno a la declaración de la imputada, tal como denuncia la defensa.

Esta descripción es relevante (v. sub 2.2), porque como recomienda Mesecvi e hizo suya la Corte "la declaración de la víctima es crucial", dadas las características de la violencia de género y las dificultades probatorias.

Y lo es, porque cuenta la "historia" de la relación interpersonal, en la que se exponen las diferentes modalidades de la violencia que manifiesta haber sufrido: violencia física, violencia psicológica con ella y sus hijos, violencia sexual con las hijas, y violencia económica. Estas violencias se relatan como un continuo suceder en la relación que se prolongó durante más de una década.

De ese relato fluye que su pareja ejercía un papel dominante del varón sobre la mujer que iba expandiéndose a través de los años porque la golpeaba —adujo fractura de nariz, pérdida de dientes—, la amenazaba, le humillaba —no podía dormir en la cama más cómoda que utilizaba él, le cortaba el pelo con cuchillo—, la fue aislando de su familia ya que sus hijas se fueron por los acosos sexuales y al hijo que convivía con ambos —persona con discapacidad— también lo maltrataba, le imponía restricciones (no salir) o imposiciones (beber alcohol), no tenía medios económicos y los que tenía se los debía entregar.

Si la imputada ha alegado una victimización de parte de su pareja que, por las características descriptas, puede subsumirse en la violencia de género ya que en ella el varón se posicionó como superior y a la mujer la situó como inferior, exteriorizando esa posición de poder a través de violencia de cualquier clase (aunque no todas se subsuman penalmente), el tribunal estaba obligado a considerar ese relato para confrontarlo con las pruebas de la causa.

Desde ya es un procedimiento incorrecto prescindir del relato, cuando es pertinente para una adecuada resolución de casos en los que se alega violencia de

género, para pasar directamente a la valoración de las pruebas, las que distan en muchos casos de ser idóneas, como se analizará en el punto siguiente, para acreditar la inexistencia de la violencia más allá de toda duda razonable.

Como lo ha sostenido esta Sala, el "fundamental derecho a ser oído en juicio no se satisface con la sola recepción formal de la declaración del imputado, sino que si este opta por declarar y expone una versión del hecho atribuido tendiente a excluir o aminorar la respuesta punitiva, es obligación del tribunal examinar si la prueba destruye la existencia de los hechos invocados y recién después analizar la relevancia jurídica de ellos a los efectos de la procedencia legal de la eximente o atenuante cuya aplicación se pretende" (TSJ, Cortez, Carina, s, N° 14, 18/03/1998). Por ello, como se sostuvo en el precedente, la prueba debe ser considerada "exhaustivamente" a los efectos de establecer si ella desvirtuaba las circunstancias invocadas como presupuestos fácticos de la situación eximente o aminorante invocada.

El contexto que brindó en su declaración la imputada debió ser examinado, para ponderar el episodio concreto en el que se insertó la conducta que dio origen a este proceso. Y no puede ser satisfactorio un análisis del contexto, como se realizó en la sentencia, sin analizar el relato que acerca una versión.

Por sí mismo, este ya es un defecto capaz de viciar decisivamente la fundamentación del fallo, que presenta también los defectos que se expondrán en los siguientes apartados.

3.3. La valoración de las pruebas en la sentencia.

Anteriormente se hizo referencia a las dificultades probatorias de la violencia de género y al principio de amplitud probatoria.

La carga probatoria para refutar la existencia de la violencia de género corresponde al Ministerio Público, en tanto la imputada cuenta con el principio de inocencia (estado jurídico de no culpabilidad receptado el art. 11 DUDH, art. XXVI, DADH, art. 8.2 CADH, 14.2 PIDCyP). Ello así, porque la violencia de género integra el contexto en el que se insertó la reacción que se alega realizada por el hijo de la imputada y que esta aduce actuó en su defensa.

En la sentencia, se consideró inexistente la violencia de género, en ponderación a los testimonios de vecinos que trajeron sus versiones del comportamiento agresivo de la imputada.

Estas pruebas no proporcionan ni siquiera indicios acerca de la inexistencia de la violencia de género, porque reposa en el estereotipo que la "buena víctima" es pasiva, como se ha desarrollado anteriormente (sub 2.2.).

Recuérdese que esta Sala tiene dicho, en relación con el delito de femicidio, que la caracterización de la víctima de este delito como una mujer vulnerable asimilable a una persona débil de carácter que es rebajada a la calidad de objeto, delimita el ámbito de mujeres que pueden ser víctimas de violencia. El marco de la normativa internacional y nacional establece un alcance general a todas las mujeres independientemente de sus propiedades personales, sociales o culturales. La existencia de este fenómeno toma forma de un modo expansivo, en la medida que se asienta en prácticas sociales y estereotipos que no toman como parámetro otra realidad que la de ser mujer, sin más. Es la violencia contra la mujer por el hecho de serlo. Lo contrario, coloca a un colectivo de mujeres fuera del alcance protectorio de las disposiciones legales mencionadas, sin contar con las dificultades de atribuir el carácter de vulnerable o no según el sentido utilizado por el Tribunal que juzga el hecho (TSJ, Sala Penal, "Lizarralde", S. N° 56, 09/03/2017; "Barrionuevo", S. N° 145, 08/05/2018; "Cuevas", S. N° 277, 03/07/2018).

De ello se desprende que del hecho de que A. Q. L. exhibiera comportamientos más agresivos y problemáticos frente a sus vecinos no puede derivarse que la misma no era víctima de violencia de género en relación con su pareja.

Tampoco descarta la existencia de violencia de género, que hayan visto un comportamiento violento de la acusada, porque aquella no se anula por episodios de violencia cruzada.

Se aprecia asimismo una significativa omisión de valoración de pruebas que respaldaban la versión de la imputada acerca del comportamiento violento de su pareja.

En cuanto a la omisión de valorar pruebas relevantes, la sentencia omite toda consideración de valorar los testimonios de las hijas de la acusada.

Una de sus hijas, R.d.V.L., manifestó que M. N. era "...malo, medio loco, me tocaba bien abajo. Él era como un violador. Yo tenía 13 años en ese momento. Yo viví con ellos hasta los 22 ó 23...". Agregó que él decía "...que todas las mujeres eran para él y que toda la guita también...". Con acuerdo de partes y a solicitud de la defensa se incorporó por su lectura su declaración prestada en sede instructoria y obrante a fs. 376 de autos. Relató episodios antiguos en los que habría sido víctima de abuso por parte de M. N. y dijo que no se lo contó a nadie porque su padrastro la amenazaba

y que su madre empezó a consumir alcohol cuando lo conoció a M. N. porque él se lo exigía (fs. 569 vta.).

Otra de las hijas, A. V. L. dijo "...hemos vivido muchas cosas feas con M. N., él se tomaba y a la hora que sea teníamos que salir todos afuera de la casa (...) vivíamos una vida sufrida (...) él se quería sobrepasar con nosotras (...) esto nos llevó a que nos fuéramos porque no aguantábamos más vivir así (...) con el tiempo me enteré que la vida seguía igual para mi mamá y para mi hermano M. G. L.".

En este contexto, los argumentos del *a quo* para descartar la existencia de violencia de género no resultan relevantes. Es que el concepto que los vecinos tenían sobre los involucrados no puede contrarrestar el testimonio de las personas que efectivamente vivieron con la pareja y por tanto fueron testigos de la violencia que el occiso ejercía contra la imputada, dada las características de la violencia de género intrafamiliar.

También se advierte la falta de debida diligencia en la investigación de datos que hubieran podido proporcionar pruebas de gran valor.

En efecto, al soslayar por completo el relato de la acusada, que fue sostenido en la investigación, en las pericias y en el juicio en las diferentes oportunidades en que realizó declaraciones, no se realizó ninguna diligencia investigativa acerca de datos de mucha importancia. Si la acusada hizo referencia al rigor del castigo sufrido en otras oportunidades: nariz quebrada, pérdida de dientes, el acusador debió producir alguna medida probatoria porque en su propio cuerpo portaba la evidencia de la violencia.

Como señala la Resolución General N° 1 de Mesecvi, "el hecho de que se reconozca el rol fundamental de la declaración de la víctima no debe menoscabar los esfuerzos para recolectar evidencia médica, siempre y cuando la misma esté disponible" (doc. cit., C, 4).

3.4. El estándar probatorio utilizado.

La Cámara partió de interrogarse "si podía afirmarse, a partir de la prueba incorporada, una situación de violencia de género o una agresión actual capaz de justificar un accionar defensivo por parte de la acusada o de su hijo M. G. L. en favor de su madre".

Por tratarse de una situación eximente de responsabilidad, es errado partir de exigir un estándar probatorio que exija si puede "afirmarse", ya que esto es exigible para la acusación, pero no para la defensa, de acuerdo a la diferenciación que ya hemos efectuado más arriba (ap. IV, pto. 2.3).

Si la Cámara hubiese incorporado el relato en su ponderación y la prueba testimonial omitida, por lo menos hubiese llegado a la duda acerca de la existencia de la violencia de género como trasfondo del episodio que aisló para desechar la justificación por legítima defensa.

Es el contexto soslayado que surge del relato y no destruido por evidencia cierta, el que tenía potencialidad para ponderar la necesidad y proporcionalidad de la defensa, conforme al principio de amplitud probatoria. Para derribarlo con certeza, no podían ser idóneos los testimonios de vecinos ajenos al círculo de interacción social con la pareja y el hijo de la imputada. Menos aún dada la escasa empatía con la acusada, por ser etiquetada como "la vieja loca". El concepto que los vecinos tenían sobre los involucrados no podía contrarrestar el testimonio de las personas que efectivamente vivieron con la pareja y por tanto fueron testigos de la violencia que el occiso ejercía contra la imputada. Estos testimonios no fueron valorados como se ha verificado.

En definitiva, la Cámara al exigir un estándar probatorio para la absolución equivalente a la condena, inobservó el principio de la duda, a la que indefectiblemente se arriba si se incluyen las omisiones de valoración del relato de la imputada y los testimonios de sus hijas (sobre el principio de inocencia y la necesidad de descartar las hipótesis alternativas verosímiles en base a las pruebas disponibles, cf. TSJ Sala Penal, "López", S. N° 119, 03/04/2019; "Gabarro", S. N° 5, 14/02/2020; en sentido contrario, esto es, los casos de hipótesis inverosímiles o empíricamente incontrastables: cf. TSJ Sala Penal, "Gosteli", S. N° 147, 15/04/2019).

4. La interpretación de las exigencias de la legítima defensa.

El error central está desde luego en haber rechazado la violencia de género como consecuencia de los defectos analizados en el punto anterior. Sin embargo, a los efectos de prevenir que se incurra en interpretaciones que en el futura puedan perjudicar la debida motivación se realiza este examen.

La Cámara por mayoría descartó la legítima defensa, pero en la interpretación de la proporcionalidad incurrió en apreciaciones erradas.

En efecto, para la comparación se limitó a comparar las lesiones en la imputada y su hijo con las heridas del muerto. Esto no es correcto en cualquier caso, porque implica requerir una identidad de peligros o daños entre agresión y defensa, que no surge del tenor literal de la fórmula de la legítima defensa. esta exige la "necesidad racional del medio empleado", y,

por tanto, remite a una ponderación de adecuación, proporcionalidad o racionalidad de la defensa, aunque los medios utilizados no sean idénticos a los del agresor.

En casos de violencia de género, es particularmente inadecuado. Ello así porque, por un lado, la proporcionalidad debe ponderarse no solo respecto a la entidad de la violencia al momento del hecho sino que debe considerarse el continum que configura violencia en los términos de la Convención Belem do Pará. Y, por otro, porque no solo es violencia, la violencia física como consideró el tribunal al limitarse a las lesiones que presentaron al momento del hecho la acusada y su hijo.

5. Conclusión.

Se concluye que asiste razón a la defensa y, por los fundamentos proporcionados, se responde afirmativamente a esta Cuestión.

Ello así porque por aplicación del principio in dubio (art. 18 CN, art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no puede descartarse con base en las pruebas mencionadas en la sentencia que la imputada no haya sido víctima de violencia de género de parte de su pareja, de una entidad significativa y en forma continua, ni tampoco que, en el momento del hecho, ante una nueva agresión ella o su hijo hayan actuado realizando el hecho típico en legítima defensa.

Así voto.

El doctor *López Peña* dijo:

Estimo correcta la solución que da la doctora *Tarditti*, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La doctora *Cáceres del Bollati* dijo:

La doctora *Tarditti*, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

2ª cuestión. — La doctora *Tarditti* dijo:

I. En segundo lugar y de manera subsidiaria, plantea que debido a una fundamentación omisiva se arribó a una errónea aplicación de la ley penal sustantiva en lo que concierne a la calificación legal (art. 468 inc. 1 CPP). Ello por cuanto, entiende que en virtud de los fundamentos esgrimidos por el mismo presidente del tribunal, la conducta de A. Q. L. pudo ser encuadrada en el tipo penal que establece el art. 80 último párrafo en función del inc. 1 del mismo artículo, es decir, homicidio calificado bajo circunstancias extraordinarias de atenuación (fs. 592 vta./593).

Tras transcribir la norma mencionada, la fundamentación de motivos y doctrina y jurisprudencia relacionada con la figura, afirma que A. Q. L. fue víctima de violencia en manos de M. N. durante aproximadamente 15 años. En tal sentido destaca que en cada una de las oportunidades que tuvo para ser oída hizo referencias a las carencias, malos tratos, humillaciones, insultos y agravios que sufrió y transcribe parte de sus dichos (fs. 613/614).

A continuación transcribe parte de los dichos de su defendida y alega que si bien cinco de los diez jurados consideraron que no existió prueba suficiente para sostener que A. Q. L. sufrió violencia de género de parte de M. N. —desempatando el presidente en contra de A. Q. L.— sí quedó acreditado para la mayoría que existió un vínculo disfuncional, con una violencia manifiesta, en el que todos participaban y contribuían (f. 614 vta.).

Luego reseña jurisprudencia de la sala referida a la credibilidad que merece la declaración de quien resultara víctima en caso de violencia familiar y destaca que las palabras de su defendida fueron corroboradas por R. L. y A. L. (f. 614 vta.).

Tras ello afirma que tenemos tres declaraciones de quienes sufrieron la violencia desde adentro que concluyeron en un mismo sentido: una violencia sistemática compleja y de larga data que tuvo a A. Q. L. y sus hijos como víctimas. Agrega que los dichos de los vecinos de la canaleta hicieron mención a esta relación enferma y patológica entre M. N. y A. Q. L. y que también coincidieron las conclusiones de la pericia interdisciplinaria (fs. 615 vta.).

Refiere que consecuentemente, aunque el tribunal consideró que ello no alcanzó para que se encuentre acreditada con grado de certeza la violencia de género invocada en la posición exculpatoria, si resultó suficiente —según el mismo presidente lo dejó ver— para demostrar la existencia de circunstancias extraordinarias de atenuación (fs. 615 vta.).

Recuerda que la probabilidad o duda deben necesariamente jugar a favor de A. Q. L. toda vez que si no es posible descartar razonablemente la concurrencia de estas circunstancias atenuantes debe estarse a la posición más beneficiosa para ella (fs. 615 vta.).

Menciona que la desproporcionalidad de la pena fue advertida por cinco de los ocho jurados populares y que si bien esta variante no fue desarrollada por la defensa durante el debate, cabe considerarla aho-

ra porque sí fue prevista por el presidente en su voto pese a lo cual su fundamentación resultó omisiva (fs. 616).

A fin de demostrar el acierto de su crítica, reseña parte de lo sostenido por el *a quo* destacando que el mismo refirió que en el presente caso el dispositivo legal involucrado establece la prisión perpetua y acotó: "aun cuando, en lo personal, considerando la historia vital de los protagonistas, su contexto, sus recursos, entre otras cuestiones, aquella pena me resulte excesiva" (fs. 616).

En conclusión, sostiene, el propio tribunal se encontraba habilitado para encauzar el caso bajo la calificación legal que considerara justa, siendo esta una potestad de los jueces técnicos, sin necesidad de que se tratara de un argumento defensivo. Alega que, teniendo en cuenta la integridad del contexto, si —pese a las incoherencias señaladas— se hubiese insistido en la autoría mediata (posición que finalmente acogieron seis de cinco jurados) aún les estaba autorizado a los jueces técnicos encuadrar legalmente el caso bajo el paraguas que considerase proporcionado (fs. 616 vta.).

Insiste en que pese a barajar esa posibilidad no consideró el cambio de calificación legal, quedando nuevamente su razonamiento carente de fundamento (fs. 616 vta.).

Sostiene que el tribunal omitió valorar la situación de violencia de género de la que era víctima su defendida —o de violencia sistemática y bidireccional, como dijo el presidente— como así también su vulnerabilidad, su escasa posibilidad de hacer frente a la adicción de alcohol propia y de su familia, un nivel intelectual precario, todo lo cual debió contemplase en el encuadre penal y que debería haber sido decisivo a la hora de fijar los hechos (fs. 617).

Critica que el presidente mencionó estás circunstancias pero no las consideró en la calificación legal que finalmente estimó apropiada; su consideración más allá de la literalidad hubiera conducido al encuadramiento de los hechos, dentro del supuesto atenuado del art. 80 último párrafo en función del inc. 1 de la misma norma (fs. 617).

Por todo ello solicita, en subsidio, se anule el fallo de mención debido a la fundamentación omisiva ya que el juez técnico no consideró las circunstancias extraordinarias de atenuación que introdujo en el análisis del caso lo que lo llevó a una errónea aplicación de la ley penal sustantiva (art. 80 último párrafo en función del inc. 1 de la misma norma) y disponga el reenvío a una cámara diferente para que proceda a la realización de un nuevo juicio (fs. 618).

II. En función de lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde declarar abstracto el planteo subsidiario expuesto en presente cuestión.

Así voto.

El doctor *López Peña* dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La doctora *Cáceres de Bollati* dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

3ª cuestión. — La doctora *Tarditti* dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa.

Debido a que el fundamento de esta decisión se asentó en la aplicación del principio in dubio (art. 18 CN, art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el juicio de reenvío se presenta como innecesario ya que solo podría tener como consecuencia la absolución de la imputada.

Por ello, corresponde anular la condena dictada y, en su lugar, absolver a la imputada por el hecho por el que fuera condenada como autora mediata del delito de homicidio calificado por el vínculo (arts. 45, 80 inc. 1° en función del 79 del CP) y condenada a la pena de prisión perpetua, con accesorias legales y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP; 550 y 551 del CPP.)...".

Sin costas en la Alzada, atento el éxito obtenido (arts. 550 y 551 CPP). Así voto.

El doctor *López Peña* dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La doctora *Cáceres de Bollati* dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Penal; resuelve: I. Hacer lugar

al recurso de casación presentado por la defensa y en consecuencia anular la sentencia N° 9, del 27 de abril de 2017, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de 12° Nominación de esta ciudad de Córdoba, por la cual declaró por mayoría a A. Q. L., autora mediata del delito de homicidio calificado por el vínculo (arts. 45, 80 inc. 1° en función del 79 del CP) y la condenó a la pena de prisión perpetua, con accesorias legales y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP; 550 y 551 del CPP). II. En su lugar, corresponde absolver a A. Q. L. por haber obrado en legítima defensa, por aplicación del principio in dubio (arts. 34, inc. 6° CP y 18 CN, art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). III. Sin costas (arts. 550 y551 CPP). Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman este y las señoras Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe. — *Sebastián C. López Peña*. — *Aída L. T. Tarditti.* — *María M. Cáceres de Bollati.*

VIOLENCIA DE GÉNERO

Allanamiento y requisa para la restitución de los efectos personales de la denunciante. Tenencia de arma de fuego. Falta de intención de privilegiar los lazos familiares. Existencia de riesgo.

1. — La información brindada por la denunciante en la oficina de violencia doméstica ocurrió en el marco de la denuncia que decidió radicar en contra de su marido y que como tal tiene por objeto poner en conocimiento de la autoridad la comisión, por parte de su esposo, de un posible ilícito a los efectos de poner en marcha el aparato judicial en procura de su investigación y eventual sanción.

2. — Sin perjuicio de que en el ámbito de las entrevistas en la oficina de violencia doméstica no se haya hecho saber a la denunciante del derecho previsto en el art. 122, inc. a), Cód. Proc. Penal de la Ciudad de buenos —posibilidad de abstenerse de testificar contra su esposo—, lo cierto es que el fundamento de la norma radica en la necesidad de mantener la cohesión de la familia y evitar la encrucijada entre destruirla o mentir; pero en el caso, esa unidad familiar que se tiende a proteger ya aparece quebrada en virtud de las acciones cruzadas que han iniciado las partes y su voluntad manifiesta de no retomar el vínculo.

3. — Toda vez que el resolutorio cuestionado, en cuanto no hizo lugar al allanamiento y requisa solicitados cuyo objeto es la restitución de los bienes personales respecto de los que la denunciante se habría visto privada y el secuestro del arma de fuego que el denunciado tendría en su poder sin autorización, se refiere a medidas precautorias previstas en la ley 26.485, que el recurrente reputa necesarias y urgentes dado el contexto de violencia en que los hechos se habrían desarrollado. Por esa razón, al no tener el pedido aludido una finalidad exclusivamente probatoria, su rechazo es también susceptible de producir un perjuicio irreparable y, por ende, deviene apelable.

4. — Toda vez que tanto la denunciante, como su hija refirieron que el denunciado tenía en su poder un arma de fuego, que guardaría en su mesa de luz. Además, el ANMAC dio a conocer que aquel no se encuentra inscripto como legítimo usuario de armas de fuego en ninguna de sus categorías, puede suponerse el riesgo al que las mujeres pudieran estar expuestas y la necesidad de neutralizar posibles ataques o hacer cesar los riesgos derivados de la comisión de delitos. El revólver cuyo secuestro se pide resulta un instrumento que, eventualmente, aumenta en forma considerable la potencialidad ofensiva del agresor.

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 28/10/2020. - P., F. s/ 181, inc. 1 - usurpación (despojo).

[Cita on line: AR/JUR/61645/2020]

CUIJ: INC. J-01-00034871-2/2020-1

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 28 de 2020.

Vistos:

Motiva la intervención del tribunal el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la resolución dictada con fecha 4 de septiembre de 2020, a través de la cual la *a quo* dispuso: "I. No hacer lugar al pedido de allanamiento y requisa solicitado por el Sr. Fiscal, en el marco de la presente causa N° 13.724/20 del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 16 de la CABA (arts. 108 y concordantes del CPPCABA, a contrario sensu). II. Declarar la nulidad parcial del decreto de determinación de los hechos, en lo concerniente a la imputación por tenencia de arma de fuego, sin la debida autorización legal, formulada por la vindicta pública (art. 189 bis del CP y arts. 71 y concordantes del CPPCABA)".

La recurrente consideró arbitraria tal decisión y sostuvo centralmente que no se había tenido en cuenta el contexto de violencia de género en que los he-

chos investigados habían tenido lugar. En ese sentido, hizo hincapié en las conclusiones de los profesionales de la OFAVyT, que luego de entrevistarse con la denunciante y su hija, señalaron la presencia de indicadores de ese tipo de violencia, particularmente, en su modalidad económica y patrimonial.

Asimismo, en contraposición a lo afirmado por la magistrada de grado, el Ministerio Público Fiscal entendió que se habían reunido elementos de prueba suficientes para demostrar *prima facie* la existencia de los sucesos objeto de la pesquisa. Al respecto mencionó no solo la denuncia formulada por la Sra. S., M. C., que fue conteste con la declaración de su hija, M. L. de L. C., sino también, las entrevistas que han mantenido con ellas tanto personal de la Fiscalía como de la OFAVyT. Además, se refirió a las diligencias encomendadas al personal policial, quienes en primera persona verificaron la negativa del denunciado a abrirle la puerta de su domicilio a la denunciante, que no poseía llave de ingreso porque había sido cambiada, y constataron con vecinos del lugar que reconocían a la Sra. C., como su vecina desde hacía aproximadamente más de dieciséis años. En ese orden, se tuvo en consideración lo informado por la Comisaría 4B y, por otra parte, lo comunicado por la ANMAC.

En suma, la apelante alegó que "el acusado dejó en la calle a la Sra. C., sin previo aviso cambiándole la cerradura de su vivienda, en la que residió durante dieciséis años de su vida y, como si fuera poco, inició una demanda de divorcio unilateralmente, de todo lo cual la señora C., se anotició una vez iniciado el proceso, y cuando quiso retirar sus pertenencias, ya que solo contaba con algunas prendas de vestir, le fue vedado el acceso por parte del denunciado a su propia casa".

A los fines de fundar su pedido de allanamiento y requisa —con el objeto de permitir que la Sra. C., retirara la totalidad de los bienes personales respecto de los que se vio privada, como así también el secuestro del arma de fuego que el denunciado tendría sin autorización, en su mesa de luz— la fiscalía invocó lo dispuesto en los arts. 108, 112 y ctes. del CPP y lo establecido en los términos del art. 26, inc. a.3, a.4, b.1 y b.4, de la Ley 26.485.

En cuanto a la nulidad parcial dispuesta por la *a quo*, respecto de la determinación de los hechos, en relación con la imputación del delito previsto en el art. 189 bis, CP sostuvo que no se había obtenido información relevante para el caso "de manera ilícita" dado que el informe de la OFAVyT al que se refirió la magistrada de grado se encontraba avalado por los reglamentos de funcionamiento del Ministerio Público Fiscal, los que citó en su presentación, entre ellos, la resolución de FG N° 67/2015. Agregó que en el marco específico de violencia dado "la circunstancia de que el denunciado posea o no armas de fuego, es un elemento imprescindible de consulta a toda denunciante, a los fines de identificar los indicadores de riesgo al que la víctima estaría sometida, para luego elaborar el respectivo informe, y con él brindar las medidas de protección que correspondan". Aseguró también que las entrevistas mantenidas por los profesionales de aquella dependencia del MPF con las denunciantes no se rigen bajo la confidencialidad que revisten los tratamientos psicológicos en ámbitos privados.

Finalmente, manifestó que en todo proceso en que se investigan hechos en un marco de violencia de género se impone la razonable necesidad de retirar del poder del acusado las armas de fuego que posea, en tanto constituyen un potencial riesgo para la víctima que tanto el Ministerio Público Fiscal como la totalidad de los operadores judiciales tienen la obligación de evitar.

El Fiscal de Cámara, al contestar la vista que se corrió en los términos del art. 282, CPP, mantuvo el recurso y amplió los fundamentos de su colega de primera instancia.

Cumplidos los pasos y plazos pertinentes, los autos se encuentran en condiciones de ser resueltos.

Considerando:

I. De la admisibilidad

La vía recursiva resulta admisible, pues se han cumplido los recaudos subjetivos y objetivos que habilitan su procedencia.

El apelante cuenta con legitimidad para su deducción y presentó el escrito en tiempo y forma.

Asimismo, la impugnación se dirige contra una decisión que, al decretar una nulidad parcial sobre el decreto de determinación de los hechos, resulta susceptible de ocasionar un gravamen de imposible reparación ulterior (art. 279, CPP).

Se trata en el caso de un auto que no ha sido declarado expresamente apelable por la ley, circunstancia que obliga al impugnante a demostrar ese perjuicio. Al respecto no existe otra vía de reparación que la intentada, por lo tanto, esta resulta la ocasión pertinente para la tutela de los derechos que se expusieron como vulnerados. De otra manera, la decisión de la jueza de grado podría frustrar de modo irremediable la pretensión invocada.

Por otro lado, si bien hemos dicho en reiteradas oportunidades que las decisiones jurisdiccionales vinculadas a la producción o rechazo de diligencias probatorias solicitadas por las partes no habilitan la vía recursiva intentada (ver del registro de esta Sala, c. 43.524-00-CC/2008, "Tubio", rta.: 08/04/2008, entre

muchas otras), el presente caso difiere de tales precedentes.

En efecto, el resolutorio cuestionado, en cuanto no hizo lugar al allanamiento y requisa solicitados cuyo objeto es la restitución de los bienes personales respecto de los que la denunciante se habría visto privada y el secuestro del arma de fuego que el denunciado tendría en su poder sin autorización, se refiere a medidas precautorias previstas en la Ley 26.485, que el recurrente reputa necesarias y urgentes dado el contexto de violencia en que los hechos se habrían desarrollado. Por esa razón, al no tener el pedido aludido una finalidad exclusivamente probatoria, su rechazo es también susceptible de producir un perjuicio irreparable y, por ende, deviene apelable.

II. Sobre el fondo de la cuestión

Según surge de las constancias de autos, las presentes actuaciones se iniciaron con motivo de la denuncia formulada, el 3 de agosto de 2020, por la Sra. S. M. C., contra su marido, Sr. F. P. En esa oportunidad la mujer relató que el 12 de junio de 2020 había sufrido un accidente doméstico que le produjo una quebradura en el tobillo izquierdo, por esa razón se trasladó de manera transitoria al domicilio de su hija, Sra. M., L. D. L. C. Durante el tiempo en que estuvo allí, contó que mantenía contacto con su marido y que él la asistía. Señaló que la última conversación que tuvo con el Sr. P., fue el miércoles 29 de julio del año en curso. Que luego de esa fecha, su marido no respondió más a sus llamados y que, preocupada por su estado de salud, se comunicó con un empleado de este, quien le expresó que aquel se había ido ese fin de semana.

En lo sucesivo, intentó comunicarse con el Sr. P., quién seguía sin responder y, una vez recuperada de la lesión, el 3 de agosto de este año, alrededor de las 14 horas, se presentó en el domicilio donde vivía con su marido —residencia que habían compartido durante 16 años—, sito en la calle ..., PB y PA de esta Ciudad. Al querer ingresar le resultó imposible ya que la cerradura había sido cambiada por el imputado, aprovechándose de su ausencia. Acto seguido, la denunciante tocó el timbre y el Sr. P., le dijo "no podés entrar", "no tenés que estar acá, ya te mandé todas tus cosas, esta no es tu casa" (sic). Por ese motivo se comunicó al comando 911. Se hizo presente personal policial, y ante la información de la damnificada la trasladaron a la Seccional para que formalizara la pertinente denuncia.

Por otro lado, la denunciante hizo saber —ver informe de OFAVyT de fecha 5 de agosto de 2020—, que el Sr. P., tenía un arma que "es un revólver, con tambor, está en su mesita de luz", lo que también fue relatado telefónicamente ante la Fiscalía PCyF N° 36 y confirmado por los dichos de su hija, M. L., quien refirió haber visto el arma de fuego —cfr. informe del investigador de fecha 31 de agosto de 2020—.

La fiscalía subsumió los hechos en los tipos penales de usurpación y tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil (arts. 181, inc. 1, CP y 189 bis, CP). Además, por las particularidades del caso y las conclusiones de los informes elaborados por los profesionales de la OFAVyT, enmarcó el suceso en un contexto de violencia de género, conforme las previsiones establecidas por la Ley Nacional N° 26.485. El acusador público refirió que "las características que se desprenden de los hechos relatados por la víctima dan cuenta de actos de violencia patrimonial, basados en el género y que (...) se dan en una relación desigual de poder entre víctima y victimario" —cfr. decreto de determinación de los hechos—.

Durante las entrevistas que mantuvo la denunciante con el equipo especializado en violencia de género manifestó que no era su deseo volver a vivir en el domicilio de la calle ..., PB y PA de esta Ciudad, pero necesitaba recuperar elementos personales y laborales que se encontraban dentro (cuyo listado fue especificado por la Fiscalía actuante por medio de la certificación del 21 de agosto de 2020).

Frente a este escenario, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó al juzgado interviniente que se llevase a cabo el allanamiento del inmueble aludido con el objeto de proceder a la búsqueda y secuestro de toda arma de fuego y/o municiones, la documentación relativa a esos elementos y se dispusiese el ingreso de la Sra. C., acompañada por personal policial para la restitución de los efectos personales detallados en la certificación mencionada. También peticionó la requisa del imputado y la prohibición de compra y venta de arma de fuego.

La magistrada de grado a través de la decisión de fecha 4 de septiembre de 2020 no hizo lugar a las medidas solicitadas. Sumado a lo anterior, declaró de oficio la nulidad parcial del decreto de determinación de los hechos en función de la imputación realizada respecto del tipo penal del art. 189 bis, CP. Contra estos pronunciamientos, la fiscalía interpuso el recurso de apelación aquí bajo tratamiento.

Por una cuestión de orden y sistematicidad —dado que la solicitud de allanamiento y requisa rechazada no solo se ha orientado a la restitución de efectos personales de la denunciante, sino también, al secuestro del arma de fuego que el imputado tendría en su poder— se analizará inicialmente el planteo dirigido contra la nulidad decretada respecto de la imputación del tipo penal del art. 189 bis, CP y luego, se examinará el rechazo de las medidas mencionadas, pues la

resolución de esa primera cuestión podrá influir en el alcance de la segunda.

a. De la declaración de nulidad parcial del decreto de determinación de los hechos, en lo concerniente a la imputación por tenencia de arma de fuego sin la debida autorización legal (art. 189 bis, inc. 2, 1° párr., CP).

La magistrada de grado declaró de oficio la nulidad parcial del decreto de determinación de los hechos en lo que hace, específicamente, a la atribución de la tenencia ilegítima de un arma de fuego.

Para decidir en ese sentido entendió que el dato acerca de que el Sr. P, supuestamente guardaría un revólver en su mesa de luz se obtuvo de manera ilícita durante la entrevista que mantuvo la denunciante con el personal del Equipo de Intervención Domiciliaria del MPF, puesto que no se habían observado las normas procesales que rigen la materia. Puntualmente, la *a quo* consideró que no se le había hecho saber a la denunciante la facultad de abstenerse de dar información en contra de su cónyuge, prevista en el art. 122, inc. a, CPP y que se violó el deber de confidencialidad que requieren ese tipo de entrevistas. También, señaló que ese asunto por el que fue interrogada la Sra. Costa no guardaba relación con el objeto de investigación de esta causa.

En definitiva, afirmó que se habían afectado en forma palmaria las garantías del debido proceso legal y de la defensa en juicio.

Cabe recordar que el postulado rector en lo que se refiere a las nulidades es el de la conservación de los actos y prima un criterio de interpretación restrictiva. La procedencia de esa clase de planteos impone, en cada caso en particular, la verificación no solo del perjuicio que generaría el vicio formal sino, también su carácter irreparable, extremos que no se advierten en el *sub lite* (1).

En principio, tal como indica la fiscalía, "no existe el deber de confidencialidad referido en la entrevista de la OFAVyT —con la dimensión que alega la magistrada, esto es, entre dicha dependencia y la Fiscalía actuante—, ya que, por el contrario, esta oficina especializada se encuentra inmersa dentro de la estructura del propio MPF y cumple una función de ingreso de información al proceso —entre muchas otras funciones—, partiendo del contacto directo con profesionales que cuentan con mejores herramientas para efectuar estas entrevistas. Así ha sido establecido en la Res. FG N° 67/15 (…) y en las sucesivas resoluciones que reglamentaron aquella Oficina" —cfr. dictamen de la Fiscalía de Cámara—.

En autos, las manifestaciones de la Sra. C., están ligadas al caso bajo estudio, particularmente, con el riesgo al que podría encontrarse expuesta dado que los sucesos que denunció habrían tenido lugar en un contexto de violencia de género, en el que aquella sería víctima —esto de conformidad con la teoría del caso elaborada por el titular de la acción sobre la base de las declaraciones de la Sra. C. y su hija, M. L. D. L. C. y las conclusiones a que arribó el equipo especializado en violencia de género—. Así, la información por ella brindada a los profesionales mencionados ocurrió en el marco de la denuncia que decidió radicar en contra de su marido y que como tal tiene por objeto poner en conocimiento de la autoridad la comisión, por parte del Sr. P., de un posible ilícito a los efectos de poner en marcha el aparato judicial en procura de su investigación y eventual sanción. De la misma manera, en consideración de la hipótesis del acusador público en el sentido de que se está ante un supuesto de violencia de las características apuntadas, la expectativa de la declarante también ha de estar orientada a recibir la debida protección de sus derechos.

El MPF señala, en ese orden, que "en un caso en el que existe un conflicto de violencia contra la mujer (…) resulta crucial conocer la derivación de eventuales y posibles riesgos que se presentan sobre la agresión primigenia y sobre la relación conflictiva (…)" y que "la Res. FG 531/12 y sus anexos establecen cuáles son los indicadores de riesgo sobre los cuales deben interrogarse a las víctimas para poder valorar adecuadamente la situación de vulnerabilidad en la que se hallan, y entre esos indicadores, se encuentra la tenencia de arma de fuego o no, por parte del denunciado" —cfr. escrito de apelación y dictamen de la Fiscalía de Cámara—.

Ahora bien, sin perjuicio de que en el ámbito de esas entrevistas no se haya hecho saber a la denunciante del derecho previsto en el art. 122, inc. a, CPP, lo cierto es que el fundamento de la norma citada radica en la necesidad de mantener la cohesión de la familia y evitar la encrucijada entre destruirla o mentir (2); pero en el caso esa unidad familiar que se tiende a proteger ya aparece quebrada en virtud de las acciones cruzadas que han iniciado las partes del presente conflicto y su voluntad manifiesta de no retomar el vínculo. Al respecto, del incidente se desprende no solo la existencia de la denuncia formulada por la Sra. C., contra su esposo por el supuesto despojo de la vivienda en que aquellos residían —proceso iniciado en razón de la posible comisión del delito de usurpación— sino, también, la demanda de divorcio presentada unilateralmente por aquel en el fuero civil, lo que demuestra a las claras la falta de intención de privilegiar los lazos familiares por sobre la injerencia del Estado, requerida exclusivamente por ellos mismos para resolver sus asuntos.

En efecto, más allá de la inobservancia de las formas no se advierte cuál sería el perjuicio concreto que la ausencia de invocación de esa facultad le habría ocasionado a la denunciante.

De la misma manera, la información cuestionada —existencia de un arma de fuego en poder del denunciado— también se pudo conocer a partir de los dichos de la Sra. M. L. D. L., hija de la denunciante, quien en fecha 31 de agosto de 2020 en una comunicación telefónica con la fiscalía refirió haber visto el arma de fuego en el mismo lugar indicado por su madre.

Por lo demás, tampoco se advierte por qué ni en qué medida se habría afectado el derecho de defensa, puesto que no se desprende del expediente que el imputado —aún no citado en los términos del art. 161, CPP— no hubiera podido o no pudiera defenderse. Antes bien esa manifestación de la *a quo* parece tratarse de una mera afirmación abstracta sin ningún agravio concreto vinculado con el caso.

Finalmente, resta indicar que el decreto formulado con fecha 01/09/2020 cumple con todos los requisitos formales previstos en el art. 92 CPP y, además, precisa el objeto de la investigación de conformidad con el principio de determinación previsto en el art. 13, inc. 3, de la Constitución de la CABA.

Por todo lo expuesto, consideramos que corresponde revocar la nulidad parcial decretada respecto de ese acto.

b. En lo relativo al rechazo de la solicitud de allanamiento y requisa

El fiscal interviniente solicitó el allanamiento respecto del inmueble ubicado en la calle ..., de esta Ciudad a fin de proceder a la búsqueda y secuestro de toda arma de fuego y/o municiones que allí pudieran encontrarse y la documentación relativa a dichos elementos. También, con el objeto de permitir el ingreso al lugar de la denunciante para que pudiera retirar los efectos personales y laborales que se detallaron. Igualmente, pidió que se dispusiera la requisa del imputado F. P., como de toda otra persona que pudiera encontrarse en el interior del domicilio indicado, a fin de verificar la eventual portación entre sus efectos personales o adheridas a su cuerpo de una o más armas de fuego o réplicas de ellas. Todo ello sobre la base de lo dispuesto por los arts. 108, 112 y ctes. del CPP y 26, inc. a.3, a.4, b.1 y b.4, de la Ley 26.485.

La magistrada de grado no hizo lugar a esas medidas en el entendimiento de que no existían elementos probatorios suficientes para considerarlas procedentes. En su resolución expresó que la fiscalía "no había certificado de manera previa y pormenorizada el expediente N° 27.856/2020 "P., F. H. c. C., S. M. s/ divorcio" de trámite por ante el Juzgado Civil N° 38", lo que podría haber brindado una mejor explicación acerca del motivo del conflicto existente entre las partes. Sumado a lo anterior, consideró necesario determinar de modo fehaciente la titularidad del inmueble en cuestión "para tener por acreditada la hipótesis delictiva propuesta por el fiscal" —cfr. decisión de fecha 04/09/2020—.

Contrariamente a lo manifestado por la *a quo*, de acuerdo con las pruebas en las que se basa la petición fiscal, el hecho de la usurpación resulta verosímil en el presente caso.

En efecto, tal como se enumeró anteriormente, se cuenta con la denuncia formulada por la Sra. S. M. C.; la declaración de su hija, M. L, de L. C., que coincide con lo relatado por ella; las entrevistas que han mantenido con el personal de la Fiscalía y de la OFAVyT; los informes elaborados por esa dependencia y el equipo especializado en violencia de género; el testimonio del Oficial Primero R. S. de la Policía de la Ciudad —quien fue desplazado el día del hecho al domicilio de la calle ..., de esta Ciudad y constató que la Sra. C., no pudo ingresar—; el acta circunstanciada del lugar del suceso. Se encuentra agregado al expediente, además, el sumario policial de actuación N° 472438 en que figuran las diligencias encomendadas al personal policial, entre ellas, las entrevistas que se efectuaron a personas domiciliadas en las cercanías de la vivienda en cuestión quienes fueron identificadas como C. O. y N. A., que dijeron conocer a la denunciante como vecina del lugar y señalaron que aquella residía en la finca aludida desde hacía muchísimos años. También, resulta relevante lo comunicado por la ANMAC el 01/09/2020 acerca de que el Sr. F. P., no se encuentra inscripto como legítimo usuario de armas de fuego en ninguna de sus categorías ante este organismo. Cabe agregar que la fiscalía ha dejado constancia de las averiguaciones llevadas a cabo con relación a la demanda de divorcio presentada por el imputado de manera unilateral y sin aviso a la denunciante. En efecto, obra agregada con fecha 03/09/2020 una certificación sobre una comunicación mantenida con la secretaría del Juzgado Nacional en lo Civil N° 38, por medio de la cual informó que el Sr. P, inició una demanda de divorcio, y que el trámite del asunto —carátula "P. F. c. C. S. M. s/ divorcio" y N° de causa 27.856/20— era reservado. Asimismo, y sin perjuicio de ello, fue certificado por el Jefe de Despacho del Juzgado de mención vía correo electrónico a la casilla oficial de una colaboradora de la Fiscalía, que dicho proceso se inició con fecha 5 de agosto de 2020 y el mismo día se emitió orden de vista a la Sra. C,. Agregó que fueron los únicos actos procesales realizados, y que ese proceso no registraba vinculación alguna con

otros expedientes conexos en trámite. Esa maniobra para el acusador público se presenta compatible con el "accionar disvalioso de cambiar la cerradura del hogar conyugal de manera clandestina".

Ahora bien, en lo relativo al delito de usurpación objeto de la pesquisa, a diferencia de lo que sostiene la jueza de grado en cuanto a que "para tener por acreditada la hipótesis delictiva propuesta por el fiscal resulta necesario determinar (…) la titularidad del inmueble en cuestión", cabe remarcar que la figura penal tutela la simple tenencia de un inmueble. En palabras de Creus (con cita a Soler) "el delito de usurpación podría ser cometido, por lo tanto, por el propietario contra el simple tenedor, aunque aquel pudiera prevalerse de un interdicto de recobrar o pudiese tener éxito en una acción civil de despojo […]" (3).

Por otro lado, en la instancia procesal en la que nos encontramos no se exige un examen de certeza respecto de la existencia del hecho ilícito. En autos, la Sra. C., denunció que fue despojada —a través del cambio de la cerradura y aprovechando el presunto autor que ella no se encontraba en el lugar— de la tenencia que ejercía sobre la finca aludida, en la que vivía con su marido desde hacía aproximadamente 16 años, cuya propiedad —refiere— le pertenece a él y a la que no pudo volver a ingresar. En efecto, puede sostenerse que están siendo investigados hechos en principio típicos en los términos del art. 181, inc. 1, CP y esto, se encuentra demostrado con el grado de probabilidad necesaria en este estadio, a partir de los elementos de convicción que se han detallado supra.

Ante este panorama y teniendo en consideración que de los informes confeccionados por la OFAVyT se desprende el marco de violencia de género en que los sucesos se han desarrollado, cabe concluir que resultan de aplicación en el caso las previsiones de la Ley 24.685 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, a la que ha adherido la Ciudad de Buenos Aires mediante la Ley 4203).

Al respecto, el art. 16, CPP indica que: "Los/as Jueces/ zas en lo Penal, Contravencional y de Faltas son competentes para el dictado de las medidas previstas en el artículo 26, incisos a) y b) de la Ley 26.485".

En la ley mencionada se establece un catálogo de medidas preventivas tendientes a resguardar la integridad física y psíquica de la víctima de actos de violencia de género. Concretamente, el art. 26 establece que "durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas (…)", entre ellas: "a.3. Ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si esta se ha visto privada de los mismos"; "a.4. Prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión" y "b.4. Ordenar a la fuerza pública, el acompañamiento de la mujer que padece violencia, a su domicilio para retirar sus efectos personales".

Aquí vale tener presente que la denunciante expresó que no era su deseo volver a vivir en el domicilio en cuestión, pero necesitaba recuperar elementos personales y laborales que se encontraban dentro (cuyo listado fue especificado por la Fiscalía actuante por medio de la certificación de fecha 21/08/2020). A su vez, en su entrevista con la OFAVyT, afirmó que tenía miedo "…de lo que [el imputado] haga con mis cosas, con las cosas de mi hija…" (cfr. informe de OFAVyT del 25 de agosto de 2020).

Asimismo, cobra relevancia que, en dos oportunidades, la denunciante concurrió acompañada de personal policial a la vivienda, pero no fue posible que retirara sus bienes personales pues, en la primera visita, el denunciado no se encontraba en el lugar, y en la segunda, se negó a abrir la puerta (cfr. sumario policial N° 472438).

En virtud de todo lo expuesto y habiéndose intentado una vía menos lesiva que la solicitada para que la Sra. C, pudiera recuperar sus efectos personales, la que resultó infructuosa, se impone la revocación de la decisión impugnada al respecto.

De la misma manera, y sin perjuicio de que la OFAVyT haya catalogado la violencia indicada en su modalidad patrimonial, de las constancias del expediente surge, también, de la declaración de M. L. D. L. C. —del 03/08/2020 en comisaría— que el 10 de mayo del presente año, siendo aproximadamente las 18:00 h., en momentos en que se encontraba en el domicilio de su madre tuvo una discusión con el Sr. P. Que, a raíz de ello, él la agarró del cuello y le dio un golpe de puño en el rostro. En el momento, la deponente aportó fotos a través de las que se pudo observar las marcas que le quedaron —cfr. testimonio asentado en el acta de fecha 03/08/2020—. Estos hechos fueron narrados igualmente por la denunciante en una entrevista con la fiscalía en fecha 07/08/2020.

Como ya se indicó, tanto la Sra. C., como su hija refirieron que el denunciado tenía en su poder un arma de fuego, que guardaría en su mesa de luz. Además, el ANMAC dio a conocer que aquel no se encuentra inscripto como legítimo usuario de armas de fuego en ninguna de sus categorías.

Estos elementos objetivos llevan a suponer el riesgo al que las mujeres pudieran estar expuestas y la necesidad de neutralizar posibles ataques o hacer cesar los riesgos derivados de la comisión de delitos. El revólver cuyo secuestro se pide resulta un instrumento que, eventualmente, aumenta en forma considerable la potencialidad ofensiva del agresor.

Sobre el particular, debe destacarse el compromiso que asumió el Estado Argentino en materia de género. Así, la Ley nacional N° 26.485 dispone los deberes centrales del Estado frente a mujeres que han sido víctimas de violencia de género. Estas reglas siguen lo establecido tanto en la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" (Convención de Belém do Pará) como en la "Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer" (CEDAW).

En efecto, por las razones expuestas también consideramos que corresponde revocar la resolución apelada en este punto y, en consecuencia, autorizar el allanamiento y requisa solicitados con el fin de secuestrar el arma de fuego que el denunciado tendría sin autorización. En esa misma línea, resulta razonable disponer la prohibición para que el Sr. P., compre y tenga armas de fuego en su poder.

Habiendo concluido el acuerdo, el tribunal resuelve: I. Hacer lugar al recurso interpuesto, revocar la resolución de dictada con fecha 4 de septiembre de 2020 en todo cuanto fue materia de agravio y, en consecuencia, Ordenar al juez de grado el libramiento de orden de allanamiento y requisa para retirar del inmueble ubicado en la calle ..., de esta Ciudad, exclusivamente, aquellos efectos que presumiblemente se correspondan con los personales de la Sra. S. M. C., y, proceder a la búsqueda y secuestro de toda arma de fuego y municiones que allí pudieran encontrarse, así como la documentación relativa a dichos elementos. II. Disponer la prohibición de que el imputado compre y tenga en su poder armas de fuego, cursándose las notificaciones correspondientes. Tómese razón, notifíquese a las partes intervinientes y oportunamente devuélvase el legajo a primera instancia. Sirva lo proveído de atenta nota de envío. — *Fernando Bosch. — Pablo A. Bacigalupo. — Jorge A. Franza.*

(1) Cfr. del registro de esta Sala II, N° 6611-00-CC/2007, "González", rta.: 27/11/2007; N° 920-01-CC/2016, "A., F. N. s/ art. 149 bis, CP", rta. 02/08/2017; entre muchas otras.

(2) Sobre el particular, ver De Langhe, M./Ocampo, M., Código Procesal Penal de la CABA, T. 1, Hammurabi, p. 402.

(3) Creus, Carlos, Derecho penal. Parte especial, 6ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, T. 1, p. 558. Ver también Núñez, Ricardo, Manual de derecho penal. Parte especial, 4ª ed. Actualizada por Víctor Félix Reinaldi, Córdoba, Lerner, 2009, pp. 353-354. Cfr. del registro de esta Sala II, N° 6592-01-CC/15, "Incidente de restitución en autos 'BUDA, Antonio Marcelo y otros s/ inf. art. 181, inc. 1, CP", rta. 13/03/2017; N° 4471-01-2014, "Saferstein", rta. 08/05/2017, entre otras.