RDP

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

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

Junio 2021 | 6

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 mayo 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

Junio 2021 | 6

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

Derecho penal y legado autoritario. Una aproximación desde los aportes de Daniel Hellinger
Víctor Hugo García 3

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

"Cuestiones actuales del derecho penal médico"
Noelia Jazmín Charchaflie 13

EJECUCIÓN PENAL

Cárcel y pandemia. Una mirada desde la condición de las cárceles y las medidas aplicadas en pos de frenar la propagación y el contagio del COVID-19
Olivia Raquel Irala González 21

JUSTICIA JUVENIL

Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil
Jaime Couso 31

ACTUALIDADES

Actualidad en Jurisprudencia de la Justicia de Menores 1/2021
Martiniano Terragni 43

JURISPRUDENCIA

TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES
Perspectiva de género. Violencia económica. Situación de vulnerabilidad. Hija que debía recibir una cirugía. Absolución 55

FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL
Desistimiento de la impugnación. Ausencia de fundamentación. Nulidad 66

PRISIÓN DOMICILIARIA
Derecho a la salud del acusado. Pedido de realización de actividad física dentro del edificio donde reside. Recurso de casación. Requisitos. Inadmisibilidad 69

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA
Delito penal tributario. Obtención fraudulenta de beneficios fiscales. Aplicación de las leyes más beneficiosas para el imputado 72

PRISIÓN DOMICILIARIA
Emergencia sanitaria. Ausencia de situación de riesgo. Rechazo 77

EXCARCELACIÓN
Rechazo. Recurso de casación. Inadmisibilidad 80

TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES
Arribo de la sentencia condenatoria a través de un juicio abreviado. Validez 83

TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES
Juicio abreviado. Escala penal. Transcurso del tiempo. Conducta del imputado. Interpretación en equidad. Disidencia..... 88

SOBRESEIMIENTO
Recurso de casación. Falta de fundamentación. Inadmisibilidad 96

RECURSO DE CASACIÓN
Requisitos de la expresión de agravios. Mera discrepancia con lo decidido. Existencia de doble conformidad judicial. Ausencia de cuestión federal. Rechazo. Disidencia..... 97

RECURSO DE CASACIÓN
Requisitos de la expresión de agravios. Fundamentación suficiente. Cuestión federal. Procedencia parcial. Disidencia parcial..... 98

PRISIÓN DOMICILIARIA
Estado de salud del imputado. Emergencia sanitaria. Ausencia de peligro concreto en su salud. Atención médica adecuada en la unidad penitenciaria. Rechazo. Disidencia..... 99

RECURSO EXTRAORDINARIO
Requisitos. Inadmisibilidad. Disidencia..... 101

RECURSO DE CASACIÓN
Requisitos de la expresión de agravios. Mera discrepancia con lo decidido. Existencia de doble conformidad judicial. Ausencia de cuestión federal. Rechazo. Disidencia..... 102

RECURSO DE CASACIÓN
Consideración de las circunstancias existentes al momento de su tratamiento 103

RECURSO DE CASACIÓN
Requisitos. Existencia de sentencia definitiva o equiparable. Existencia de cuestión federal. Denegación 104

RECURSO DE CASACIÓN
Requisitos. Existencia de sentencia definitiva o equiparable. Existencia de cuestión federal. Denegación 104

RECURSO DE REVISIÓN
Finalidad. Requisitos. Iniquidad manifiesta. Cuestionamiento de una multa. Inadmisibilidad 105

RECURSO DE CASACIÓN
Requisitos. Existencia de sentencia definitiva o equiparable. Existencia de cuestión federal. Denegación 106

RECURSO DE CASACIÓN
Requisitos de la expresión de agravios. Mera disconformidad. Existencia de doble conformidad judicial. Inadmisibilidad. Disidencia 107

CUMPLIMIENTO DE LA PENA
Necesidad de resolver los recursos conforme las circunstancias existentes al momento de su tratamiento. Concesión de la libertad condicional. Cuestión abstracta 108

REINCIDENCIA
Apartamiento del acuerdo abreviado. Pronunciamiento *ultra petita.* Disidencia 108

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES
Valoración crítica de la prueba. Determinación de la pena. Unificación de la pena. Decomiso. Reincidencia. Deber de fundamentar las sentencias. Anulación de la absolución 112

EXCARCELACIÓN
Asociación ilícita que organizaba secuestros extorsivos. Posibilidad de eludir el accionar de la justicia. Rechazo. Recurso de casación. Inadmisibilidad 132

RÉGIMEN PREPARATORIO PARA LA LIBERACIÓN
Instituto aplicable para imputados de determinados delitos. Criterio del legislador. Gravedad de los hechos enrostrados. Progresividad del régimen penitenciario. Disidencia 134

CONTRABANDO DE IMPORTACIÓN DE ESTUPEFACIENTES
Intervención dolosa. Conocimiento del material secuestrado. Rol asumido en el evento delictivo. Recepción del material 141

SOBRESEIMIENTO
Investigación agotada. Disidencia 148

LIBERTAD ASISTIDA
Comercialización de estupefacientes. Informes interdisciplinarios. Posibilidad de riesgos. Rechazo 153

SANCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ÁMBITO CARCELARIO
Pelea entre dos internos. Control judicial. Validez. Disidencia 157

EXCARCELACIÓN
Gravedad de los hechos enrostrados. Rechazo 166

INSOLVENCIA FISCAL FRAUDULENTA
Estado de sospecha. Imposibilidad de llevar un confronte entre los patrimonios. Sobreseimiento 169

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE
Extinción de la acción. Rechazo. Recurso de casación. Inadmisibilidad. Disidencia 177

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA
Competencia. Incumplimiento de medidas sanitarias que comprometen intereses de carácter federal 180

HURTO AGRAVADO
Vehículo dejado en la vía pública. Bicicleta. Procesamiento 183

DEFRAUDACIÓN POR DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS
Actos defraudatorios en perjuicio de quien adquirió lotes en un barrio cerrado. Procesamiento de un abogado y de un notario 184

DEFRAUDACIÓN INFORMÁTICA
Utilización ilegítima de datos de la víctima para solicitar un préstamo bancario. Procesamiento 188

PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN
Facultad del imputado de no someterse a una pericia psicológica o psiquiátrica. Derecho constitucional. Principio de incoercibilidad 189

ACCIDENTE DE TRABAJO
Incendio de buque. Fallas en la seguridad técnica. Responsabilidad de la ART 190

COMPETENCIA
Utilización fraudulenta de la clave fiscal para emitir facturas ante los registros de la AFIP. Actuaciones que se deben remitir a la justicia federal 195

COSTAS EN EL PROCESO PENAL
Sobreseimiento de los imputados. Exención sin fundamento hacia la parte vencida. Nulidad 196

PROCEDIMIENTO PENAL
Imputada que reside en la República Federativa de Brasil. Declaración indagatoria materializada mediante videoconferencia 197

ENCUBRIMIENTO
Receptación de objeto a sabiendas de su procedencia ilícita 199

CONCILIACIÓN PENAL
Falta de escucha de las partes intervinientes en el proceso. Derechos de la víctima. Disidencia 205

VIOLENCIA INFANTIL
Interés superior del niño. Reintegro de los menores a su hogar 210

ABUSO SEXUAL INFANTIL
Relato de la víctima. Dictamen profesional. Cámara Gesell 217

ABUSO SEXUAL INFANTIL
Perspectiva de género. Agravios que ya tuvieron tratamiento 221

DOCTRINA

Derecho penal y legado autoritario

Una aproximación desde los aportes de Daniel Hellinger

Víctor Hugo García (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Contexto histórico.— III. Literatura empleada.— IV. Análisis.— V. Conclusión.

I. Introducción

La caída de la monarquía española, con la invasión de la península llevada a cabo por Napoleón I, posibilitó que la ciudad capital del entonces Virreinato del Río de la Plata constituyera un órgano de gobierno propio, comenzando el proceso de independencia de la actual República Argentina. Esto trajo el debate entre conservadores y liberales sobre la estructura dejada por el modelo colonial y, dentro de esta, su legislación.

Aunque el proceso ha sido ya extensamente abordado por varios autores **(1)**, resulta interesante ponerlo bajo examen haciendo uso de los conceptos fundamentales utilizados por el profesor de Relaciones Internacionales de la Universidad de Webster y miembro asesor del *Center of Democracy in the Americas,* Daniel Hellinger, a fin de tener otra visión del desarrollo estructural de las instituciones latinoamericanas desde su independencia hasta nuestros días.

Dicho examen proporcionará, a su vez, la oportunidad de contrastar tal posición con las de otros autores latinoamericanos que analizaron dicho desarrollo tratando de hallar, en él, las razones para explicar su (in)completitud. Seguidamente, entonces, será de gran utilidad referirse a la obra de Agustín Ferraro y Miguel Centeno y su conceptualización de los "Leviatanes de papel", así como a las denominadas *brown areas* de Guillermo O'Donnell.

Finalmente, luego de estas visiones panorámicas sobre los procesos en Latinoamérica, las preguntas específicas sobre nuestro país que guiarán el presente trabajo serán entonces las siguientes:

Dentro de estos procesos de construcción del Estado moderno y en materia de derecho penal, ¿cambió la función de las leyes coloniales?

Las subsecuentes leyes sancionadas por los gobiernos argentinos, a su turno, ¿introdujeron cambios sustanciales?

Tras el análisis de algunos aspectos de la obra del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eugenio R. Zaffaroni, y del recientemente fallecido Dr. Julio B. J. Maier, la Conclusión tratará de acercarse a una respuesta a tales interrogantes.

(*) Procurador y abogado por la Universidad de Buenos Aires con orientación en Derecho Penal y Derecho Internacional Público. Becario de la Agencia Sueca Internacional de Cooperación al Desarrollo (*Styrelsen för Internationellt Utvecklingssamarbete* y *Stockholms Universitet*). Realiza, asimismo, la Diplomatura en Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional José Clemente Paz (Argentina). El ensayo parte de una investigación realizada para el curso "Movimientos sociales y políticos latinoamericanos" (*Sociala och politiska rörelser i Latinamerika*), perteneciente a la Institución para Estudios Globales (*Institutioner för Globala Studier*) de la Universidad de Gotemburgo (enero-julio de 2018) y de posteriores trabajos en el marco del Máster en Estudios Latinoamericanos que el autor cursa, desde 2018, en las Universidades de Estocolmo y de Salamanca.

(1) Véase, por ejemplo: LEVAGGI, Abelardo, "Historia del derecho penal argentino", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1978.

II. Contexto histórico

Hacia el fin del siglo XVIII en Europa, en medio del período que se conoce como "Iluminismo", la incertidumbre legal creada por la proliferación de posturas doctrinales discordantes y sentencias contradictorias llegó a su fin con el proceso de codificación, el cual oponía a esta carencia absoluta de seguridad jurídica la opinión de que códigos científicamente respaldados y democráticamente legitimados eran, por esto, más convenientes **(2)**. Autores como Peter van den Berg estudiaron ampliamente este período; en su caso particular, podemos encontrar un excelente ejemplo de investigación tanto sobre los procesos de construcción del Estado moderno y de centralización legislativa como de las subsecuentes luchas políticas con los sectores de la sociedad que querían mantener sus privilegios con la permanencia en el sistema estamental del "Antiguo Régimen" **(3)**.

A su vez, y tras 300 años de dependencia, en el inicio del siglo XIX varios sectores de los Virreinatos españoles de Latinoamérica comenzaron a pujar por la formación de órganos de gobierno que les permitieran sortear las barreras político-económicas impuestas por el Imperio Español. Factores como el surgimiento de las Revoluciones Francesa y Norteamericana contribuyeron a posibilitar la constitución de dichos órganos **(4)**.

Tras la denominada *Primera Junta* (1810), los gobiernos argentinos quemarán, de forma simbólica, los elementos de tortura de la Inquisición (1813) **(5)**, declararán la independencia (1816) y se darán una Constitución (1853). Sin embargo, la adaptación de sus leyes en materia penal será obstaculizada por sucesivos conflictos internos.

En este contexto, una de las fuentes legales más importantes eran las *Partidas* de Alfonso X, El Sabio, del año 1263 **(6)** y, no obstante la inspiración liberal de algunos de los que más fuertemente abogaron por la constitución de una Junta de Gobierno en 1810, los sectores más conservadores (que luego constituirían a los *federales* y sus variantes) abogaron por la continuidad de la vigencia de dicha legislación.

El posterior advenimiento de gobiernos autodenominados liberales (*unitarios*) traerá a debate proyectos como el de Guret Bellemare **(7)** (1822). Sin embargo [y a pesar de su supuesto carácter *medieval* **(8)**], también estos terminarán empleando dichas leyes.

(2) HESPANHA, Antonio M., "A cultura jurídica europeia. Síntese de um milenio", Ed. Almedina, Coimbra, 2018, p. 500.

(3) VAN DEN BERG, Peter A., "The politics of european codification. A history of the unification of law in France, Prussia, the Austrian Monarchy, and the Netherlands", Europa Law Publishing, Groningen, 2007. Además de conocerse los casos de la modernización que llevaron a cabo Federico II de Prusia y Anselm von Feuerbach en Baviera (aboliendo directamente la tortura o dictaminado en su contra en 1740 y 1806, respectivamente), es de reciente aparición la traducción y el examen de la decisión a través de la cual, ya en 1772, Gustav III abolió la tortura en el Reino de Suecia. Véase: GARCÍA, Víctor-Hugo, "*Schwedisches requiem*: A (casi) 250 años de la abolición de la tortura en Suecia", *Ícaro. Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro*, año 15, nro. 11, 2021.

(4) HELLINGER, Daniel, "Comparative politics of Latin America: democracy at last?", Routledge, New York, 2015, p. 107.

(5) "La Asamblea General ordena la prohibición del detestable uso de los tormentos, adoptados por una tirana legislación para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes; en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo, antes del feliz día 25 de mayo, los instrumentos destinados a este efecto". Véase "Acta de la Asamblea del año XIII (21 de mayo 1813)".

(6) ZAFFARONI, Eugenio R., "La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo", ponencia presentada en el Congreso Internacional Cesare Beccaria y la Política Criminal Moderna, celebrado en Milán, Italia, los días 15 a 17 de diciembre de 1988, p. 527.

(7) PICCIRILLI, Ricardo, "Guret Bellemare. Los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires", en *Conferencias y Comunicaciones*, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1942, vol. 3.

(8) No obstante ser consideradas atrasadas por el solo hecho de haber surgido durante la Edad Media, un sector de la doctrina alemana destaca la proyección moderna de las Leyes de Partidas a través de la influencia sobre, entre otros instrumentos, la legislación del Sacro Imperio Romano Germánico: "Asimismo, se considera plausible una cierta influencia del único Código Penal elaborado del Medioevo europeo, la Partida Séptima de Castilla del siglo XIII, con 363 artículos 'que habla de todas las acusaciones y malfetrías que los hombres hacen por las que merecen recibir pena' y que alcanzó en el XVI, el cénit de autoridad, pues tanto la sucesión de los Habsburgo alemanes en Castilla a partir de 1506 como los consejeros castellanos de Carlos V y varias similitudes en las lógicas penales y

Por esto, aunque luego buscarán la *modernización* en esta materia a través de la sanción de sendos Códigos, se verá, este hecho no cambiará la función del derecho penal en un país *periférico* **(9)**.

III. Literatura empleada

En el capítulo IV del libro *Comparative politics in Latin America*, Daniel Hellinger señala cómo la independencia de las naciones latinoamericanas no hizo mucho por cambiar la situación de dependencia económica de la que se derivaban la explotación intensiva de los recursos humanos y naturales y la desigualdad **(10)**. En lo referente a la legislación que la Argentina heredó del período colonial, como se citó, existieron proyectos tendientes a su reemplazo. No obstante, es interesante que este autor recomienda ver la película *Camila* a fin de apreciar la era del *caudillo federal* Juan Manuel de Rosas (1829-1852) **(11)**. En su opinión, aquella cuenta "... la historia de dos desdichados amantes, un sacerdote y la hija de unos ricos terratenientes en la Argentina posindependencia..." **(12)**, con el propósito de reflejar el uso de la legislación penal colonial que hacía el sector *conservador* para robustecer la *autoridad* de la Iglesia y de las tradiciones hispánicas por parte de quienes se consideraban sus herederos **(13)**.

Tras la caída de los *caudillos* conservadores (1852), los siguientes gobiernos *liberales* hicieron una aplicación del derecho penal que respondió, también, a la necesidad de otorgar poder a un Estado que debía ser *gendarme* del derecho de propiedad tanto de las élites dominantes como de los inversores extranjeros **(14)**, disolviendo los conflictos originados por la desigualdad social extrema **(15)**.

En este sentido, Centeno y Ferraro sostienen que el período de construcción del Estado Nacional moderno posterior a la Batalla de Caseros (1852) puede evaluarse recurriendo a cuatro indicadores que determinan los alcances de la "capacidad estatal" lograda: primero, la *territorialidad* y la capacidad *económica*. Luego, agregan al *poder infraestructural* para referirse a la capacidad de, entre otras cosas, construir estructuras organizacionales (por ejemplo, las judiciales), y, por último, está la *legitimidad* **(16)**.

De forma muy interesante, los autores concluyen en que los dos primeros aspectos fueron los más estudiados, mientras que la capacidad o *poder estructural* lejos estuvo de serlo en la misma medida **(17)**.

Pasando al comentario de este proceso en Latinoamérica, los autores explican que las entonces recientemente independizadas Repúblicas intentaron desarrollar regímenes políticos estables y organizaciones estatales más fuertes mediante la adopción de instituciones modernas ya establecidas en otros lugares **(18)**. Asimismo, señalan que, a pesar del progreso económico logrado en nuestra región, la codificación, los sis-

procesales sostienen esta hipótesis, aunque faltan todavía investigaciones detalladas al respecto". Véase: MARQUARDT, Bernd, "El primer Código Penal sistemático de la modernidad temprana europea, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532", *Pensamiento Jurídico*, nro. 45, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia, 2017, p. 32.

(9) HELLINGER, Daniel, "Comparative politics of Latin America...", ob. cit., p. 114.

(10) HELLINGER, Daniel, "Comparative politics of Latin America...", ob. cit., p. 101.

(11) HELLINGER, Daniel, "Comparative politics of Latin America...", ob. cit., p. 126.

(12) STANTIC, Lita (prod.) — BEMBERG, María Luisa (dir.), *Camila*, cinta cinematográfica, GEA Producciones, Impala, 1984.

(13) HELLINGER, Daniel, "Comparative politics of Latin America...", ob. cit., p. 114.

(14) ZAFFARONI Eugenio R. — ARNEDO, Miguel A., "Digesto de codificación penal argentina", Ed. AZ, Buenos Aires, 2007, t. I.

(15) ZAFFARONI Eugenio R. — ARNEDO, Miguel A., "Digesto de codificación penal argentina", ob. cit., t. I, p. 120.

(16) CENTENO, Miguel A. — FERRARO, Agustín E., "Republics of the possible: State building in Latin America and Spain", ps. 3-23, y "Paper Leviathans: historical legacies and State strength in contemporary Latin America and Spain", ps. 399-416, ambos en CENTENO, Miguel A. — FERRARO, Agustín E. (ed.), *State and nation making in Latin America and Spain. Republics of the possible*, Cambridge University Press, New York, 2013.

(17) CENTENO, Miguel A. — FERRARO, Agustín E., "Republics of the possible...", ob. cit., p. 9.

(18) CENTENO, Miguel A. — FERRARO, Agustín E., "Republics of the possible...", ob. cit., p. 3.

temas judiciales y las regulaciones comerciales, así como las más básicas estructuras estatales, se mantuvieron totalmente atrofiados. Por todo esto concluyen en que los Estados permanecieron inmersos en una fragilidad de "Leviatanes de papel" (*paper Leviathans*), que se extendió durante todo el siglo XIX y tiene consecuencias que llegan a la actualidad.

Siguiendo esta línea, para autores como Guillermo O'Donnell dicha negligencia en el establecimiento de estructuras organizativas y en el robustecimiento de las instituciones devino en una de las causas de la debilidad o de la severa (in)completitud (*severe incompleteness*) estatal mencionada **(19)**. Su argumento central sobre la importancia del Estado de derecho es que la existencia en la región de *brown areas* por fuera de aquel se debe a que los Estados latinoamericanos son incapaces de aplicar la legislación y las regulaciones en todo su territorio. Dichas *áreas* se caracterizan por consistir en sistemas subnacionales con una base territorial y con un *informal*, pero efectivo, sistema de aplicación de la ley que no les impide coexistir con un régimen, el cual, al menos en el centro del poder político, tiene las características de uno *formal*, democrático. Asimismo, otra de sus características está constituida por un alto nivel de criminalidad, lo que lleva al autor a concluir en que es también esta incapacidad la razón por la que incluso las intervenciones policiales se lleven a cabo mediante procedimientos en sí mismos totalmente ilegales y sin los límites impuestos por la legislación penal y procesal penal necesaria en un Estado de derecho **(20)**.

No obstante las diferencias en la amplitud de sus abordajes, puede decirse como resumen que tanto Hellinger como los otros autores citados son contestes en la afirmación de que, si bien se trató de *modernizar* y construir un Estado mediante la fundación de estructuras organizacionales —las cuales, entre otros aspectos que luego se desarrollarán, se encargaron de la sanción y aplicación de Códigos Penales y Procesales Penales—, aquellas llegaron demasiado tarde. Dicha demora aseguró, a través de una represión sin límites por fuera del Estado de derecho, la construcción y permanencia de sistemas de explotación semiesclavistas, como el de *peonaje* (*peonage*), sin registrar protestas entre la población más afectada **(21)**.

IV. Análisis

Si bien Hellinger no se refiere a este, los conceptos proporcionados permiten entender la función *autoritaria* del derecho penal en los períodos colonial y neocolonial, y en la actualidad. Así, puede verse que la legislación colonial heredada por la Argentina fue empleada tanto por *conservadores federales* como por *liberales unitarios* para consolidar las consecuencias del modelo de dependencia que heredó como país *periférico*. Los primeros usarán las *Partidas* para dar continuidad al poder de la Iglesia católica y reafirmar los valores ibéricos. El ejemplo del film *Camila* mencionado por el autor (el cual, como se dijo, se basa en el juicio de 1848 motivado por la relación amorosa entre Camila O'Gorman y Ladislao Gutiérrez) es claro en el sentido de que la sentencia aplicó lo estipulado por las *Partidas I* y *VII*, recibiendo ambos la condena a la pena capital. Los *liberales*, por su parte, una vez removida la dependencia política de la metrópoli y la resistencia de los *caudillos*, usarán, a su turno, las mismas leyes para legitimar las represiones de las rebeliones protagonizadas por los habitantes de las regiones definitivamente arruinadas por el nuevo programa económico neocolonial (evitando que infundan miedo a los inversores) y para consolidar al Fisco nacional **(22)**. El uso del derecho penal sobre los "gauchos" argentinos buscará, así, su disciplinamiento e incorporación forzada dentro del modelo a través del *peonaje*, continuando, como se dijo, con la explotación intensiva de recursos humanos y naturales.

Con respecto a la *modernización* descrita por Hellinger y el subsecuente *tardío* proceso de codificación inserto en ella [la Argentina fue el último país de Sudamérica en darse, en 1886, un

(19) O'DONNELL, Guillermo, "Why the rule of law matters", *Journal of Democracy*, vol. 15, nro. 4, 2004, ps. 32-46.

(20) O'DONNELL, Guillermo, "Why the rule of law matters", ob. cit., p. 41.

(21) O'DONNELL, Guillermo, "Why the rule of law matters", ob. cit., p. 105.

(22) ZAFFARONI Eugenio R. — ARNEDO, Miguel A., "Digesto de codificación penal argentina", ob. cit., p. 13.

Código Penal nacional **(23)**], deben a su vez destacarse dos aspectos contrastantes: en el primero tenemos el intento de Carlos Tejedor por conseguir la sanción de un Código Penal con sólido fundamento liberal **(24)** mediante la traducción del *Código Penal para el Reino de Baviera de 1813* **(25)**, cuya redacción se debe en gran parte a Anselm von Feuerbach **(26)**. Dicha traducción, según Enrique Bacigalupo, comenzó con la recepción de lo mejor de la dogmática alemana, que luego continuarían Sebastián Soler y Ricardo C. Núñez desde la Universidad Nacional de Córdoba (traduciendo y teorizando en torno a Ernst von Beling, Franz von Liszt y Edmund Mezger) y, entre otros, Eugenio R. Zaffaroni, Esteban Righi (junto al actual presidente Alberto Fernández), el mismo Bacigalupo y Marcelo Sancinetti desde la de Buenos Aires **(27)**.

Para referirse al segundo aspecto puede citarse, a su vez, la opinión de Julio Maier, quien describió al proceso codificador del siglo XIX con cierta esperanza de que, dada la sucesión de reformas procesales que estaba teniendo lugar a comienzos de este siglo, las consecuencias del modelo que comenzaba a dejarse atrás no se repetirían jamás. Así, no obstante (o *debido a*) las características liberales del Código sustantivo de 1886, el Congreso Nacional sancionó, dos años después, un *Código de Procedimiento Penal para los Tribunales Nacionales de la República Argentina*, que aseguraba un procedimiento penal escrito, en parte secreto, sin juicio oral y público, llevado a cabo por una organización judicial estatal vertical y por un juez que reunía todas las funciones (investigar la verdad y juzgar) y cuyas decisiones eran recurribles sobre la base del legajo escrito ante tribunales superiores. Cabe destacar que, como señaló el autor cordobés, la *Ley de Enjuiciamiento Penal* modelo de este Código había sido derogada en España en 1882 debido a su contenido altamente inquisitivo **(28)**.

En la actualidad, el derecho penal y el procesal penal continúan con este *legado autoritario*. La llevada a cabo por el gobierno nacional saliente mediante el fenómeno (también regional) del *lawfare* [definido, en algunos trabajos académicos, como el uso o mal uso del derecho o de la vía judicial como sustitutos de los medios políticos tradicionales, con el fin de alcanzar objetivos políticos **(29)**] es un buen ejemplo de la persecu-

(23) ZAFFARONI Eugenio R. — ARNEDO, Miguel A., "Digesto de codificación penal argentina", ob. cit., p. 14. También puede mencionarse la ley 49 de 1863, que establecía los delitos cuyo juzgamiento era competencia de los Tribunales Federales y determinaba sus penas, reconociendo también a las provincias la facultad de dictar sus propios Códigos Penales en virtud del art. 108 de la CN (que así lo permitía hasta tanto el Congreso Nacional sancionare el Código Penal). Véase: ley 49 de Organización de la Justicia. Tribunales Nacionales, promulgada el 14/09/1863, y ZAFFARONI, Eugenio R., "Tratado de derecho penal. Parte general", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, t. I.

(24) TEJEDOR, Carlos, "Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional. Parte Primera", Ed. Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1866, y del mismo autor, "Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional. Parte Segunda", Ed. Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1867.

(25) Véase: VATEL, Charles, "Code Pénal du Royaume de Bavière traduit de l'allemand avec des explications tirées du commentaire officiel", Ed. August Durant, Paris, 1852.

(26) V. FEUERBACH, Paul A. — GÖNNER, Nikolaus T., "Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern", München, 1813. Para una la traducción de la Parte General del Código Penal para el Reino de Baviera de 1813, véase V. FEUERBACH, Paul J. A., "Código Penal para el Reino de Baviera (promulgado por el rey Maximiliano José, en Múnich, el 16/05/1813)", en V. FEUERBACH, Paul J. A. R., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trad. al castellano de la 14ª ed. alemana (Giessen, 1847) por Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, ps. 389-415. Para una visión general de la vida y obra de von Feuerbach: VORMBAUM, Thomas, "A modern history of german criminal law", trad. de Margaret Hiley, Springer, Berlín — Heidelberg, 2011, ps. 37-39. Un interesante y más completo estudio preliminar sobre este autor puede encontrarse en ZAFFARONI, Eugenio R., "Introducción", en V. FEUERBACH, Anselm, *Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano. Introducción y revisión de Eugenio Raúl Zaffaroni*, trad. de Leonardo G. Brond, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, ps. 11-54.

(27) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Hacia el nuevo derecho penal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 69 y ss.

(28) MAIER, Julio — STRUENSEE, Eberhard, "Introducción", en MAIER, Julio — AMBOS, Kai — WOISCHNIK, Jan (coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer — Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht — Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, ps. 17-34.

(29) En un voto en disidencia en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Zaffaroni afirmó: "El contexto regional, por su parte, es también

ción de opositores y de la represión de protestas de los sectores más brutalmente afectados por las políticas neoliberales. En este sentido lo resumía Maier (con un horror que contrasta con la esperanza que mostraba en la obra citada *supra*) en una recordada nota de 2016: "... Pero, además, se reprime a organizaciones sociales como la Tupac Amaru, integrada por pueblos originarios, a la que se rotula como asociación ilícita, y se priva de libertad a sus dirigentes y colaboradores por la tamaña felonía de demostrar públicamente contra el gobierno..." **(30)**. El caso al que se refiere, como se dijo, es prototípico de lo denunciado: Milagro Sala (referente de la organización social mencionada) fue detenida el 16 de enero de 2016 por participar de una protesta frente a la casa de gobierno de la provincia de Jujuy. De acuerdo con lo sostenido por el Grupo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas en octubre de ese año, esta detención fue el comienzo de una sucesión de causas judiciales dentro de un contexto de vulneración de la independencia judicial destinado a sostener la privación de libertad de Sala de manera indefinida. Posteriormente, en enero de 2018, cuando estaba por cumplirse el plazo máximo de dos años para mantener a una persona en prisión preventiva, la sala Penal del Superior Tribunal de feria resolvió extender por un año más, de manera extraordinaria, la medida privativa de la libertad. La defensa cuestionó dicha medida, ya que, tal como había advertido el Grupo de Trabajo de la ONU, ninguna autoridad judicial pudo explicar que hubiera peligro de fuga o que pudiera entorpecer la causa. En el mismo sentido, a nivel regional, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenaron a la Argentina adoptar de manera inmediata las medidas de protección que fueran necesarias para garantizar la vida, integridad personal y salud de Milagro Sala, decisión confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en agosto de 2018. No obstante lo señalado, aún a principios de 2020, el Centro de Estudios Legales y Sociales denunció que había transcurrido ya casi un lustro de aquella detención, concluyendo: "A cuatro años del acampe en plaza Belgrano, la causa de la protesta que dio origen a su detención sigue abierta y por ser elevada a juicio. Resulta inadmisible que el ejercicio de la libertad de expresión en Argentina sea materia de persecución penal. El Estado deberá rendir cuentas por las violaciones a los derechos humanos en contextos de ejercicio de la protesta social" **(31)**.

V. Conclusión

Por lo expuesto, es dable apreciar que la función de las leyes coloniales heredadas por la Argentina no cambió tras la Independencia. Siguiendo a Hellinger, podemos decir que, en el paso del *colonialismo con subordinación política a la metrópoli* al *neocolonialismo con subordinación económica de los países periféricos a los centrales*, el rol de la legislación penal siguió siendo altamente autoritario y represivo. El fin de mantener a las poblaciones explotadas sumisas al programa económico reproductor del modelo dependiente de las exportaciones de recursos naturales continuó incluso al sancionarse los cuerpos legales en materia penal y procesal penal en el proceso de *modernización*, por el que la Argentina alcanzó cierto desarrollo tanto en lo económico como en lo relativo a sus estructuras organizacionales ("Leviatanes de papel"), sin remediar la desigualdad. Tal brutal disparidad sigue manifestándose, por ejemplo, en la existencia de *brown areas* en las que incluso las agencias judiciales y las fuerzas de seguridad trabajan por fuera de las garantías mínimas del Estado de derecho.

---

de público y notorio que se está expandiendo por los países de la región la modalidad de la siempre lamentable persecución política por medio de un uso perverso del derecho, que se ha dado en llamar *lawfare*, tan conocido y preocupante que su práctica ha pasado a ser materia de estudio e investigación en los ámbitos académicos...". Al efecto, cita los artículos: STEPHENS, Dale, "The age of lawfare", *International Law Studies*, vol. 87, 2011, ps. 327-357; CRANE, David, "The take down: case studies regarding 'lawfare' in international criminal justice: the west african experience", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, nro. 1, 2010, ps. 201-214. Véase: Corte IDH, 08/07/2020, caso "Petro Urrego vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas".

(30) MAIER, Julio, "Tristeza não tem fim", *Página 12* del 05/09/2016, *https://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-308578-2016-09-05.html*, fecha de consulta: 23/11/2020.

(31) Centro de Estudios Legales y Sociales, "Milagro Sala: cuatro años de detención arbitraria", 19/01/2020, *https://www.cels.org.ar/web/2020/01/milagro-sala-cuatro-anos-de-detencion-arbitraria/*, fecha de consulta: 23/11/2020.

Las consecuencias, puede verse, continuaron durante el siglo pasado y siguen presentes en la actualidad. De esto da cuenta el citado artículo de Julio Maier, en el que su denuncia alcanza una dureza visceral ante una situación que, por presión de los sectores que dejaron el gobierno en 2019, poco ha cambiado: "Un instrumento como este [el derecho] no 'hace justicia' en sentido alguno, solo aplica poder, de modo similar a la violencia física, sin vergüenza (...). Así sucede también en la vida común, fuera del ámbito político. Para muestra basta un botón: observen la imputación de fiscales y una organización social a la presidenta anterior y a su canciller por 'traición a la patria' o, si les resulta más sencillo, visiten una cárcel " **(32)**.

(32) MAIER, Julio — STRUENSEE, Eberhard, "Introducción", ob. cit.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Cuestiones actuales del derecho penal médico

Autores: Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.)
Datos editoriales: Colección Derecho Penal y Criminología dirigida por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Ramón Ragués i Vallès y Luís Greco, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2017, 274 ps.

Reseña de

Noelia Jazmín Charchaflie

Realizaré a continuación una recensión de la obra *Cuestiones actuales del derecho penal médico,* en la que penalistas argentinos, españoles y alemanes contribuyen a profundizar en una temática poco desarrollada en nuestro país, como es el derecho penal médico, haciendo foco en problemas comunes relacionados a las estructuras fundamentales de cada ordenamiento jurídico.

La Parte I: "Principales problemas jurídico-penales del trasplante de órganos", cuenta con el cap. I, titulado "Tráfico de órganos y derecho penal. Reflexiones desde la perspectiva española", en el cual el catedrático español Manuel Cancio Meliá coloca el eje en el art. 156 bis del Cód. Penal español, poniendo en tela de juicio el éxito del mencionado artículo. Destaca que la descripción de los comportamientos aprehendidos por el tipo dificulta tanto la sanción del llamado turismo de trasplantes como también la determinación de la autoría o participación, y la distinción entre actos preparatorios, tentativa y ejecución. Asimismo, menciona que quedan excluidos del concepto "órganos humanos ajenos" los tejidos y los órganos de donantes muertos.

El autor cuestiona cuál es el bien jurídico afectado o protegido —salud individual o salud pública—, lo que tendría influencia en la cuestión de la legitimidad de la criminalización del comercio de órganos. Se podría considerar que el bien jurídico protegido es la salud individual, en virtud de que la reforma legislativa mencionada fue introducida entre los delitos de lesiones, así como también se deduce de la diferenciación del nivel de gravedad que la norma asigna, según se trate de un órgano principal o no. Sin perjuicio de ello, destaca que esa interpretación conlleva determinados problemas jurídicos, tal como que la realización del trasplante fuera del esquema legal previsto ya constituiría una lesión típica.

Respecto al bien jurídico salud pública, en cambio, las conductas tipificadas lesionan la credibilidad del sistema estatal de trasplantes, en tanto se pone en riesgo el desarrollo del sistema sanitario de trasplante público de órganos. Si bien al autor descree de que la redacción del tipo refleje esa finalidad, destaca que estamos ante una lesividad social marcada por la degradación del ser humano a la mera categoría de objeto. El autor concluye que se trata de un bien jurídico colectivo (por lo que no debería estar entre los delitos de lesiones), siendo necesaria una reconstrucción típica del delito y su reconsideración político-criminal.

En el cap. II: "La punibilidad de la intervención manipuladora en la adjudicación *post mortem* de órganos", traducido por Juan Pablo Montiel, Christian Jäger desarrolla la situación general de la donación de órganos *post mortem*, poniendo de manifiesto los diferentes modelos regulativos, a saber: i) modelo de la contradicción; ii) modelo ampliado de la contradicción; iii) modelo del consentimiento; iv) modelo

ampliado del consentimiento; v) modelo restringido de la información; y vi) modelo de la declaración.

Luego, el autor expone como inicio del debate el llamado "escándalo de los trasplantes", y aborda su punibilidad con relación a si el médico puede ser castigado penalmente. Ello, en virtud del delito de homicidio o de lesiones por las manipulaciones que en el caso concreto importaron el desplazamiento de un paciente con prioridad. En ese contexto, analiza, conforme al Código Penal alemán, las figuras de: a) homicidio doloso consumado; b) tentativa de homicidio; c) lesiones peligrosas consumadas; y d) tentativa de lesiones peligrosas.

Por último, el autor destaca que el legislador creó un tipo penal específico luego del caso en cuestión, lo que no pudo evitar, sin embargo, las consecuencias directas en el descenso de la cantidad de órganos donados.

La Parte II: "Límites a las intervenciones médicas consentidas en contactos de violencia obstétrica", cuenta con un primer capítulo, titulado "Violencia obstétrica como disposición ilegítima del cuerpo de la parturienta", en el cual Juan Pablo Montiel evalúa los supuestos de violencia obstétrica que merecen ser punibles sobre la base de la legislación venezolana y veracruzana, entendiendo que existen casos que no deben ser abarcados por el derecho penal. Así, descarta los casos que, si bien afectan la autonomía personal, no repercuten negativamente sobre el cuerpo, y considera merecedoras de reproche penal las intervenciones médicas sin contar con el consentimiento expreso e informado de la mujer. El autor propone el siguiente tipo penal, considerando que debería ser introducido entre los delitos contra la integridad física: "El personal de salud que sin consentimiento válido de la embarazada practicare una cesárea o realizare cualquier otra intervención médica sobre el cuerpo de la mujer con el fin de acelerar el proceso natral del parto o con cualquier otra finalidad terapéutica, será reprimido con pena". El eje es el consentimiento de la mujer, sin importar que sea necesaria o no la injerencia médica según la *lex artis:* deja de ser un elemento del tipo objetivo para ser analizado en la antijuricidad del hecho.

En el cap. II: "¿Punibilidad por asistencia terapéutica en el parto? Protección y límites del derecho de autodeterminación de la embarazada durante el parto", de Frank Zimmermann, traducido por Javier Wilenmann, el autor entiende crucial analizar el caso dado cuando una mujer expresa la voluntad de querer (o no) una determinada intervención, y esa decisión colisiona con los intereses del recién nacido.

En la situación en la cual la madre expresa la voluntad de un tratamiento que es rechazado por el médico por considerar que puede resultar dañino para el recién nacido, analiza la punibilidad de lesiones corporales por omisión (por no impedir el sufrimiento corporal de la madre). El autor relaciona el deber de garantía —en cuyo marco entiende que, en el acuerdo médico-paciente, este último confía en los conocimientos técnicos especiales del primero— con el deber del médico de no afectar la salud del recién nacido, y concluye que son aplicables estas limitaciones al deber de realizar un determinado tratamiento únicamente cuando la decisión sea médicamente racional.

Por otro lado, ante la ejecución de una intervención necesaria para velar por la vida o salud del recién nacido, pese a la falta de consentimiento de la madre por incapacidad o ante su negación, abre el interrogante respecto de la posible punibilidad por un delito de lesiones corporales. En caso contrario, si no ejecuta esa intervención, corre el riesgo de hacerse punible de un delito de omisión respecto del recién nacido. En cuanto al primer supuesto, descarta la justificación por legítima defensa de terceros, porque entiende que la extensión del deber jurídico de resguardo materno no cumple con la exigencia propia de la agresión omisiva, en tanto el omitente debe ser considerado garante de la protección del bien jurídico que se encuentra en peligro.

Luego, desecha la justificación por estado de necesidad, en virtud de que no puede afirmarse que los intereses del recién nacido prepondere sustancialmente sobre los intereses de la mujer. De ello deduce el autor que los intereses del recién nacido deben estar bajo el resguardo de la madre, en virtud de lo cual vuelve a ser su consentimiento el eje de la cuestión, y no crite-

rios meramente objetivos como los previamente analizados.

La Parte III: "Establecimiento de prioridades en la dotación de los servicios sanitarios y derecho penal" comienza con el cap. I, titulado "Priorización de servicios sanitarios: la perspectiva 'QALY' y sus implicaciones para la teoría del estado de necesidad", de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. El autor compara el método QALY con el instituto penal del estado de necesidad justificante, especialmente en los casos de distribución entre diferentes sujetos, como ser la elección entre un tratamiento que consigue que se prolongue la vida de una persona por dos años, y la de dos personas durante un año. Del método QALY no se desprende un motivo para elegir uno u otro, ya que el resultado que mide es el mismo. Sin embargo, y en atención al estado de necesidad justificante, si bien la vida digna "vale" lo mismo en todos los casos, entra en juego la entidad cuantitativa.

En cuanto a las cuestiones distributivas, el autor entiende que está exento de responsabilidad quien decide invertir los recursos sanitarios en salvar a 250 personas de la amputación de una pierna, en vez de salvar la vida de 10 personas, porque considera que no hay criterios jurídicos que permitan otorgarle a esa acción el grado de injusto necesario para afirmar la existencia de antijuridicidad penal. Otro punto es el rango etario, el cual aclara que se utiliza únicamente en las situaciones de escasez, en las que se hace necesario tomar una decisión ante los recursos limitados.

En el cap. II: "El racionamiento de las prestaciones de salud desde las perspectivas del derecho constitucional y el derecho penal" —traducido por Ernesto Garzón Villada—, Gerhard Daannejcker y Anne F. Streng-Baunemann, debido a la necesaria economización de la medicina, analizan el concepto de costo-beneficio para cubrir ciertos tratamientos o medicamentos. Ello trae aparejadas consecuencias constitucionales, en tanto las limitaciones solo operan en sectores que no cuentan con los recursos económicos necesarios para poder acudir a servicios privados de salud.

En esa línea, los autores se plantean la responsabilidad penal si un médico le niega a un paciente un tratamiento médico en virtud de que no está financiado por el sistema público de salud ni por el particular, destacando que la doctrina es unánime en su negativa, generalmente en función de la figura de "inexigibilidad de comportamiento adecuado a la ley".

Se concluye con la relevancia del deber de información del médico respecto de los tratamientos posibles y de su posibilidad de realizarlos en el sector médico privado.

Dentro de la Parte IV: "Cuestiones jurídico-penales del diagnóstico preimplantacional", en el cap. I: "Diagnóstico genético preimplantacional: un estudio de derecho comparado en América Latina", Mateo Bermejo y Omar Palermo destacan que el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) se ha utilizado para el denominado DGP "extensivo", mediante el cual se selecciona el embrión adecuado para lograr el nacimiento de un niño con tejido compatible para donar a un hermano vivo. Es necesario delimitar el estatus jurídico del embrión no implantado, ya que los embriones que no cumplen con las características funcionales a las necesidades del caso son desechados.

Al respecto, los autores traen a colación el caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" de la Corte IDH (2012), en el cual se ratificó que la reproducción humana asistida debe estar garantizada legalmente. En ese contexto, analizan la figura penal del homicidio y el aborto, descartando su aplicación al caso bajo estudio, ya que ambos tipos penales protegen el bien jurídico *vida humana, en diferentes estadios de su desarrollo, pero ninguno alcanza la protección de embriones no implantados.* En ese orden de ideas, no existe un tipo penal que sancione la manipulación genética de los embriones, sino que la única prohibición surge del art. 57 del Cód. Civ. y Com.

En el cap. II: "La nueva regulación del diagnóstico genético preimplantacional, así como una posible alternativa", Ulrich Schroth, luego de mencionar brevemente las cuatro fases de protección del *nasciturus, analiza la* Ley de Protección de Embriones y el proyecto Augsburg y Múnich como posible regulación alternativa. Conforme a esa ley, el DGP se encuentra prohibido, a excepción de que exista un elevado riesgo de enfermedad hereditaria grave previo a la transferencia intrauterina, o bien cuando, con el

consentimiento por escrito de la mujer, se realice para la determinación de un daño grave en el embrión que tenga grandes probabilidades de producir un aborto espontáneo o el parto de un mortinato.

El autor detalla las críticas usuales a la mencionada normativa, como por ejemplo la escaza claridad conceptual de los términos "elevado riesgo" y "enfermedad hereditaria grave", así como también con relación al alcance de las indicaciones (por ejemplo, qué enfermedades abarcaría).

En ese contexto, menciona el proyecto Augsburg y Múnich de legislación médica sobre reproducción (AME) como posible regulación alternativa, el cual es más permisivo respecto del DGP, en tanto procede también ante la posibilidad de sanación del embrión, y cuando pueda suponer un riesgo para la salud de la mujer.

En el primer capítulo de la Parte V: "Estafa en la liquidación de prestaciones médicas", denominado "Cuestiones dogmáticas de la estafa en la liquidación de prestaciones médicas en derecho alemán. A la vez, algunas reflexiones sobre la teoría del perjuicio patrimonial", de Nuria Pastor Muñoz, la autora divide el análisis según los pacientes cuenten con seguro privado o público, analizando diferentes aspectos, tales como: la coautoría o no del paciente, especialmente para definir si la víctima es este o la aseguradora; el concepto personal de patrimonio para determinar si la conducta se adecúa al delito de estafa; la situación en la que el engaño está dirigido a la asociación de médicos del seguro, la cual recibe de la aseguradora médica pública un honorario global que es repartido a los médicos miembros.

Finalmente, la autora aclara que el engaño será típico en tanto sea idóneo para superar la barrera de autoprotección de la víctima, establecida normativamente según el disponente. Así, al paciente con seguro privado se le exige un "control de lego", es decir, con un umbral de tipicidad bajo; si el destinatario es la aseguradora privada o la asociación de médicos del seguro, el umbral será más elevado, porque cuentan con herramientas que aumentan su capacidad de autoprotección.

En el cap. II: "La estafa en la liquidación en el sector médico privado", Helmut Satzger analiza en detalle los elementos típicos de la estafa, con el eje en la relación contractual médico-paciente y paciente-aseguradora.

Analiza el error en el receptor de la factura y considera que no hay que ser muy exigente con el paciente que ha caído en un error, incluso cuando haya razones para dudar. Sin perjuicio de ello, se pregunta si, en función de que el derecho penal es la *ultima ratio, debería*n excluirse los casos de engaño más evidentes. Realizado el acto de disposición patrimonial con el pago de la factura por parte del paciente, desarrolla la visión formalista del daño patrimonial, considerando que siempre el perjuicio debe evaluarse desde un punto de vista económico, en cuyo caso no siempre el engaño va a importar un daño: es necesario un punto de vista compensatorio entre el pago y la prestación para evaluar el daño económicamente cuantificable. El elemento normativo respecto de las tarifas solo procederá en caso de que sea necesario hacer una valoración de las distintas prestaciones.

Luego, respecto al tipo subjetivo y los problemas probatorios, puede que en algunas circunstancias sea problemático probar el dolo eventual respecto de la liquidación incorrecta por parte del médico, en tanto la complejidad del sistema de liquidación de la normativa tarifaria puede dar lugar a situaciones concretas de imprudencia. Por último, en cuanto a la punibilidad del paciente, también hay que diferenciar el dolo de engañar y la imprudencia de no inspeccionar la factura médica.

Finalmente, la Parte VI: "Patrocinio farmacéutico y corrupción" comienza con el cap. I: "*Farmasponsoring* y corrupción", de Víctor Gómez Martín. El autor analiza el fenómeno de la corrupción médica en España, diferenciando la corrupción pública y la privada. Respecto de la primera, menciona que lo relevante es discernir entre un acto justo relativo al cargo (médico) o si es un acto propio de aquel, es decir, si es o no contrario a derecho. Conforme a la ley 29/2006, el médico debe ser imparcial al prescribir medicamentos, en razón de lo cual prescribir medicamentos específicos a cambio de una dádiva comprende una infracción a sus deberes jurídicos (cohecho pasivo). En el mismo sentido, la

mencionada ley prohíbe el ejercicio clínico de la medicina con algún interés económico directo derivado de la fabricación, elaboración y comercialización de medicamentos y productos sanitarios. En este punto, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración.

En cuanto a la corrupción privada, puede constituir un delito el ofrecimiento de incentivos a médicos privados desde la reforma del Código Penal de la LO 5/2010. El bien jurídico protegido es la libre competencia, específicamente en el mercado farmacéutico. La normativa vigente regula tanto el cohecho pasivo como el activo con la misma pena, y como delito de emprendimiento (independientemente del éxito o no del ofrecimiento). Luego, el autor analiza la autoría y participación en la corrupción privada (cohecho). El problema que aquí se presenta es que la persona interpuesta, en el cohecho pasivo, no tenga el carácter cualificado previamente mencionado. El autor relativiza que la doctrina generalmente entiende que es un delito especial propio, por lo que su participación da lugar a un delito común paralelo, entendiendo que la responsabilidad del sujeto no depende de la existencia o no de un delito común paralelo. En consecuencia, desarrolla y diferencia los delitos especiales de posición institucional y los no institucionales, entendiendo que la circunstancia planteada está comprendida por estos últimos, en virtud de que se caracterizan por el ejercicio de una función social específica que tiene el autor del delito, es decir, por encontrarse en una posición especial de dominio respecto del bien jurídico. Explica que la atenuación de la pena del sujeto interpuesto dependerá del grado de hermetismo de la esfera organizativa en la que se encuentre inmerso el bien jurídico y, por ende, de la distancia en ese marco que separe al *intraneus* y al *extraneus* de la accesibilidad al bien jurídico.

En el cap. II: "Régimen y actual evolución del derecho penal de la corrupción en el sector sanitario", Jan C. Schuhr entiende que el tema a analizar puede relacionarse con tres clases de delitos de corrupción: delito de corrupción de funcionario público; la corrupción en el tráfico económico, y la corrupción del diputado (aclara que este punto apenas ha recibido la atención del derecho penal sanitario), y compara los requisitos y el alcance de los dos primeros, concluyendo que ninguno de los dos tipos penales está dirigido directamente al ejercicio de competencias médicas ni a la observación de la *lex artis* inherente a ellas, sino que serán aplicables únicamente en tanto se den los supuestos que ellos penan.

En tal sentido, menciona dos proyectos de ley vigentes: una nueva ley para la lucha contra la corrupción, en donde las prestaciones médicas solo podrían incorporarse en tanto se las entienda como actividad relacionada con intereses patrimoniales de la empresa (en cierta forma, replica los problemas ya existentes con la legislación actual); y una nueva ley para la lucha contra la corrupción en la sanidad, proyecto que ha ganado en distinción y precisión en comparación con otros proyectos, pero respecto del cual critica que el legislador no ha defendido la protección global de la confianza.

Reflexión final

Los doce trabajos desarrollados en "Cuestiones actuales del derecho penal médico" deberían operar como puntapié inicial para instalar fuertemente la discusión de los temas que hacen al derecho penal de la medicina en nuestro país, en virtud de que el avance tecnológico y sus consecuentes implicancias económicas superan ampliamente la velocidad —si no estancamiento— con la que son tratadas. Ello teniendo presente la naturaleza de *ultima ratio* del derecho penal.

EJECUCIÓN PENAL

Cárcel y pandemia

Una mirada desde la condición de las cárceles y las medidas aplicadas en pos de frenar la propagación y el contagio del COVID-19 (*)

Olivia Raquel Irala González (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Situación de las cárceles federales argentinas.— III. La pandemia y su impacto en las cárceles.— IV. La situación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— V. Conclusión.

I. Introducción

Las cárceles son comúnmente los espacios olvidados de la sociedad, y muchas veces son también espacios olvidados por los Estados. Allí se encuentran al descubierto las manifestaciones más extremas de la aplicación del poder punitivo del Estado. Solamente cuando la sociedad se siente amenazada y desprotegida, deja su actitud "indiferente" para reaccionar pidiendo mayor castigo y más cárceles, deseando que aquellas funcionen como una especie de instrumento de venganza y de "reeducación" para aquellos que no son capaces de cumplir con las normas y vivir en sociedad.

Lamentablemente, la realidad de las instituciones carcelarias de nuestro país es paupérrima y sus consecuencias tienen un impacto directo sobre las personas que se encuentran alojadas en ellas. La aparición de la pandemia no hizo más que profundizar la crisis y evidenciar la situación que las personas privadas de la libertad padecen desde hace décadas.

Este trabajo pretende explorar uno de los factores que más afecta y que deteriora el buen funcionamiento de las cárceles, la sobrepoblación, señalando cuál es la situación de las cárceles federales y cuánto afectó la pandemia en ellas.

II. Situación de las cárceles federales argentinas

Hace varias décadas que la "decadencia" ha alcanzado a las cárceles argentinas; el art. 18 de nuestra Carta Magna, que pregona "cárceles sanas y limpias para la seguridad y no para el castigo" **(1)**, no ha sido óbice para que la decadencia de que adolecen los complejos penitenciarios alcance su máxima expresión y repercuta en todos los ámbitos de la vida intramuros.

Existen varios factores que influyen para que el escenario sea hoy tan caótico y se encuentre lejos de tener una solución, en pos del respeto de los derechos de las personas que se encuentran privadas de su libertad. Algunos de ellos son: la

(*) Esta publicación corresponde al trabajo final presentado en la Diplomatura en Derecho Procesal Penal, Contravencional y de Faltas, Tercera Edición, Universidad Nacional de San Martín, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fue llevado adelante en el marco de la asignatura Ejecución Penal dictada por el Dr. Sergio Delgado.

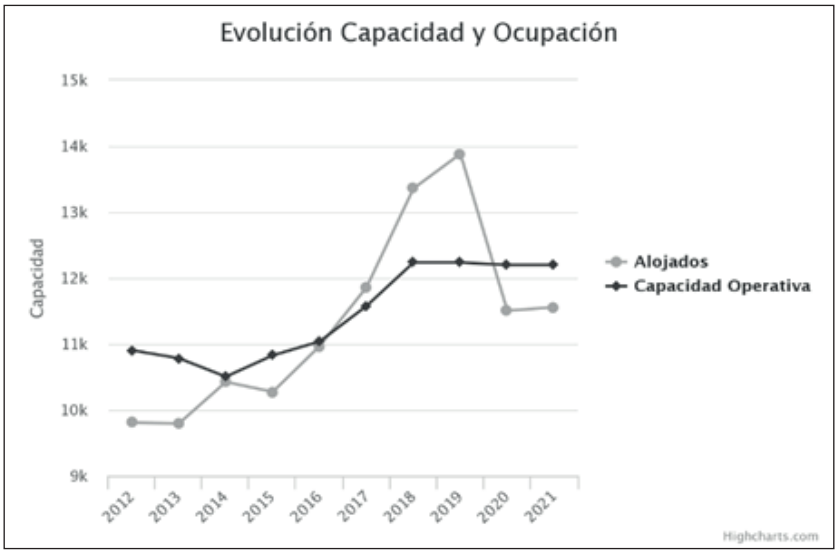
(**) Abogada, UBA. Maestranda en Relaciones Internacionales, UBA. Cursando el Posgrado de Especialización en Derecho Penal, UBA. Auxiliar docente en la asignatura Elementos del Derecho Penal y Procesal Penal de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, UBA. Coautora en los vols. 3 y 4 de "Selecciones de derecho procesal penal", Ed. Hammurabi.

(1) Art. 18, CN, sancionada el 15/12/1994.

falta de presupuesto; la falta de infraestructura; la falta de inversión para el mantenimiento de esos lugares; la indiferencia del Estado en la creación y aplicación de nuevas políticas de criminalización; los bajos sueldos del Servicio Penitenciario, que favorecen la corrupción, la falta de capacitación; entre otros.

En ese sentido, uno de los problemas más graves es la sobrepoblación carcelaria, que trae aparejada la vulneración de derechos fundamentales que son inherentes a la persona y que deben respetarse y garantizarse, aun cuando se esté privado de la libertad.

En la Argentina, a nivel federal existen ocho complejos penitenciarios y veintinueve unidades que se distribuyen en trece provincias **(2)**; parecen ser insuficientes para albergar la cantidad de detenidos que se suman año a año. Según las estadísticas del Servicio Penitenciario Federal, en la última década el número de alojados fue en ascenso, profundizándose, especialmente, en los años 2016 y 2019.



Recién a partir del año 2020 se puede advertir una tendencia al descenso, que continúa, posiblemente como consecuencia directa de la pandemia de COVID-19, que obligó a la mayoría de los Estados, incluido el nuestro, a decretar el cierre total a nivel tanto nacional como internacional, con el fin de frenar la propagación del virus. No obstante, el descenso de las cifras tampoco es tan pronunciado. Así, a la fecha, el 95.92% de las cárceles federales se encuentran ocupadas, por lo que solo hay una disponibilidad del 4.98% **(3)**, lo que lleva a pensar irremediablemente que la mayoría de las cárceles federales están en situación de hacinamiento o al borde de él.

En ese orden de ideas, cabe destacar que el hacinamiento en los complejos carcelarios de nuestro país no solo es inconstitucional, sino que, además, en virtud del art. 59 de la ley 24.660, es ilegal **(4)**. En efecto, a la hora de calcular la disponibilidad funcional de un complejo debe tenerse en cuenta

(2) SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, "Establecimientos SPF", disponible en *https://www.argentina.gob.ar/spf/establecimientos*, consultado el 10/02/2021.

(3) SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, "Evolución, capacidad y ocupación", disponible en *https://reporteestadisticas.spf.gob.ar/*, consultado el 25/03/2021.

(4) El art. 59 de la ley 24.660 establece: "El número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Todos los locales estarán siempre en buen estado de

el "cupo real" **(5)** disponible, tomando en consideración aspectos como el espacio mínimo de privacidad, la buena higiene y alimentación, el acceso a baños y espacios comunes, etc. Lo contrario propicia un ambiente insalubre, que se traduce en la vulneración de otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud, a la educación y al trabajo, que de por sí se ven restringidos en situaciones de encierro **(6)**.

De este modo, se puede decir también que el hacinamiento puede considerarse como un trato inhumano y degradante, y afecta derechos reconocidos internacionalmente **(7)**.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que la solución a este tipo de problemas —que aquejan no solamente a la Argentina, sino a otros Estados de América Latina— es bastante compleja, porque requiere que los Estados adopten políticas que incluyan, entre otras cosas, reformas legislativas e institucionales necesarias para asegurar un uso racional de la prisión preventiva; el control efectivo sobre los plazos máximos establecidos legalmente para la permanencia de personas que cumplen una prisión preventiva; la promoción de medidas alternativas para la solución del conflicto en materia penal; el uso de otras figuras que establece el sistema de ejecución de penas, como las libertades condicionales, asistidas y transitorias; la modernización de los sistemas de administración de justicia; y la prevención de detenciones ilegales o arbitrarias por parte de las fuerzas policiales **(8)**.

En definitiva, con ello queda claro que el camino y el esfuerzo que debe realizar el Estado para revertir la situación son arduos, y mientras la actitud estatal sea la inacción, las cárceles seguirán siendo una experiencia brutal y violenta para las personas que las transitan, imposibilitando así la concreción de los fines que se persiguen legalmente **(9)** y privándolas de la oportunidad de tener éxito cuando vuelvan a la vida en libertad.

III. La pandemia y su impacto en las cárceles

La aparición del COVID-19 golpeó, en mayor o en menor medida, la vida de todas las personas alrededor del globo. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden afectar tanto a animales como a seres humanos, provocando nuevas enfermedades, que van desde un resfriado común hasta el SRAS, un síndrome respiratorio agudo severo **(10)**. Por su parte, el COVID-19 es una cepa nueva de coronavirus que no se conoció sino hasta su descubrimiento a finales del año 2019. La facilidad de contagio y de propagación ha convertido a este brote epidémico en una pandemia con serias posibilidades de persistir entre nosotros en los años venideros.

Desde su advenimiento, las cifras de infectados no paran de subir. Hasta ahora, ha afectado a alrededor de doscientos millones de personas en todo el mundo, llevándose la vida de casi dos millones setecientos mil **(11)**.

En la República Argentina, las cifras también van en ascenso. En lo que va de 2021 afectó a casi

conservación. Su ventilación, iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos". Ley sancionada el 19/06/1996.

(5) INSTITUTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE EJECUCIÓN PENAL, "Emergencia carcelaria y pandemia en Argentina", 2020, disponible en *https://www.palermo.edu/Archivos_content/2020/derecho/mayo/documento-inejep/INEJEP-emergencia-carcelaria-y-pandemia-en-argentina.pdf*, consultado el 01/02/2021.

(6) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), "Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas", 2011, disponible en, consultado el 01/02/2021.

(7) Ob. cit., ps. 162-180.

(8) Ob. cit., ps. 162-180.

(9) La ley 24.660, en su art. 1º, expresa que la finalidad de la ley es "... lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social...", en concordancia con la teoría de la prevención especial positiva como fin de la pena y el acogimiento de las ideologías del "re" (resocialización, reeducación, reinserción social).

(10) OMS, "Infecciones por coronavirus", disponible en *https://www.who.int/topics/coronavirus_infections/es/*, consultado el 01/02/2021.

(11) Estos son los datos oficiales que diariamente publica la OMS, y que se pueden consultar en su página oficial. OMS, "Coronavirus disease (COVID-19) dashboard", disponible en *https://covid19.who.int/table*, consultado el 25/03/2021.

dos millones trescientas mil personas y causó la muerte de casi cincuenta y cinco mil **(12)**.

Este escenario, sumado a las condiciones en las que se encuentran los alojamientos penitenciarios, hizo que inevitablemente aquellos se convirtieran en focos de alto riesgo de contagio. Tan es así que, apenas se declaró el virus como pandemia, la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, hizo un llamado a los Estados para que no olvidaran a las personas en situación de detención y tomaran medidas urgentes para asegurar la salud y la seguridad de estas **(13)**.

A ello se sumó la recomendación que realizó la CIDH en el comunicado 066/20 **(14)**, mediante el cual sugirió a los Estados adoptar medidas para frenar el hacinamiento en las unidades de privación de la libertad, incluyendo la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que podrían ser sustituidos por medidas alternativas, como la libertad condicional, el arresto domiciliario o la libertad anticipada para personas consideradas dentro de los grupos de riesgo. En esos grupos se encuentran alcanzados las personas mayores, aquellos que sufren enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a cargo y personas prontas a cumplir la condena.

Dada la gravedad de la situación y la urgencia que ameritaba, el Estado argentino eligió la vía judicial para dar respuesta. En efecto, el Poder Ejecutivo Nacional dictó una variedad de decretos de necesidad y urgencia en razón de la emergencia sanitaria por el coronavirus; lo propio hicieron la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la cual se destaca la Ac. 6/2020, y otros órganos, como el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con la res. 184/2019. A partir de allí, ya no quedaron dudas de que la declaración de emergencia también se aplicaba en materia penitenciaria. Finalmente, y en concordancia con dicha declaración de emergencia, la Cámara Federal de Casación Penal dictó varias acordadas, entre las que se distingue la Ac. 9/2020. En ella, recomendó a los tribunales que adopten las medidas alternativas al encierro con los mecanismos de control y monitoreo que estimen correspondientes, respecto de: a) personas con prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos, o que no representen un riesgo procesal significativo, o cuando la duración de la detención cautelar haya superado los plazos previstos en la ley 24.390; b) personas condenadas por delitos no violentos que estuvieran próximos a cumplir con la pena impuesta; c) personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión; d) personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional; e) mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos o hijas; y f) personas con mayor riesgo para la salud, como los adultos mayores, personas con discapacidades y, finalmente, personas inmunodeprimidas o con condiciones crónicas, como enfermedades coronarias, pulmonares y VIH **(15)**.

Finalmente, no menos importante ha sido la puesta en vigencia en todo el territorio de la Nación, a fines del año 2019, de los arts. 210, 221 y 222 del nuevo Cód. Proc. Penal Federal. Estos también han colaborado y acompañado el intento por descomprimir y salvaguardar la salud y la vida de las personas sujetas a un proceso penal en el ámbito federal **(16)**.

Ahora bien, dentro de los complejos se realizaron recomendaciones y prohibiciones —como, por ejemplo, de las visitas de familiares durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y

(12) Ob. cit.

(13) En su comunicado oficial de fecha 25/03/2020, Michelle Bachelet expresó su preocupación, advirtiendo: "En muchos países, los centros de detención están superpoblados y las personas que albergan están peligrosamente hacinadas. La separación física y el autoaislamiento en esas condiciones son prácticamente imposibles".

(14) OEA, "La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19", comunicado de prensa, 2020, disponible en *http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp*, consultado el 09/02/2021.

(15) CFed. Cas. Penal, Ac. 9/2020, 13/04/2020, disponible en *https://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/Acordada%209-20.pdf*, consultado el 09/02/2021.

(16) El 13/11/2019, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal Federal, por la ley 27.150 y su modificatoria ley 27.480, establece la implementación, a través de su res. 2/2019, de varios artículos, entre ellos los arts. 210, 221 y 222, que hacen referencia a las medidas de coerción, peligro de fuga y peligro de entorpecimiento del proceso, respectivamente.

obligatorio (ASPO)— y la distribución de barbijos y alcohol en gel, que por supuesto fueron insuficientes e ineficientes para evitar la propagación del virus. Así, el informe realizado por la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) sobre "fallecimiento" da cuenta de que hasta enero de 2021 había 518 casos positivos en las cárceles federales, de los cuales 17 muertes se sucedieron a causa exclusiva del COVID-19, y 41 muertes se sucedieron por influencia del COVID-19 **(17)**. Además, aquel señala el contexto "deficiente" en el que se encuentra, debido a la carencia de una atención médica adecuada. En relación con esto último, el informe señala que en los años anteriores a la pandemia ya se hacía hincapié sobre la atención esporádica, la falta de especialistas y, por ende, la delegación de la atención en enfermeros; la ausencia de realización de estudios médicos; las demoras en los diagnósticos y, por supuesto, las demoras ante urgencias y traslados a hospitales **(18)**. Ello sin contar la cantidad de muertes e infectados positivos dentro del Servicio Penitenciario, que, si bien no son personas privadas de su libertad, coexisten y conviven con quienes sí se encuentran en prisión durante largas jornadas de trabajo.

IV. La situación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En el ámbito local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el trabajo, al igual que en el fuero Federal, también continuó, a partir de las distintas acordadas que establecieron la prioridad en el tratamiento de causas en las que existieran personas privadas de la libertad.

En ese sentido, se puede decir que el Poder Judicial de la ciudad incorporó las medidas y sugerencias que se habían realizado en el fuero Federal y resolvió en consecuencia. Como ejemplo se puede mencionar lo resuelto por la sala III, en el fallo "G., G. R. s/ art. 89, Cód. Penal" **(19)**, de fecha 16/04/2020, en el cual se resolvió confirmar la resolución de la jueza de grado en cuanto dispuso modificar la medida cautelar de prisión preventiva por el arresto domiciliario. Más allá del análisis del caso concreto, en su voto, el Dr. Delgado bien hizo referencia a la situación de emergencia y recordó, entre otras cosas, que la Regla 113 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, también conocidas como "Reglas Nelson Mandela", dispone: "Los reclusos en espera de juicio dormirán solos en celdas individuales, teniendo en cuenta los diversos usos locales en lo que respecta al clima". Con ello señaló que aquella es una de las razones por las cuales no es posible alojar a una persona en establecimientos sobrepoblados ni en aquellos en los que se decida albergar a más de un interno por celda; empero, la Argentina tuvo un papel protagónico en el establecimiento de esas Reglas. Así, haciendo hincapié también en la emergencia sanitaria dada por el COVID-19 y en la emergencia carcelaria dada (entre otras cosas) por la sobrepoblación de los establecimientos federales, puntualizó: "... la situación antes descripta se ve agravada por la inexistencia de ningún establecimiento penitenciario en el que sea posible, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dar cumplimiento en condiciones respetuosas de dichos compromisos internacionales y obligaciones constitucionales a las medidas cautelares o penas impuestas por tribunales de esta ciudad. Ello obliga a solicitar, por intermedio del Ministerio de Justicia y Seguridad, que se arbitren los medios para habilitar establecimientos penitenciarios en el ámbito de la ciudad que permitan evitar que las detenciones cautelares o condenas impuestas por este fuero continúen agravando la situación de emergencia penitenciaria federal durante los próximos tres años. Que la misma situación obliga, por ello, a confirmar medidas alternativas a la prisión preventiva como la impuesta en casos como el presente, en el que se ha valorado dicha situación de emergencia. Estas consideraciones, que reiteran las que he tenido oportunidad de efectuar al votar, en minoría, en las decisiones aquí invocadas por la Fiscalía, cuya transcripción no resulta ociosa o caprichosa, persiguen impedir —entre otras cuestiones— que la situación de emergencia penitenciaria, bien observada por una jueza de Garantías que resuelve la imposición de un arresto domiciliario para contribuir a subsanarla, como en este caso, pueda ser tachada de novedad para las partes, sin merecer un adecuado tratamiento".

(17) PPN, "Muertes bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal. Año 2020", 2021, disponible en *https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/Muertes/PPN-Informe-Muertes-2020.pdf*, consultado el 05/02/2021.

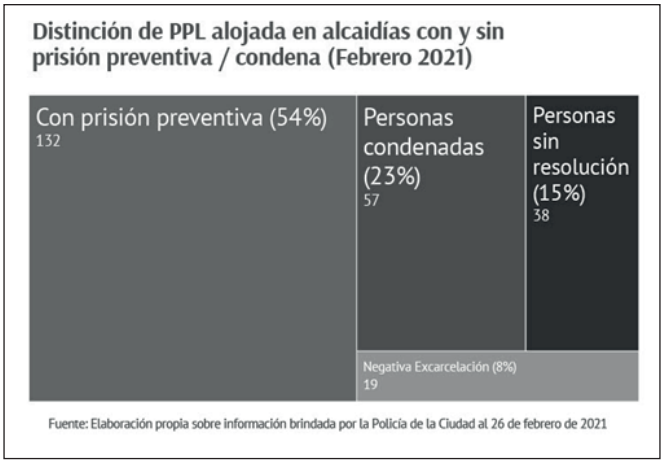
(18) Ob. cit.

(19) CPenal, Penal Juvenil, Contrav. y Faltas CABA, sala III, 16/04/2021, "G., G. R. s/ art. 89, Cód. Penal", disponible en *http://juristeca.jusbaires.gov.ar/ics-wpd/images/juris/41312.pdf*, consultado el 09/02/2021.

En relación con la situación de las personas detenidas en el ámbito local, vale reiterar que la ciudad no cuenta con cárceles propias. Dicho esto, es dable mencionar la peculiar situación que se suscitó desde el mes de marzo de 2020, cuando el Servicio Penitenciario Federal, luego de la declaración del aislamiento a nivel nacional, ordenó la suspensión de los ingresos al Sistema Central de Alcaidías. Esta decisión implicó, por un lado, la desafectación de las Unidades 28 y 29, y, por otro lado, la estadía en las alcaidías y en las comisarías de la CABA de todas las personas detenidas dentro de su jurisdicción, independientemente de que ellas estuvieran sujetas a la justicia federal, nacional o local. Ello trajo aparejado el irremediable colapso, toda vez que las alcaidías y las comisarías no tienen la infraestructura adecuada para albergar a una o más personas por un lapso que sea superior a los 2 o 3 días. En ese marco, hacia junio de 2020 había 184 personas albergadas en alcaidías de la CABA, cuando su capacidad máxima era de 130, y había 147 personas alojadas en comisarías vecinales. El punto máximo llegó hacia el mes de julio de 2020, cuando 45 personas de las 184 alojadas en las alcaidías se contagiaron de COVID-19. La cuestión se solucionó con la interposición de una acción de *habeas corpus* que dio lugar al traslado, previa atención médica, a la Unidad 21 y a otros complejos del Servicio Penitenciario que contaban con la disponibilidad necesaria para albergarlos. Ahora bien, mientras eso ocurría, estas personas permanecieron alojadas también en condiciones paupérrimas y con la afectación a su derecho a la salud **(20)**.

Por último, es importante mencionar que, más allá del caso ejemplificativo ocurrido el año pasado, la situación no ha cambiado. Por el contrario, el informe realizado por la Procuración Penitenciaria de la Nación informó sobre un récord de personas alojadas en centros de detención no penitenciarios de la Policía de la Ciudad, y advirtió que la situación podría ser aún peor de la informada **(21)**. Así, a febrero de 2021 había 557 personas alojadas en espacios de detención policiales de la CABA, 246 personas alojadas en alcaidías y 311 alojadas en comisarías vecinales de la CABA **(22)**.

Asimismo, es notable que personas incluso ya condenadas permanecen dentro del ámbito de la ciudad en centros de detención no penitenciarios. El siguiente gráfico denota ese dato esclarecedor y pone el énfasis en la necesidad de hallar una respuesta que ofrezca una solución **(23)**.



(20) PPN, "Ordenan el traslado inmediato al SPF de detenidos con COVID-19 alojados en alcaidías de la CABA", 2020, disponible en *https://www.ppn.gov.ar/institucional/noticias/2735-ordenan-el-traslado-inmediato-al-spf-de-detenidos-con-covid-19-alojados-en-alcaidias-de-la-caba*, consultado el 05/02/2021.

(21) PPN, "COVID-19: Nuevo reporte estadístico de la PPN", 2021, disponible en *https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/2968-covid-19-nuevo-reporte-estadistico-de-la-ppn-7*, consultado el 25/03/2021.

(22) Ob. cit.

(23) Ob. cit.

V. Conclusión

Desde mi perspectiva, la aparición de la pandemia no hizo más que profundizar la crisis que los complejos penitenciarios venían soportando. Así, la restricción de derechos fundamentales se evidenció aún más, del modo más cruel en el que se podía traducir: la pérdida de vidas. Si bien hasta el momento pareciera que no existe una propagación descontrolada en los complejos ni una cantidad de contagios exacerbada, lo cierto es que en las condiciones actuales es difícil conocer las cifras exactas, porque muchas veces es la misma Administración la que las oculta o la que falla al no establecer un mecanismo de atención, seguimiento y medición adecuado para que se pueda arrojar un poco de luz en este aspecto. Por lo tanto, entiendo que sobre la materia podemos tener una noción limitada, y aun así lo que sabemos resulta alarmante.

Por otra parte, es sabido que mitigar los efectos negativos de la pandemia continúa siendo un desafío enorme para todos los gobiernos; la mala condición de alojamiento, el hacinamiento, la sobrepoblación y la falta de recursos e infraestructura no impiden que situaciones como las sucedidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se intensifiquen. En consecuencia, las decisiones que tomen los magistrados en relación con el otorgamiento o no de medidas alternativas a la privación de la libertad se vuelven claves a la hora de intentar subsanar o profundizar la crisis de emergencia carcelaria.

Asimismo, a pesar de que el Poder Judicial intenta adecuarse a los estándares internacionales en la aplicación de la norma, queda un largo camino por recorrer si lo que se quiere es lograr que la situación de las cárceles se revierta. Ello tampoco es algo que podrán hacer en soledad el Poder Judicial, el Estado o la institución carcelaria. Únicamente a través del trabajo organizado e integral de todos estos ámbitos se podrá tener una esperanza y un aire de cambio que priorice el respeto de los derechos humanos de las personas que se encuentran privadas de su libertad y que cumpla con lo consagrado en nuestra Carta Magna y con lo establecido en los distintos instrumentos internacionales.

JUSTICIA JUVENIL

Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil (*)

Jaime Couso (**)

En el derecho penal de adolescentes o de menores se suele partir de la base de que los fines preventivo-especiales juegan en él un papel central, convirtiéndose en lo que lo distingue del derecho penal aplicado a los adultos. La prevención especial, a su vez, es entendida en términos de la (re)socialización **(1)** del adolescente, si bien también se la suele asimilar a un objetivo "socioeducativo", es decir, de educación para la vida en sociedad.

Ahora bien, como aclaración inicial para este trabajo, cuando en este contexto se habla de "educación" es claro que con esa expresión no se puede hacer referencia a lo que la pedagogía y las ciencias de la educación entienden por tal. Pues la educación del derecho penal de adolescentes, como advierte Albrecht (1993:69) a partir de la experiencia alemana, es entendida primordialmente como un efecto de la pena, ya en el sentido de una intimidación individual (a través del "efecto educativo de la retribución"), ya en el sentido de una "resocialización". A diferencia de esta educación "a través de la pena", que requiere de —y cuenta con— el contexto coactivo de la justicia penal, la educación de la que se habla en la pedagogía y en las ciencias de la educación aspira al desarrollo de la personalidad, contando con su autonomía y participación, y considerando plenamente su subjetividad. Para ello —agrega Albrecht— también es necesario contar con posibilidades de socialización adecuadas, es decir, circunstancias vitales que permitan un desarrollo de la personalidad, pero la disposición y distribución de tales posibilidades de desarrollo —concluye— es una tarea de política social estatal, no la tarea del derecho penal y la justicia. La "educación" del derecho penal de adolescentes, en cambio, cuyo único objetivo sostenible desde el punto de vista constitucional es la "dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal. Desde la perspectiva científico-social esto último no es 'educación' (socialización) sino exclusivamente control social" (Albrecht, 1990:108-109).

Por ello, si en el contexto del derecho penal de adolescentes se seguirá hablando de fines educativos o socioeducativos, habrá que entenderlos en el sentido de la "prevención especial" (positiva —"resocialización"— o negativa —intimidación individual o "escarmiento"—).

Hecha esa aclaración, la siguiente pregunta guía esta ponencia: ¿queda aún un papel para la educación y la (re)socialización en el derecho penal juvenil tras la crisis de la prevención especial y el giro hacia un garantismo proporcionalista?

La pregunta asume tres supuestos:

1. Durante buena parte del siglo XX, los sistemas de justicia juvenil inspirados en el Tribunal

(*) Este artículo fue originalmente publicado en la revista *Justicia y Derechos del Niño*, nro. 9, UNICEF, Santiago de Chile, 2007, ps. 219-241, y corresponde a una versión ampliada de la conferencia ofrecida por el autor el 30/03/2006 en Oaxaca, México, en el Foro Justicia en Materia de Menores Infractores, organizado por el Consejo de Tutela del Estado de Oaxaca y auspiciado por la Unión Europea y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) de México.

(**) Profesor titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales, Chile.

(1) En este trabajo no me referiré a lo impropio de la expresión "resocialización", que asume una serie de supuestos muy discutibles acerca de la situación del adolescente infractor y su relación con el sistema social. Tampoco ahondaré —aunque sí haré una referencia a la cuestión— en lo impropio del uso de la expresión "educación" en el marco del derecho penal de adolescentes, donde tiene una significación que la aleja radicalmente de su significado científico-social (Albrecht, 1993:72-73). Para más detalles sobre esta incompatibilidad entre la educación propia de la pedagogía y la del derecho penal de adolescentes, véase Couso (1998).

de Menores de Chicago se orientaron, al menos en el plano del discurso y la ideología explícita, a la educación y (re)socialización de los menores infractores, más que a su justo castigo (Platt, 1982; García Méndez, 1992).

2. La justicia de menores fracasó en su afán educativo y (re)socializador. Ello fue evidente respecto de uno de sus instrumentos más característicos, los centros de internamiento correccional o de rehabilitación, como incluso los fundadores del movimiento por los tribunales de menores lo reconocieron (Platt, 1982), diagnóstico que en lo fundamental subsiste hasta hoy (Feld, 1999:272-273; Albrecht, 1993). La medida educativa y de (re)socialización se mostró, entonces, como una pena y no como una acción de bienestar, que por lo demás se imponía sin respetar las garantías constitucionales de los menores de edad (Cantarero Bandrés, 1989; Platt, 1982; Albrecht, 1993).

3. Desde el fracaso de ese primer modelo se ha asistido, al menos en los Estados Unidos, pero también en algunos países de Europa y varios de América Latina, a un giro hacia una justicia juvenil más respetuosa de aquellas garantías, pero también más explícitamente orientada a un castigo justo, proporcional a la gravedad del delito, si bien considerando la menor culpabilidad que puede atribuirse a los menores de edad (Feld, 1999:253-260; Giménez-Salinas, 1992:21 ss.; Beloff, 1999).

¿Qué espacio queda para los viejos objetivos educativos y de (re)socialización en este nuevo derecho penal juvenil garantista y proporcionalista?

Para responder a esta pregunta hay que complejizar algo el diagnóstico, complementando los supuestos que acabo de reseñar con una serie de hipótesis que, si bien no es posible fundamentar en este lugar, sí cuentan con cierta plausibilidad:

1ª La estrategia intervencionista no representó el único camino seguido por los tribunales de menores para procurar la (re)socialización de estos. Una estrategia alternativa fue la *diversión*, esto es, la despenalización, evitando que los menores entraran al circuito judicial (donde entran en contacto con un conjunto de prácticas desocializadoras y estigmatizantes, como la detención policial, los interrogatorios, las audiencias, los centros de diagnóstico y los correccionales) y manteniéndolos, en cambio, en sus familias y escuelas, y derivándolos, en ciertos casos, a servicios sociales que les presten asistencia en sus familias y comunidades [Zimring, 2002 **(2)**]. Y si bien, en sus inicios, el uso de ambas estrategias, más que competitivo, parece haber sido complementario, escogiéndose una u otra para diversos tipos de sujeto, de acuerdo con criterios de clase (Feld, 1999:73), el caso es que en el largo plazo se aprecia, junto con la versión predominante de un tribunal *intervencionista*, una variante *despenalizadora*, que parece haber tenido más convicciones en relación con *lo que no hay que hacer* con los menores (mantenerlos en la justicia y sus instituciones) que con *lo que hay que hacer* con ellos. Este uso despenalizador de la justicia de menores no implica necesariamente una renuncia a la idea de la (re)socialización, sino más bien una apuesta a que esta se logre fuera de la justicia, en la familia, la comunidad y los servicios sociales regulares; el objetivo (re)socializador de la justicia juvenil no se lograría fundamentalmente por medio de lo que la justicia de menores hace, sino, al contrario, gracias a lo que deja de hacer o, más exactamente, merced a que este sistema de justicia cuenta con instituciones (procesales) que permiten sacar del circuito judicial a un buen número de casos, o evitar que entren a él, permaneciendo en un espacio más adecuado para socializarse. Desde esta perspectiva, entonces, no es que postule que "nada funciona" **(3)**, sino, más precisamente, que no habiendo evidencias de que algo funcione mejor que la familia, la comunidad, la escuela y los servicios sociales normales (y respecto de los centros de internación incluso habiendo evidencias de su efecto contraproducente), el principal objetivo de unas leyes y unos tribunales especiales para menores infractores es evitar que estos salgan de esos es-

(2) Albrecht niega que en Alemania haya existido un efecto despenalizador derivado del movimiento por los tribunales de menores (1993:77).

(3) Como lo anunciara polémicamente Martinson en 1974, al evaluar críticamente un amplio espectro de programas de rehabilitación, en el marco de un estudio destinado a indagar *what works* en esa materia. Su conclusión (*nothing works*), reproducida como slogan a partir de entonces, se convirtió en un símbolo de la crisis de las ideas (re)socializadoras que comienza a acusarse ya por esos años (Feld, 1999).

pacios sociales, o favorecer su más pronto regreso a ellos. Esa actitud político-criminal encuentra hoy en día una justificación criminológica: buena parte de la criminalidad de adolescentes (toda la de bagatela y de "conflicto") es episódica y remite espontáneamente, sin intervención institucional alguna, por lo que esos adolescentes no necesitan una acción educativa o socializadora especial (Albrecht, 1993:68, 78).

2ª Las medidas socioeducativas ambulatorias, como la libertad vigilada o "asistida", que fueron también un instrumento muy importante para el movimiento por los tribunales de menores, ocupan un lugar intermedio entre la estrategia despenalizadora y la intervencionista, y son valoradas (y juzgadas) a partir de ambos puntos de vista: a veces, como una forma de buscar activamente la (re)socialización por medio de la intervención del sistema de justicia juvenil; otras veces, como la única forma practicable de sacar al menor de la justicia y sus instituciones, especialmente la internación (cautelar o como medida de rehabilitación). La decisión de si aquellas medidas son lo uno o lo otro depende de una serie de variables; por ejemplo, de si acaso los asuntos derivados a esos programas les son "arrebatados" a los centros de internación o más bien a la familia, la escuela y los servicios sociales normales ["ampliando —en tal caso— las redes del control" **(4)**], y también, si el cumplimiento de la medida viene reforzado por el contexto coactivo de una orden judicial, la amenaza de una sanción por incumplimiento, etc., o si no se apoya en esos elementos, sino únicamente en una relación de ayuda construida fuera del contexto judicial, una vez que la justicia ya renunció a la persecución y se desentiende del cumplimiento de esa medida.

3ª Considerando específicamente el caso de los niños y adolescentes que cometen un delito más o menos leve, en forma ocasional, y que no han tenido contacto con la justicia, el empleo de medidas o sanciones educativas ambulatorias (como la libertad asistida), impuestas en un contexto institucional, como consecuencia o con ocasión de la infracción penal, tiene un significado intervencionista que solo puede explicarse por una cierta profesión de fe en la capacidad (re)socializadora de la justicia de menores y sus instituciones, que no es propia de la variante despenalizadora.

4ª En cambio, considerando los casos de adolescentes que han cometido ya varios delitos o que cometen uno, pero de mayor gravedad, el empleo de medidas socioeducativas ambulatorias (aun si se efectúa en un contexto institucional como lo es la justicia) podría ser visto como una forma de relativa despenalización, pues, de no imponerse esas medidas, el adolescente podría ser encarcelado.

5ª El empleo de estas sanciones ambulatorias, en los casos en que tiene signo despenalizador, puede considerarse además con efectos educativos o (re)socializadores, en dos sentidos y con dos alcances muy diversos: primero, negativamente, en la medida en que, al evitar el encarcelamiento del joven, elude los efectos desocializadores y estigmatizantes asociados a él; y, segundo, positivamente, pero en una medida que es objeto de un vivo debate, porque podría contribuir a la socialización de adolescentes que cometen delitos bajo condiciones individuales, familiares y sociales que operan como factores de riesgo y predictores de reincidencia (Vásquez González, 2003). A este respecto, el diagnóstico de fracaso de la (re) socialización que afecta a los centros de internación no puede extenderse sin más a estas otras medidas, las ambulatorias.

6ª La capacidad de las medidas o sanciones ambulatorias de contribuir negativamente a la socialización del adolescente, evitando su encarcelamiento, no se encuentra asegurada ni puede contarse con ella como una cuestión de principio, sino que depende de una cuestión empírica, que da cuenta de su base utilitaria. El argumento utilitario reza: "estamos dispuestos, como sociedad, a renunciar al castigo puro y duro, a cambio de que el adolescente sea sometido a una medida (re)socializadora que reduzca su peligrosidad delictual, garantizando un comportamiento futuro sin delitos"; y el presupuesto empírico consiste en que realmente las medidas o sanciones ambulatorias ofrezcan una cierta eficacia preventivo-especial, y estén en condiciones de demostrarlas. En todo caso, si la comparación se efectúa con los

(4) Como lo postulara Cohen, en Reino Unido, respecto de las sanciones de base comunitaria, que, lejos de reemplazar a la cárcel por estas sanciones más benignas y orientadas a la reinserción, reclutaban su clientela de un segmento de criminalidad más bien insignificante, que antes no era objeto de control alguno (Cohen, 1985).

resultados (normalmente negativos) de las sanciones de encierro, entonces la vara no está demasiado alta: incluso un nulo aporte preventivo-especial (ni aumenta ni disminuye la peligrosidad delictual) podría ser argumentado a favor de las sanciones ambulatorias si el encarcelamiento asegura un "plus criminógeno" (es decir, una mayor peligrosidad delictual como efecto neto de su empleo); pero esta comparación rara vez se hará de esa manera, pues siempre el encarcelamiento tendrá a su favor su mayor impacto preventivo-general (incluso simbólico), de modo que las sanciones ambulatorias, para ganarse un espacio y conservarlo, se encuentran en la necesidad de demostrar un aporte preventivo-especial, en términos absolutos, es decir, una cierta capacidad de disminuir la reincidencia. Una condición para ello (entre muchas otras) es la capacidad para hacer calzar en forma precisa sujetos con programas, lo que exige procedimientos profesionales de diagnóstico y selección de medidas; la falta de esta capacidad explica en parte el relativo fracaso preventivo-especial de las sanciones penales de adolescentes (Feld, 1999:281).

7ª Con todo, el principio educativo y (re)socializador también tiene una cierta capacidad de limitar las penas privativas de libertad, a través de una regulación especial de la ejecución penitenciaria para adolescentes, que suele ser más benigna que para los adultos, en dos sentidos: primero, porque plantea mayores exigencias de infraestructura, equipamiento, oferta programática y calificación del personal en los centros de privación de libertad de adolescentes, exigencias que en algunas jurisdicciones tienen base en un derecho constitucional, especial de los menores de edad, a condiciones que permitan su (re)socialización y, por tanto, que satisfagan un estándar más alto que los centros de adultos [Feld, 1999:275 **(5)**]; segundo, porque les permite acceder a beneficios penitenciarios, como salidas semanales o diarias, y poner término anticipado a la pena privativa de libertad (suspensión o remisión del resto de pena) o sustituirla por otra menos severa, todo ello con menores exigencias y en plazos absoluta y relativamente más bajos (o sin exigir un plazo de ejecución previo) que los que rigen para los adultos. Un fundamento normativo cualificado para ello se encuentra en el art. 37.1 de la Convención de Derechos del Niño, que establece el principio según el cual la privación de libertad (cautelar o como sanción) debe emplearse tan solo como un "último recurso y por el tiempo más breve que proceda".

8ª Por lo que respecta a la capacidad de las medidas o sanciones ambulatorias de contribuir positivamente a la socialización de los adolescentes, si bien en alguna medida se da, no hay ninguna base para afirmarla como un efecto general o siquiera mayoritario. La literatura comparada da cuenta de un debate sobre cuál es el saldo neto de las medidas socioeducativas (sobre todo, ambulatorias) en el sentido de su eficacia preventivo-especial. Definida esta en términos de disminución de la reincidencia de los menores que participan en tales programas, las evidencias más confiables dan cuenta de modestos efectos positivos [de entre un 6% **(6)** y un 10% **(7)**], que se dan sobre todo en "pequeños programas ex-

(5) Sobre la base de ese derecho, en los Estados Unidos se han presentado demandas judiciales en contra de centros de internación de menores, por denegar el "derecho al tratamiento", como un aspecto de la garantía del debido proceso (14ª Enmienda), o por violar la prohibición (8ª Enmienda) de penas crueles e inusuales. Pero los menores tienen reconocido, en la jurisdicción federal de los Estados Unidos, un "interés, basado en el debido proceso, en ser libres de restricciones físicas innecesarias, que le da derecho a un escrutinio más minucioso de las condiciones de encierro que el que se concede a los condenados adultos" (en Feld, 1999:275). El fundamento mediato de ese estándar más alto a favor de los menores se encuentra en la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos, según la cual, cuando el Estado encarcela a una persona con el propósito de tratarla o rehabilitarla, la garantía del debido proceso exige que las condiciones de encierro guarden una relación razonable con el propósito para el cual fue confinada ["Youngberg vs. Romeo", 457 US 307 (1982), que recayó en un caso de un adulto con retraso mental]. Esa doctrina fue desarrollada por una Corte Federal, para el caso de un centro de internación de menores ["Alexander S. vs. Boyd", 876 F. Supp. 773 (1995), fallo disponible en *www.jurisprudenciainfancia.udp.cl*], que explícitamente señala que el estándar para los menores es el debido proceso (en relación con el derecho al tratamiento), y no simplemente la prohibición de penas crueles o inusuales (que se aplica a los adultos).

(6) Según un comprehensivo metaanálisis de Lipsey y Wilson, publicado en 1998, sobre la base de 200 estudios sobre intervenciones con infractores graves, según el cual "el efecto promedio de las intervenciones fue positivo, estadísticamente significativo y equivalente a una reducción de reincidencia de aproximadamente 6%, por ejemplo, de 50% a 44%" (citado por Feld, 1999:279-280).

(7) Redondo, citado por Cillero (2003:18).

perimentales, que ofrecen una respuesta intensiva e integral a la multiplicidad de problemas —déficits educativos, disfunción familiar, habilidades interpersonales, sociales y vocacionales inadecuadas, y pobreza— que los menores delincuentes presentan (...) con servicios proporcionados por personal de salud mental u otro que no sea de la institución de justicia juvenil" (Feld, 1999:280, haciendo referencia al estudio de Lipsey y Wilson). De hecho, los únicos programas que pueden documentar científicamente un efecto de disminución de la reincidencia operan bajo condiciones que se corresponden más con servicios de salud mental y consejería integral para el adolescente, su familia, escuela y grupos de pares (Vásquez González, 2003), que con las sanciones ambulatorias estándar, como la libertad vigilada o asistida.

9ª Por su parte, hablando de los centros de internación o de régimen "residencial", y no obstante los reportes puntuales de programas experimentales que arrojarían resultados positivos en términos de disminución de la reincidencia **(8)**, el diagnóstico de fracaso preventivo-especial es concluyente: la inmensa mayoría de los centros de internación no disminuyen la reincidencia, y están asociados con tasas que bordean el 80%, así como a graves situaciones de hacinamiento, malos tratos y violencia (Albrecht, 1993:51, 63 ss.; Feld, 1999:272-273).

10ª Aparte de su relativo déficit de eficacia, las sanciones (re)socializadoras de la justicia penal de adolescentes sufren también de un problema de déficit de legitimidad. Para Kant y Hegel, la pena preventivo-especial, en general, que en cierta forma se dirige a modificar la personalidad del individuo por medio de la fuerza, representaba una lesión de la dignidad humana. La jurisprudencia constitucional alemana, recogiendo esta objeción, niega que el Estado tenga la misión de "mejorar a los ciudadanos" **(9)**. Es cierto que un punto de vista tradicional admite que con los menores de edad sí serían legítimos los tratamientos no consentidos en el campo del derecho penal para los adultos **(10)**, pero también es cierto que ese punto de vista es anterior al desarrollo de la doctrina de los derechos del niño, como un sujeto de derecho al que debe reconocerse la misma dignidad y autonomía moral que a los adultos. La réplica que acude al mandato del Estado de educar a los menores es débil, pues intenta poner en el mismo lugar al concepto de educación, en el sentido de la pedagogía, y a la "educación a través de la pena" que impera en el derecho penal de adolescentes, siendo que ambas nociones, desde el punto de vista filosófico, están en las antípodas (Albrecht, 1993:72). Si se admite entonces que en la cuestión de la pena preventivo-especial el problema constitucional que afecta a los menores de edad no tiene nada que ver con el derecho a la educación sino con el derecho a la autonomía moral, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, la cuestión del consentimiento del adolescente en el tratamiento (re)educador o (re)socializador se vuelve una exigencia fundamental, tal como lo es para el condenado adulto (Roxin, 1994: par. 3, rn 38).

11ª Desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena, los déficits de eficacia y legitimidad de la pena preventivo-especial se han traducido, en el campo del derecho penal de adultos, en su subordinación a los fines preventivo-generales. Esto significa que la decisión positiva de sancionar no puede fundamentarse en la expectativa de (re)socialización o rehabilitación del delincuente, como tampoco puede apoyarse en ella la decisión de imponerle una sanción de mayor duración. Es un punto de vista bastante pacífico en el derecho penal (Roxin, 1994: par. 3) que esas decisiones solo pueden apoyarse en consideraciones de prevención general —limitadas por la medida de la culpabilidad individual del autor—, que ya vienen fundamentalmente expresadas en los marcos penales y en las reglas que, basadas en la gravedad del injusto cometido en cada caso,

(8) Ello ocurriría en algunos tipos de programas, por ejemplo, los de habilidades interpersonales y los programas familiares, de *training* y de comportamiento. Este tipo de programas, según el mismo estudio de Lipsey y Wilson, redujeron las tasas de reincidencia para jóvenes institucionalizados y no institucionalizados en un 15 a un 20%, si bien muchos de esos efectos de tratamiento se basaron en hallazgos obtenidos de un número muy pequeño de estudios (3 a 6 casos) (en Feld, 1999:280).

(9) Citada por Roxin (1994: par. 3, rn 17 y 38).

(10) Es significativo el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal alemán, a propósito de la pena preventivo-especial, expresamente prohíbe la educación compulsiva "en la medida que afecte el núcleo intangible de la personalidad de un adulto" (en Roxin, 1994, par. 3, rn 17).

permiten al juez moverse dentro de ese marco o salir de él, en ciertas ocasiones. Dicho de manera más simple, la decisión de sancionar en lugar de no hacerlo solo puede fundarse en que se trata de un delito de tal gravedad que la justicia no puede "dejarlo pasar". El propósito de contribuir a la (re) socialización, en cambio, sirve para fundamentar una reducción de la pena o su no ejecución (o, si se quiere, para preferir una pena no privativa de libertad, cuando era posible imponer una que sí lo sea), y con ese efecto, limitador de la pena (no fundamentador de ella), el ideal (re)socializador se convierte en un derecho del condenado, el derecho a la (re)socialización, que en algunos países tiene base constitucional (como en España y Alemania). Un derecho de tal naturaleza se desprende, para los adolescentes, del art. 40.1 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño **(11)**, que en varios países latinoamericanos tiene rango constitucional.

12ª En el derecho penal de adolescentes, sin embargo, no siempre se asume esa función puramente limitadora de la idea de educación y (re)socialización. Es frecuente, sobre todo en el campo de la criminalidad más leve o de mediana gravedad, que los argumentos preventivo-especiales se empleen para imponer una sanción o medida en casos en que a un adulto no se le habría impuesto, o para imponerle una más intensa en su injerencia en las libertades del adolescente que la que le habría sido impuesta a un adulto (por ejemplo, una libertad asistida en lugar de una multa de poca monta); también se emplean, en general, para negarles ciertas garantías procesales [en los Estados Unidos, el juicio por jurados **(12)** y el derecho a no autoincriminarse **(13)**], bajo el supuesto de que las medidas de tratamiento (re)socializador no son verdaderas penas (Feld, 1999:249-250) . Ese efecto es denunciado por Albrecht (1993:68) como la "posición de desprivilegio" (S*chlechterstellung*) en que el "principio educativo" pone a los menores de edad respecto de los adultos, diagnóstico que incluso admiten en la actualidad antiguos apologetas del principio educativo en el derecho penal juvenil alemán. El mismo diagnóstico se repite en los Estados Unidos (Feld, 1999:284) respecto de los delitos de menor gravedad.

13ª Otro problema normativo planteado por la pena (re)socializadora en la justicia juvenil viene planteado por consecuencias injustas del proceso de individualización de la sanción, que es consustancial al proyecto preventivo-especial, y que lo convierte en un derecho penal de autor (Albrecht, 1993:66-67) . La individualización de la sanción está asociada con la identificación de factores predictores de criminalidad (o de reincidencia, en este caso). Y resulta que, en el sentido común de los operadores del aparato de justicia juvenil —que emula de forma más rudimentaria las explicaciones criminológicas más en boga—, las mayores probabilidades de delinquir, y luego, la mayor necesidad de una intervención preventivo-especial, se dan sobre todo en adolescentes de clases bajas, pertenecientes a minorías raciales, con un historial de desventajas socioeconómicas (Vásquez González, 2003) . Por ello, la individualización de la pena, al servicio de la idea de (re)socialización, se traduce regularmente en una mayor carga punitiva para ese tipo de adolescentes (Feld, 1999:73, 266, 269, 284). Así, se produce una tensión compleja: la individualización de la sanción, con criterios de socialización, tiende a proteger más a los jóvenes con más ventajas socioeconómicas, es decir, a quienes tienen más que perder en términos de socialización (inserción escolar y familiar, un futuro promisorio), pero es injusto que quienes, sin responsabilidad

(11) Que reconoce a todo niño (persona menor de dieciocho años) el "derecho (...) a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad".

(12) "McKeiver vs. Pennsylvania", 403 US 528 (1971), que supone una diferencia entre el tratamiento a los delincuentes y el castigo de los criminales, y la emplea como la principal justificación para negar a los menores el derecho a juicio por jurados (Feld, 1999:246). Sin embargo, de "un examen crítico de las cláusulas sobre objetivos legales, de las opiniones del tribunal, de las leyes que regulan la determinación de sanciones a menores, de las prácticas sancionatorias de los tribunales, de las condiciones del encierro institucional y de las evaluaciones sobre eficacia del tratamiento" resulta que no es cierto que ambos sistemas "apuntan a diferentes direcciones (...). Más bien, estos diversos indicadores revelan en forma consistente que los tribunales de menores castigan a los delincuentes por sus delitos en forma creciente y explícita" (Feld, 1999:250-251).

(13) "Allen vs. Illinois", 478 US 364 (1986).

de su parte, tienen menos elementos de socialización que puedan protegerlos, además sufran una respuesta penal más intensa. El principio de culpabilidad fundamenta la conclusión inversa, esto es, se debe responder con menor intensidad penal a quienes tienen más desventajas (a mayor condicionamiento de factores contextuales, menor evitabilidad del delito, luego menor culpabilidad y menor merecimiento individual de pena), pero ella rara vez es extraída por los tribunales, si bien es posible contar con algunos notables ejemplos **(14)** de esa inversión del derecho penal de autor (el derecho penal de culpabilidad atiende ciertamente al autor del delito, pero no para intensificar su carga sobre el más peligroso, sino para no exigir a cada uno más que lo que podía haber dado).

14ª Dada su base fundamentalmente utilitaria y su déficit de eficacia, el principio educativo es del todo insuficiente para limitar las demandas de pena basadas en criterios de prevención general y para fundar un derecho penal de adolescentes más justo y racional. Junto a él, y probablemente con un papel de mayor importancia, el principio de culpabilidad y el principio de reparación y conciliación entre autor y víctima tienen un papel autónomo que cumplir, como otros dos pilares de aquel derecho penal de adolescentes más justo y racional: el principio de culpabilidad, fundamentando siempre una menor responsabilidad (cuando no su exención), y consecuentemente unas penas menos severas, en atención a las menores competencias sociales, capacidad de autocontrol y posibilidades alternativas de comportamiento en los adolescentes, en general, y más aún en los que tienen más desventajas; y el principio de reparación y conciliación entre autor y víctima, sirviendo de base para una búsqueda activa de entendimiento y acuerdo entre ellos y para una solución reparatoria (material o simbólica) que, idealmente, vaya acompañada de un sobreseimiento de la causa, como una mejor forma de resolver el conflicto surgido a partir del delito.

A partir de este diagnóstico de la situación en que se encuentra la educación y (re)socialización en la justicia juvenil, ¿queda un espacio para ella en un derecho penal de adolescentes que transita hacia una mayor atención a las garantías y a la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la severidad de la sanción? Ciertamente sí queda un espacio, pero a estas alturas esa no es la pregunta más relevante de responder. No se trata ya de la cuestión de si queda un espacio para la idea de educación y socialización en el derecho penal de adolescentes, sino, más precisamente, de cuáles son —en vista de aquellos modestos resultados— los "usos" de la idea de educación y socialización que es razonable y legítimo promover y cuáles no lo son.

En mi opinión, del diagnóstico que he ofrecido pueden derivarse las siguientes tesis sobre la razonabilidad y legitimidad de los usos del ideal (re)socializador en el derecho penal de adolescentes.

Primera tesis: El ideal (re)socializador debe usarse, en el derecho penal de adolescentes, primariamente como un argumento despenalizador, que sirva para dejar de intervenir penalmente en casos en que es preferible y posible mantener al adolescente en un espacio social normal, evitando el contacto con la justicia y sus instituciones, que normalmente entorpecen o ponen en riesgo la socialización de niños y adolescentes, en lugar de favorecerla. Esa debe ser la primera prioridad, por lo menos en los casos de la criminalidad más o menos leve de carácter ocasional.

Segunda tesis: La despenalización orientada a la socialización puede traducirse en una derivación del caso a servicios sociales o de protección a la infancia y la familia (y de terapia, en su caso), siempre que existan necesidades especiales de apoyo a su educación o socialización que así lo justifiquen. La comisión de un delito no es sinónimo de necesidad de educación y socialización, si se admite la hipótesis de que buena parte de la criminalidad de adolescentes es episódica y remite espontáneamente sin intervención institucional alguna. En cualquier caso, si se opta por hacer una derivación a los servicios sociales o de protección, no habrá verdadera despenalización si estos servicios materialmente desempeñan un rol punitivo, lo que seguramente ocurrirá cuando se trata de servicios especialmente diseñados para niños y adolescentes "problemáticos", que

(14) Paradigmática, en este sentido, es la sentencia 591-F-97 del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, emitida en una causa penal de adolescentes.

restringen de cualquier modo la libertad de estos.

Tercera tesis: Cuando el sistema de justicia decide intervenir respecto de un adolescente infractor (lo que solo podrá fundarse en que se trata de un hecho que la justicia no está dispuesta a "dejar pasar"), entonces el ideal (re)socializador debe servir como un argumento para reducir la intensidad de la intervención penal: especialmente, para fundamentar la elección de una sanción ambulatoria no obstante tratarse de un delito que por su gravedad admite ser sancionado con una que no lo sea.

Corolario: Si el derecho penal de adolescentes se diferencia del derecho penal de adultos (entre otros aspectos) por la importancia que asigna al principio educativo y (re)socializador, y este principio a su vez tiene signo despenalizador o por lo menos limitador de la sanción, entonces nunca será posible en nombre de aquel principio imponer una sanción a un adolescente en un caso en que al adulto no se le habría impuesto, ni imponerle una más severa o intensa que la que le habría correspondido al adulto.

Cuarta tesis: La necesidad de seleccionar una sanción ambulatoria orientada a la prevención especial, que tenga posibilidades reales de ser eficaz, permite y exige individualizar la sanción —con fundamento en el principio educativo— sobre la base de las características específicas del autor y su situación familiar y social, a las que la sanción debe adaptarse (como condición de eficacia). No obstante, debe evitarse una praxis discriminatoria en contra de los adolescentes cuyas circunstancias de vida podrían fundamentar una mayor necesidad de intervención. Para ello, el principio de culpabilidad establece restricciones severas que, inclusive, fundamentan la consecuencia contraria: una sanción menos severa e intensa.

Quinta tesis: Dado que únicamente está justificado emplear el principio educativo como un límite para la intervención penal, no corresponde recurrir a sanciones, ni siquiera ambulatorias, si es posible prescindir de toda sanción a través de un proceso de conciliación entre el autor y la víctima, acompañado en su caso de una reparación material o simbólica.

Sexta tesis: Si nada de lo anterior es posible, y se va a imponer una sanción privativa de libertad, el principio educativo y (re)socializador, lejos de emplearse para justificar la imposición coactiva de un tratamiento a los adolescentes internos, que violentaría su autonomía moral, tiene un papel fundamental que cumplir en materia de ejecución penitenciaria, fundamentando una regulación más benigna en materia de las condiciones de encierro (infraestructura, equipamiento, oferta programática, calificación del personal, etc.) y de beneficios penitenciarios (menos requisitos y un plazo más breve —o ningún plazo previo— para acceder a salidas semanales y diarias, suspensión y remisión del resto de la pena, sustitución de esta por otra menos severa, etc.).

Como consecuencia de todo lo anterior, el principio educativo y (re)socializador impone un cierto orden de prioridad en el recurso a las diversas alternativas de resolución de un caso de delincuencia juvenil (Couso *et al.*, 1999):

- primera opción, desestimar la causa, dejando de intervenir, para no entorpecer o poner en peligro el proceso de socialización del niño o adolescente;

- segunda opción, desestimar el caso en la justicia juvenil y derivar el asunto a los servicios sociales regulares y de protección (o terapia) de la infancia y la familia, cuando el adolescente tiene necesidades educativas y de socialización insatisfechas que requieren alguna intervención institucional, que jamás podrá ser sanción encubierta;

- tercera opción, procurar un entendimiento entre el adolescente autor y la víctima, que conduzca en su caso a una reparación;

- cuarta opción, imponer una medida o sanción ambulatoria, orientada a reducir la posibilidad de un futuro comportamiento delictual;

- quinta opción (como "último recurso y por el menor tiempo posible"), imponer una sanción privativa de libertad, en condiciones privilegiadas en comparación con otros centros, y planteándose desde el primer momento la posibilidad de reducir su impacto negativo para la socialización a través de beneficios penitenciarios.

Referencias bibliográficas

ALBRECHT, Peter-Alexis, "El derecho penal de menores", trad. de la 1ª ed. alemana por Bustos Ramírez, Ed. PPU, Barcelona, 1990.

- "Jugendstrafrecht", 2ª ed., Ed. Beck, München, 1993.

BELOFF, Mary, "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio - BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, 2ª ed., Ed. Temis - Depalma, Bogotá - Buenos Aires, 1999.

CANTARERO BANDRÉS, Rocío, "Delincuencia juvenil y sociedad en transformación", Montecorvo, Madrid, 1989.

CILLERO, Miguel, "Resocialización y derechos fundamentales", trabajo inédito presentado para el curso de doctorado Derecho Penal y Criminología, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2003.

COHEN, Stanley, "Visions of social control", Ed. Blackwell, Oxford, 1985.

COUSO, Jaime, "Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos", en AA.VV., *De la tutela a la justicia*, Ed. LOM, Santiago, 1998 (hay una versión electrónica en la revista *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago, 1999, *http://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf*).

COUSO, Jaime *et al.*, "Derecho penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?", Ed. Facultad de Ciencias Sociales, U. de Chile - UNICEF, Santiago de Chile, 1999.

FELD, Barrie, "Bad kids. Race and the transformation of the Juvenile Court", Ed. Oxford University Press, New York - Oxford, 1999.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, "Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social", en BUSTOS, Juan, *Un derecho penal del menor*, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1992.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther, "La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita", en BUSTOS, Juan, *Un derecho penal del menor*, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile.

PLATT, Anthony, "Los 'salvadores del niño' o la invención de la delincuencia", Ed. Siglo XXI, México, 1982.

ROXIN, Claus, "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Vebrechenslehre", 2ª ed., München, 1994.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Emilio, "Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (*social development theories*)", *Rev. Derecho (Valdivia)* (online), vol. 14, julio de 2003, ps. 135-158, disponible en *http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100008&lng=es&nrm=iso*.

ZIMRING, Franklin, "The common thread: diversion in the jurisprudence of Juvenile Courts", en ROSENHEIM, Margaret K. - ZIMRING, Franklin E. - TANENHAUS, David S. - DOHRN, Bernardine (eds.), *A century of juvenile justice*, Ed. University of Chicago Press, 2002.

ACTUALIDADES

Actualidad en Jurisprudencia de la Justicia de Menores 1/2021

Martiniano Terragni (*)

Sumario: I. Conflicto de competencia entre la Justicia Nacional de Menores y la Justicia de la CABA. Convención sobre los Derechos del Niño. Principio de especialidad.— II. Constitución de querella. Derechos procesales de las víctimas. Inconstitucionalidad del art. 91, Cód. Proc. Penal Cba. Procesos contra menores inimputables.— III. Creación de la Fiscalía Especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Principio de especialidad. Convención sobre los Derechos del Niño y Reglas de Beijing.— IV. *Habeas corpus*. Juez natural. Personas inimputables privadas de su libertad. Pedido de externación de menores no punibles.— V. *Habeas corpus*. Ley 26.061. Personas inimputables privadas de su libertad. Pedido de externación de menores no punibles. Juez natural.— VI. Internación en centro de régimen cerrado. Admisibilidad del recurso de casación. Doctrina "Di Nunzio". Imposibilidad de reparación ulterior.— VII. Internación en centro de régimen cerrado. Artículo 1º de la ley 22.278. Centro de régimen cerrado. Ley 26.061. Protección integral.— VIII. Internación en centro de régimen cerrado. Nulidad por falta de fundamentación. Restricción de la libertad de menores.— IX. Principio de desjudicialización. Disposición provisoria. Declaración de inimputabilidad.— X. Internación en centro de régimen cerrado. Inconstitucionalidad de la res. 313/2015 de la SNNAyF.— XI. Sentido de la pena. Medidas restaurativas.

I. Conflicto de competencia entre la Justicia Nacional de Menores y la Justicia de la CABA. Convención sobre los Derechos del Niño. Principio de especialidad

En los autos "S., L. A. s/ tenencia - incompetencia" —CNCrim. y Correc., sala V, 28/09/2020, CCC 31202/2020/CA1—, el juez Ricardo M. Pinto decidió revocar la decisión del Juzgado Nacional de Menores de declinar la competencia parcial respecto del delito de tenencia de arma de fuego de uso civil, remitiendo testimonios al fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este sentido, afirmó el juez Pinto que la transferencia de competencia de la Justicia local cede frente a la necesidad de un procedimiento particular respetuoso de las pretensiones convencionales.

Para resolver, el juez tomó en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). A la luz de estas normativas, sostuvo que asistía razón a la defensa, en cuanto a la necesidad de mantener las actuaciones en el fuero que goza de mayor de especialidad (Juzgado Nacional de Menores Nº 7, en este caso), ya que "[e]s de fácil advertencia la obligación que recae sobre los Estados ratificantes de disponer procesos adecuados a la protección de los menores que se encuentran involucrados en procesos penales como el que aquí nos ocupa". Seguidamente, concluyó que el Poder

(*) Con la colaboración de Sofía Busader y Lucrecia Thomas.

Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, "pese a los esfuerzos realizados por la legislación del fuero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por instaurar tribunales especializados en la Justicia Juvenil, la reglamentación provisoria de tres Juzgados que momentáneamente entiendan en cuestiones de esa índole no alcanza para garantizar la especialidad del fuero que exige la Convención sobre los Derechos del Niño y las pautas emanadas de las Reglas de Beijing".

Para finalizar, el magistrado de la Alzada entendió que "lo expuesto evidencia que la especificidad que exige el art. 40.3 de la Convención con jerarquía constitucional, de momento, no se encuentra garantizada en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas como sí sucede en la Justicia Nacional Criminal y Correccional, en la que funcionan Juzgados y Tribunales Orales de Menores".

II. Constitución de querella. Derechos procesales de las víctimas. Inconstitucionalidad del art. 91, Cód. Proc. Penal Cba. Procesos contra menores inimputables (1)

En la causa "P/A P. L., L. V. p.s.a. abuso sexual" —auto interlocutorio, 26/10/2020, Córdoba—, donde se debía resolver sobre la solicitud de constitución como querellante realizada por el Sr. F. C., el tribunal decidió declarar la inconstitucionalidad del art. 91, Cód. Proc. Penal Cba. en cuando impide instar la participación del querellante particular en los procesos incoados contra personas menores de edad, y que procede admitir su participación en el proceso, a pesar de no tener intervención el Ministerio Público Fiscal (cf. arts. 18 y 31, CN; 8.1, CADH; 40, Const. Cba., entre otros).

El progenitor y representante legal de H. D. C. L., presunta víctima de 10 años, había solicitado participar como querellante particular, en los términos del art. 7º del Cód. Proc. Penal Cba., en la causa seguida contra L. V. P. L., de 15 años.

Tras señalar la prohibición de constituirse como parte querellante en los procesos contra menores (art. 91, Cód. Proc. Penal Cba.), el tribunal decidió examinar la validez constitucional de dicha regla.

A ese respecto, destacó que la injustificada demora en materia legislativa en cuanto a instaurar el sistema acusatorio no "debe afectar el derecho a la 'tutela judicial efectiva' por parte de la víctima del delito", y que si la figura del querellante particular en los procesos por delitos de acción pública contra personas adultas responde a la exigencia del art. 8. 1, CADH, la excepción prevista en el art. 91, Cód. Proc. Penal Cba., lesiona el principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 16, CN).

Agregó el tribunal que de la Exposición de Motivos de la ley 8123 de la provincia de Córdoba no surgía una explicación para tal excepción.

Por otro lado, con cita del art. 5º, apart. h), de la ley 27.372, y del art. 6º, apart. B), del *Manual de justicia sobre el uso y la aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder, s*ostuvo el magistrado el beneficio de alcanzar una serie de *garantías judiciales de máximo nivel jurídico* de carácter bilateral y específico para la víctima —como la tutela judicial (arts. 1.1, 8.1 y 24, CADH) y el que denominó *derecho a intentar y lograr la condena*— y de fomentar la actividad probatoria que la intervención de la víctima tendría en el proceso contra una persona menor de edad.

III. Creación de la Fiscalía Especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Principio de especialidad. Convención sobre los Derechos del Niño y Reglas de Beijing

Mediante la res. FG 129/2020, del 22/12/2020, el fiscal general de la Ciudad de Buenos Aires dispuso centralizar la totalidad de los casos que conforman la materia penal juvenil en el ámbito de la ciudad en una única Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas, al mismo tiempo que creó la Fiscalía de Cámara Especializada en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

En sus fundamentos, expresó el fiscal general que "la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que 'cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de

(1) Si bien el suplemento aborda la jurisprudencia de la Justicia Nacional y Federal, también se incorporan decisiones provinciales de marcado interés.

los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento'" (art. 5.5).

Con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que el tribunal regional había ratificado el principio de especialidad en materia penal juvenil, tanto en el procedimiento como en la magistratura competente. Y aclaró: "los que ejerzan dichas facultades deberán estar específicamente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales" ("Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", sentencia del 02/09/2004, párrs. 210 y ss.).

De la misma manera, recordó que el principio de especialidad ha sido también recogido en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas (Reglas de Beijing), que estipulan: "los servicios de justicia de menores se perfeccionarán y coordinarán sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados", como también consignan la necesidad de asegurar el profesionalismo y la capacitación especializada de quienes se desempeñen en el sistema de justicia juvenil.

El fiscal general recordó que, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el principio de especialidad está previsto en la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (ley 114), que hace suyas expresamente las ya mencionadas Reglas de Beijing (art. 12). Además, mencionó que el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad (ley 2451) recoge los principios y garantías consagrados en los distintos instrumentos internacionales citados, como la especialidad de los magistrados en materia penal juvenil. Por todo esto, consideró que la ley procesal penal juvenil presupone la existencia de un "fiscal penal juvenil"; "el Ministerio Público Fiscal debe adecuar su organización y contribuir al desarrollo progresivo de un sistema de justicia penal diferenciado en materia penal juvenil en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad. Con ese propósito, habré de asignar a una Fiscalía, a partir del 01/03/2021, la competencia exclusiva en toda la Ciudad respecto de aquellos casos en los que resulten imputados niños, niñas y adolescentes, esto es, personas que no hubieran alcanzado los 18 años de edad al momento del hecho objeto de investigación (...). [S]e ocupará de los casos que involucren a niños, niñas o adolescentes imputados *prima facie* como autores, coautores o partícipes de un delito cuya pena en expectativa se ajuste a los parámetros de la ley nacional 22.278. En ese marco, la intervención de esa dependencia comprenderá los delitos cuya competencia ya ha sido transferida —o habrá de transferirse— al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, así como las figuras penales que habilitarían el ejercicio de la acción penal en función de la doctrina elaborada por el Tribunal Superior de Justicia en el precedente 'Giordano' (cf. expte. 16.368/2019, sentencia del 25/10/2019)".

Por último, con respecto a los casos de flagrancia, señaló el fiscal general que en una primera etapa se exceptúa de la competencia exclusiva la gestión inicial de los casos que den lugar a la detención de niños, niñas y adolescentes, y la intervención directa de la Fiscalía especializada comenzará luego de la intimación de la persona imputada (arts. 45 de la ley 2451 y 161 del Cód. Proc. Penal); así, el trámite inicial correspondiente a la flagrancia continuará a cargo de las Fiscalías de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas en turno.

IV. *Habeas corpus*. Juez natural. Personas inimputables privadas de su libertad. Pedido de externación de menores no punibles

En los autos "F. S. s/ *habeas corpus*" —JNCrim. y Correc. Nº 23, 17/12/2020, expte. CCC 53.246/2020—, el juez Fernando M. Andrés decidió desestimar la acción de *habeas corpus impuesta* a favor de los adolescentes que no hubieran cumplido los 16 años o se encontraran comprendidos entre los 16 y 18 años acusados de haber cometido delitos de acción privada o delitos reprimidos con pena privativa de libertad menor a 2 años de prisión, multa o inhabilitación, alojados en centros socioeducativos de régimen cerrado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 de la ley 23.098, ya que consideró que no se vislumbraba en el caso ninguno de los supuestos contemplados en el art. 3º, inc. 2º, de tal normativa.

Además, el juez decidió rechazar el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º de la ley 22.278 y, finalmente, elevar el recurso en consulta a la Cámara Nacional de Apelaciones.

El Juzgado entendió que no se había podido demostrar un indicio cierto y suficiente de que se estaba ante una situación de tal gravedad que mereciera ser enderezada a través del remedio que allí se intentaba; dijo que "se trata de una denuncia genérica, y no se han dado precisiones que permitan circunscribir aquellas privaciones ilegítimas de la libertad de los jóvenes que se denuncian".

Sobre el pedido de externación de las personas menores de edad no punibles que se encontraban internadas a disposición de los distintos jueces de Menores de la Justicia Nacional con sede en la Capital Federal, decidió el magistrado de la instancia no hacerle lugar, y señaló que cualquier reclamo de egreso debía ser canalizado ante los jueces naturales (en este caso, los jueces Nacionales de Menores). Al respecto, señaló que son los jueces Nacionales de Menores "quienes cuentan, al ser el fuero especializado, con los equipos interdisciplinarios respectivos para efectuar un seguimiento y evaluar y determinar la pertinencia de la continuación de la internación en el centro que corresponda, acorde a las características de la persona de que se trata, su edad, su entorno familiar y posibilidades de contención, etcétera".

Además, resaltó que la acción de *habeas corpus* no tiene como finalidad reemplazar a la autoridad judicial que interviene sobre la base de la asignación de la competencia prevista legalmente. Más allá de eso, manifestó que las instituciones de internación de los jóvenes imputados de delitos no eran centros de detención, sino centros socioeducativos de régimen cerrado; por lo tanto, la situación en que se encontraban inmersos aquellos jóvenes no podía ser entendida como un agravamiento de sus condiciones de detención, en virtud de que ellos no se encontraban bajo un régimen de privación de la libertad cautelar. Por ello, entendió que "la externación de todos aquellos menores que se encuentren comprendidos en la presente acción, resulta a todas luces improcedente, al no corresponder al juez en turno de *habeas corpus* expedirse al respecto, ni adoptar medidas de tal envergadura, de tener en cuenta las características propias de la acción intentada (actualidad, urgencia y celeridad)".

Por último, sobre la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la ley 22.278 en sus arts. 1º y 2º, el juez Fernández consideró que no debía prosperar, de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto "... la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional y por ello es que debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico..." (Fallos 3654:364; 288:325; 295:455; 306:1597), "... y que solo procede su ejercicio cuando la repugnancia con las cláusulas constitucionales sea manifiesta, clara e indudable..." (Fallos 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241) "... y no exista la posibilidad de otorgarle una interpretación que se compadezca con los principios y garantías y reconocidos...".

V. *Habeas corpus*. Ley 26.061. Personas inimputables privadas de su libertad. Pedido de externación de menores no punibles. Juez natural

En los autos "F. S. s/ *habeas corpus*" —18/12/2020, expte. 53.246/2020/CA1—, los jueces de la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Rodolfo Pociello Argerich y Ricardo M. Pinto, resolvieron confirmar la decisión que había desestimado la solicitud colectiva interpuesta para que se declarara la ilegitimidad de las privaciones de libertad de todos aquellos adolescentes que no hubieran cumplido los 16 años o se encontraran comprendidos entre los 16 y 18 años al momento de la comisión del hecho acusados de delitos de acción privada o delitos reprimidos con pena privativa de libertad menor a 2 años de prisión, multa o inhabilitación, alojados en instituciones cerradas de la ciudad, y que se ordenara su cese.

Los jueces coincidieron con la opinión del juez *a quo* acerca de que en la acción no se individualizaban beneficiarios ni supuestos concretos que sugirieran la afectación a garantías constitucionales de menores sometidos a un proceso judicial y que permitieran inferir la existencia de un agravio cierto y actual a reparar que amerite, por tanto, la apertura de la acción

colectiva, a excepción del joven N. G., del que tampoco se habían aportado mayores detalles.

A su vez, recordaron que, si bien la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación había reconocido que "el régimen de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescritos por la Convención sobre los Derechos del Niño" (Fallos 331:2691 consid. 5º) y había requerido al Poder Legislativo que "en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, párr. 2º)" (ver consid. 8º), lo cierto es que se había pronunciado a favor de la vigencia y constitucionalidad del régimen previsto en la ley 22.278. En función de lo señalado, consideraron que la declaración de ilegitimidad de las privaciones de libertad denunciadas y la externación de las personas menores de edad no punibles internados a disposición de los distintos jueces de Menores que se perseguían con esa acción resultaban manifiestamente improcedentes y ajenas a las previsiones de la ley 23.098.

VI. Internación en centro de régimen cerrado. Admisibilidad del recurso de casación. Doctrina "Di Nunzio". Imposibilidad de reparación ulterior

En los autos "E., B. E. s/ internación" —CNCrim. y Correc., sala IV, 28/12/2020, recurso de casación CCC 52.713/2020/1—, por decisión de los jueces Ignacio Rodríguez Varela y Mauro A. Divito se concedió el recurso de casación que la defensa oficial interpuso contra la decisión que confirmó la resolución que dispuso mantener la internación del menor en un centro de régimen cerrado idóneo a su franja etaria a fin de profundizar los estudios conducentes para avanzar con un tratamiento integral a su respecto.

Los jueces analizaron la procedencia del recurso y señalaron que la impugnación aparece deducida en legal término (art. 463 del Cód. Proc. Penal de la Nación). Asimismo, repararon en que, si bien la medida impugnada tiene una duración de treinta días y, por ende, no se trata de aquellas expresamente previstas por el art. 459, inc. 3º, como el recurrente se agraviaba por lo que consideraba una arbitraria restricción de la libertad ambulatoria, y que no era susceptible de reparación posterior, resultaba entonces equiparable a definitiva (art. 457 del mismo ordenamiento y, *mutatis mutandis,* precedente de la CS, 03/05/2005, "Di Nunzio"; CNCrim. y Correc., sala IV —con integración parcialmente distinta—, causas 21.020/20, 11/06/2020, "Benvenuto Zuri"; y 34.994/2020, 26/10/2020, "Machado").

VII. Internación en centro de régimen cerrado. Artículo 1º de la ley 22.278. Centro de régimen cerrado. Ley 26.061. Protección integral

En autos "M., D. L. s/ disposición del menor" —CNCrim. y Correc., sala IV, 22/10/2020, expte. 34.994/2020/2—, con los votos de los jueces Ignacio Rodríguez Varela y Pablo G. Lucero, se decidió confirmar el auto recurrido que había dispuesto la permanencia de D. L. M. en el centro cerrado que corresponda a su edad y características.

En su voto, el juez Ignacio Rodríguez Varela examinó la disposición tutelar de D. L. M., a quien se le habían imputado seis graves hechos que afectaron la vida, la propiedad y la seguridad pública, por los que había sido sobreseído en razón de su edad, y nuevamente fue sindicado como coautor de un suceso de similar gravedad, por el que tampoco resultaba imputable, presuntamente cometido poco después de haber egresado del centro socioeducativo en el que se había encontrado internado.

A su modo de ver, todos estos episodios de extremo riesgo para la vida tanto del adolescente como de terceros indicaban que sus derechos —a la vida, a su desarrollo, a la educación, a la salud— se habían encontrado afectados en el pasado, pese a la intervención de la Administración en otras oportunidades, y al momento no habían podido restablecerse de forma mínimamente perdurable a pesar de los esfuerzos realizados.

El juez recordó su voto en "P. A.", donde había afirmado que "la ley 26.061, que derogó el sistema de patronato de menores de la ley 10.093, establece un amplio y descentralizado sistema de protección de los niños. Se ocupa de todos ellos, hayan o no incurrido en alguna de las acciones que integran los modelos del catálogo de

delitos. Se trata, no obstante, de un sistema que tiene por responsables primarios a los Poderes Ejecutivos de las distintas jurisdicciones de la República, por lo que son sus atribuciones eminentemente administrativas las alcanzadas por las prohibiciones de los arts. 36, 40 y 41, es decir aquellas que ejercen por sí mismas y no en tanto auxiliares de la justicia. Y es muy razonable que la ley se ocupe de destacarlo puesto que no hace más que recordar que la restricción de la libertad, al igual que el resto de las prórrogas a los derechos fundamentales, solo puede ser dispuesta por los jueces en el marco de su jurisdicción y competencia (art. 18 de la CN). En suma, no han sido derogadas las previsiones del art. 1º de la ley 22.278, cuya vigencia y constitucionalidad fueron sostenidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 331:2691). El ejercicio de dicha jurisdicción ha sido puesto por la ley a cargo de los Juzgados especializados, cuyas competencias tutelares, así como he dicho que resultan ajenas al ámbito de los organismos administrativos de la ley 26.061, entiendo que no se superponen, sino que se complementan con las que ejerce la Justicia Civil".

Tuvo presente, también, que el Máximo Tribunal en el fallo citado había sido respetuoso de sus precedentes, que imponían una interpretación de las leyes que evite darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y, en cambio, la adopción como verdadera de la que las concilie y deje a todas con valor y efecto, de modo que permita su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente.

El magistrado de la Alzada creyó conveniente valorar especialmente lo señalado por el progenitor del adolescente, quien le había comunicado al equipo interdisciplinario que no estaba dispuesto a hacerse cargo de su hijo "en las actuales condiciones", ya que no podía imponer límites eficaces que el menor respetara, al punto de que durante aproximadamente una semana el adolescente no se presentó a su hogar, a la vez que se habían verificado retrocesos en los avances positivos que se habían verificado. No obstante aquello, los informes del Centro de Admisión y Derivación enfatizaron en la voluntad de la familia de recibir al joven en su hogar, lo que no se condecía con la realidad.

El juez Rodríguez Varela hizo referencia a lo alertado por la Prof. Mary Beloff sobre "la paradoja del afianzamiento", por un lado, de los principios de protección integral, superadores de la cultura meramente tutelar, pero con el paralelo olvido, "más allá de los enunciados, [de] aquello que no era materia de discusión: la garantía concreta para los niños de una vida digna de ser vivida", afirmando con énfasis que "la Corte IDH precisó que se debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso y disfrute de los niños a esos derechos y para evitar retrocesos y demoras injustificadas, mediante la asignación a este fin de los mayores recursos disponibles (Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 17, 'Condición jurídica y derechos humanos de los niños', párr. 81)".

Dada la situación concreta del imputado M., el juez Rodríguez Varela puso de manifiesto con seguridad que la decisión de disponer su permanencia en el centro cerrado que corresponda no solo era admisible constitucionalmente, sino que resultaba razonable y proporcionada, en vistas del interés superior del niño y la necesidad de atender y restablecer sus derechos.

El juez Pablo G. Lucero, por su lado, resaltó que, a diferencia de los jueces penales de mayores, cuya jurisdicción se agota con un sobreseimiento firme dictado, es misión legal central y primordial de los jueces de menores, aun en ese supuesto procesal, el arbitrar los medios para que los menores no punibles se reintegren a su entorno familiar y social en forma exitosa.

Para ello, la magistratura especializada tiene a su disposición distintos instrumentos para lograr el fin socioeducativo que todo sistema de responsabilidad juvenil persigue. Casi la totalidad son medidas ambulatorias y no restrictivas, pero, como última instancia, ante el riesgo material del menor, tienen la facultad de disponer un encierro cautelar a esos fines. Según el juez Lucero, tal decisión, a la luz del interés superior del niño, no se contraponía en lo más mínimo con las regulaciones convencionales internacionales —de hecho, las celebra—, en la medida en que tenga un plazo breve determinado y un contenido material asertivo que la justifique, lo cual se verificaba en autos.

VIII. Internación en centro de régimen cerrado. Nulidad por falta de fundamentación. Restricción de la libertad de menores

En los autos "Z. P., F. J. s/ internación" —27/08/2020, CCC 34.298/2020/1/CA4—, la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, integrada por la jueza Magdalena Laíño y el juez Julio M. Lucini, de acuerdo con la apelación de la defensa, declaró la nulidad del auto que mantuvo la internación de F. J. Z. P. y ordenó que se subsanara la falta de fundamentación del auto.

La sala recordó su precedente 61.702/18/2, "D., L. V.", del 18/11/2018, donde había sostenido que "la restricción de la libertad de un menor procede cuando se dan los escenarios enumerados en el art. 411 del Cód. Proc. Penal de la Nación y que tal circunstancia debe ser evaluada a la luz del art. 37, inc. 2º, de la Convención sobre los Derechos del Niño, los arts. 13 y 17 de las Reglas de Beijing y la ley 26.061".

Así, en este caso se observó que el magistrado de grado había dispuesto la internación de F. J. Z. P. con un análisis que consideraron "completo en lo relativo a su reinserción social y reeducación", pero que "tal ponderación por sí sola (…) ajena al instituto" era "insuficiente para justificar su aplicación" en virtud del texto del art. 411 del Cód. Proc. Penal de la Nación.

La sala declaró la nulidad del pronunciamiento apelado y reenvió para que se subsane el vicio, sin asumir competencia positiva, porque deberían "ponderarse elementos que no fueron oportunamente valorados y podrían afectar (…) la estrategia de defensa, vulnerando así garantías y derechos fundamentales".

IX. Principio de desjudicialización. Disposición provisoria. Declaración de inimputabilidad

En autos "E., B. S. s/ no imposición de medida tuitiva" —28/09/2020, CCC 15.035/2020— la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, integrada por los jueces Mauro A. Divito y Pablo G. Lucero, resolvió confirmar la decisión recurrida por el fiscal, quien apeló la denegatoria de que se dispusiera del menor B. S. E. en los términos del art. 1º de la ley 22.278.

El Ministerio Público Fiscal había reclamado que se dispusiera tutelarmente del niño B. S. E., de seis años de edad, quien habría agredido dentro del hogar "A. M." a D. G. P. M., de dos años de edad, el cual, según la denuncia de la madre, habría sido víctima de tocamientos en sus genitales, que le habrían lesionado.

El recurrente solicitaba que se notificara a los padres de B. S. E. de la existencia de esas actuaciones y que fueran evaluados el grupo familiar por un equipo interdisciplinario y los niños menores en cámara Gesell.

La defensora pública afirmó que la *protección y contención* de los niños ya había sido abordada cuando se dispuso la intervención del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y que someter a un niño de dos años a más exámenes podría afectar su salud, *revictimizándolo,* destacando que "el niño al que le es atribuido el supuesto hecho resultará inimputable y el ejercicio de la acción penal resulta en todo supuesto no viable". Concluyó entonces que "atiende mejor al interés superior de los niños involucrados la rápida desjudicialización del caso, evitando someterlos a proceso y ser objeto de medidas de prueba".

El juez Divito se remitió a los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 331:2691, donde esta afirmó que "en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido, recientemente, que si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos responsables en un procedimiento penal 'si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños' (Observación General 10/2007, 'Derechos del niño en la Justicia de menores', del 25/04/2007, párr. 31)" (consid. 12); que "—siempre que sea apropiado— se deben adoptar medidas para tratar a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales" y, respecto de los menores no punibles, mencionó las medidas ajenas a los procedimientos judiciales y buscar alternativas a la internación en instituciones (art. 40.4, CDN) (consids. 3º y 4º).

El juez hizo suyos los argumentos del fallo del Máximo Tribunal invocado y los de la defensora de menores, al rechazar la pretensión del recurrente. Destacó que el art. 1º de la ley 22.278 no debía ser interpretado bajo el paradigma tutelar al tiempo de su sanción, sino en los términos del modelo de "protección integral" de la CDN.

En ese sentido, señaló el magistrado Divito que los intereses del niño se encontraban salvaguardados mediante la intervención de las áreas administrativas después de haber sido sobreseído por resultar no punible, y que en definitiva disponer de él como imputado habría implicado una superposición de órganos "interviniendo", contrario a sus derechos.

Por su parte, el juez Lucero dijo que, teniendo en cuenta que la ley 26.061 se sancionó para "acondicionar el ordenamiento jurídico del menor a los parámetros de la Convención del Niño, para su resguardo y en miras a su interés superior", y la extrema vulnerabilidad económico-social de B. S. E. y su familia, "hacer lugar al requerimiento del representante del MPF —de conformidad al art. 1º de la ley 22. 278— conllevaría a desnaturalizar el espíritu del aludido pacto internacional y desvirtuar la tutela del niño con la actuación jurisdiccional sobreponiéndose a la administrativa".

X. Internación en centro de régimen cerrado. Inconstitucionalidad de la res. 313/2015 de la SNNAyF

En los autos "P. A., P. R. s/ internación —expediente tutelar—" —20/03/2020, expte. 2217/2020—, la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, integrada por los jueces Juan E. Cicciaro e Ignacio Rodríguez, debió resolver tres recursos interpuestos por el titular de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años de la Defensoría General de la Nación y por el defensor oficial a cargo de la asistencia técnica de los imputados menores de edad.

El tribunal rechazó la declaración de inconstitucionalidad de la ley 22.278, confirmó la declaración de inconstitucionalidad de la res. 313/2015 de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (en adelante, SNNAyF), confirmó la disposición tutelar de P. R. P. A., su internación provisoria y la denegación de la libertad —y su alojamiento en el domicilio de la madre— durante la pandemia de COVID-19.

En relación con la ley 22.278, sostuvo su validez constitucional a partir de que la Corte Suprema de la Nación la ha declarado en "García Méndez" (G.147.XLIV). Agregó que de esa decisión y de los arts. 19, 33 y 36 de la ley 26.061 y los arts. 25, 37 y 40 de la CDN no surge la imposibilidad de aplicar medidas como las impuestas en el caso a menores que no han alcanzado la edad mínima de imputabilidad, aunque de manera excepcional, excluyendo la arbitrariedad.

Así, sostuvo que el art. 19 de la ley 26.061, en consonancia con la CDN, admite esta clase de medidas y que de la ley 22.278 no surge que las medidas tuitivas sean solo aplicables a quienes hayan cumplido 16 años; no hace esa distinción, sobre todo cuando hay extrema vulnerabilidad y situación de riesgo, como aludió que era el caso.

En relación con la declaración de inconstitucionalidad de la res. 313/2015 de la SNNAyF, la Cámara la confirmó, sobre la base de que ese organismo carece de función jurisdiccional para cancelar los efectos normativos de las leyes. El juez sostuvo que "la evaluación de la legalidad, proporcionalidad, necesidad e idoneidad de las medidas tuitivas de protección de los derechos de los menores imputados de delitos se halla a cargo de los magistrados y dicha facultad derivada de la ley 22.278 no puede ser cancelada mediante una decisión administrativa dictada por un organismo dependiente del PEN".

El juez Ignacio Rodríguez Varela afirmó que, aunque no dude de los justos motivos y preocupaciones de quienes consideran prohibida cualquier tipo de medida que implique situar a niños en lugares donde no puedan salir por voluntad propia, "se trata de una toma de posición apriorística y dogmática. Incluso, en tanto opinión previa o por fuera de la ley, podría dar lugar a comprensibles reparos y objeciones, puesto que sería muy difícil concebir la completa inexistencia de situaciones en las que sea necesario establecer una restricción semejante. Más aún, tal pretensión absoluta podría poner en riesgo a los niños, ocasionarles graves perjuicios bajo el absurdo de motivarlo en el supuesto amparo de sus derechos. A fuer de utópica, re-

sultaría contraria a la naturaleza de las cosas y a la experiencia cotidiana de las personas, las familias y las sociedades".

XI. Sentido de la pena. Medidas restaurativas

En autos "Juárez, Exequiel; Pérez, Gonzalo Ezequiel y M., Y. J. s/ homicidio agravado juicio" —septiembre de 2020, expte. 1VI-11471-P2014—, la sala A de la Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, Viedma, conformada por la jueza Sandra Filipuzzi de Vázquez y los jueces Ariel A. Gallinger y Marcelo Valverde, resolvió absolver de pena a Y. J. M. (en adelante Y.) en orden a la nueva declaración de responsabilidad decidida por el Máximo Tribunal provincial.

En las aclaraciones previas, el tribunal desarrolló que estas actuaciones llegaron debido a lo dispuesto por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro —43/2020—, que había resuelto anular parcialmente el auto de responsabilidad respecto de Y. J. M., declarando que su intervención en el hecho debía subsumirse en la figura de la participación secundaria (art. 46, Cód. Penal). Había reenviado para que el tribunal, con idéntica integración, resolviera acerca de la consecuencia jurídica frente a esta nueva situación.

La Fiscalía requirió una pena de tres años y cuatro meses de prisión, mientras que la defensa solicitó la absolución de pena.

Para resolver, el tribunal destacó que el art. 4º de la ley 22.278 debe ser interpretado de modo *coherente y congruente* con los arts. 37, inc. B), de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 17, inc. b), de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores (reglas de Beijing), en tanto el encarcelamiento de un menor debe hacerse efectivo como último recurso y durante el período más breve que sea posible.

Consideró lo resuelto en por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en "Molina" —sent. def. 103/2019— y su mandato respecto de que en los casos de procesos penales seguidos a personas menores de edad, "la primera decisión que debe sopesarse es si corresponde imponer algún tipo de pena".

La Cámara tuvo en cuenta que, a partir de la decisión del Superior Tribunal provincial, la responsabilidad había quedado *ostensiblemente reducida* en relación con lo que había sido decidido al finalizar el debate.

La persona imputada no registraba ningún tipo de condena previa ni promoción de causas penales anteriores ni posteriores al hecho tratado. Con relación al tratamiento tutelar, este no se produjo debido a que la imputada alcanzó la mayoría de edad al poco tiempo, algo que no podía utilizarse en su contra, pues "no se llevó a cabo por cuestiones ajenas a su voluntad".

Se tuvo en cuenta que Y. había formado una familia, que tenía una hija de tres años a su cargo, trabajaba y estaba terminando sus estudios secundarios.

Se consideró su niñez y su adolescencia "complicadas", con situaciones de violencia, desapego de los familiares adultos, y que incluso fue víctima de violencia sexual por parte de su progenitor, "todas vivencias que posible es valorar como causantes de un estado de vulnerabilidad que propiciara —sin que ello implique su justificación de manera llana— la conducta ejercida por la joven y que motivara que fuera sujeto imputada en la presente causa".

En relación con las pautas del art. 4º de la ley 22.278, el tribunal consideró que Y. había logrado insertarse socialmente, siendo parte de un proyecto familiar, dando sustento a su economía personal y de su pequeña hija, asumiendo responsabilidades maternales e intentando consolidar un proyecto propio y autónomo, avanzando en su proceso educativo.

Frente a esas circunstancias, y dado que la Fiscalía no había dado razones suficientes para la aplicación de una pena ni en contra de medidas restaurativas, el tribunal concluyó que no era prudente ni útil aplicar una pena, aunque fijó una serie de reglas de conducta con propósito *restaurativo,* que "satisfacen la finalidad de la normativa", que es "la rehabilitación de los jóvenes en el marco de un rol constructivo de la sociedad".

JURISPRUDENCIA

TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES

Perspectiva de género. Violencia económica. Situación de vulnerabilidad. Hija que debía recibir una cirugía. Absolución.

1. — Debido a las especiales condiciones y circunstancias de vida de la imputada, se observa un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y necesidad económica, cuyo análisis no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. 43, inc. 3 del Cód. Penal, sino que debe incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque constitucional.

2. — Desconocer la situación de necesidad que primó sobre la imputada, quien se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la cirugía que el médico le prescribió con urgencia, así como la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal.

3. — Aun cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación.

4. — En atención a las especiales circunstancias del caso se verifica un interés que trasciende a las partes con una proyección cierta hacia el resto de la sociedad; y la presentación ha sido efectuada por una institución especialista en la materia cuya misión radica en bregar por el acceso a la justicia de las mujeres en conflicto con la ley penal, sin discriminación y con perspectiva de género.

5. — Se tiene por probado que la acusada era la única fuente de sustento económico de su familia, compuesta por ella y sus dos hijos menores; que se encontraba en una situación económica desfavorable, sin cobertura médica y escasos ingresos; que fue víctima de violencia física y psicológica de gravedad por parte de su pareja durante 6 años, situación que persistía en el aspecto psicológico y económico al momento de los hechos, y que su hija de dos años de edad, que padece una malformación congénita en su mano izquierda, debía recibir una cirugía reconstructiva urgente.

6. — La circunstancia de que la hija de la imputada deba ser evaluada por un equipo de manos pediátrico en nada modifica lo que esta sabía al momento del hecho y motivó su comportamiento. Esto es que su hija necesitaba ser operada con urgencia y que la operación tenía un valor de 100.000 a 200.000 pesos, lo que le era imposible afrontar debido a su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, no caben dudas de la existencia de un mal inminente a cuya merced se encontraba.

7. — Resulta evidente la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encuentra involucrada la salud pública —en este caso por el transporte de una cantidad inferior a un kilo de cocaína que era transportado por una mujer "mula" en su cuerpo—, y por el otro, en términos bien concretos, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años que se encuentra en la etapa de desarrollo. En consecuencia, no existen dudas que, en este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien con mayor protección legal.

8. — Prescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género y a efectuar una interpretación *in malam partem,* en contraposición con los principios de legalidad, *pro homine* y *pro libertate* que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado.

9. — Las especiales condiciones de vida de la imputada constatadas en la sentencia producto de la situación de violencia y vulnerabilidad económica que padecía, así como la ausencia de posibilidades para acceder a un trabajo mejor remunerado, redujeron sus posibilidades de elección para actuar conforme a derecho.

CFCasación Penal, 05/03/2021. - R., M. C. s/ audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362).

[Cita on line: AR/JUR/1062/2021]

Causa FSA 12570/2019/10

Buenos Aires, marzo 5 de 2021.

La doctora *Ledesma* dijo:

I. Que, por sentencia del 8 de noviembre de 2019, el juez Mario Héctor Juárez Almaraz, integrando el Tri-

bunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy de modo unipersonal, resolvió: "I. Absolver de culpa y cargo a M. C. R., de las demás condiciones personales consignadas, del delito de transporte de estupefacientes que fuera acusada, sin costas, ordenando su inmediata libertad —cfr. arts. 34 inc. 3 del Código Penal, 303, 308 y 309 del CPPF—".

Contra dicho pronunciamiento, el fiscal federal subrogante, Sebastián Gabriel Jure, interpuso impugnación que fue concedida con fecha 29 de noviembre de 2019.

El 6 de diciembre, el fiscal general ante esta Cámara, Raúl Omar Pleé solicitó la integración colegiada del tribunal para resolver la impugnación en curso. La defensa se opuso a dicha integración y el doctor Eduardo R. Riggi, por resolución del 9 de diciembre de 2019 —Reg. nro. 2/2019— hizo lugar a lo peticionado y dispuso la integración colegiada del Tribunal para entender en el caso.

El 10 de diciembre, a través de la oficina judicial, se sorteó a los magistrados Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani para intervenir en el caso.

El 19 de diciembre, esta Cámara Federal de Casación Penal, integrada de forma colegiada por los doctores Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani —luego de celebrarse la audiencia prevista en el artículo 362 del CPPF—, hizo lugar, por mayoría, a la impugnación planteada por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas; condenó a M. C. R., como autora penalmente responsable de transporte de estupefacientes (art. 5 inc. "c" de la ley 23.737); y devolvió las actuaciones al *a quo* para la realización de la audiencia de determinación de pena prevista en el art. 304 del Código Procesal Penal Federal (cfr. legajo judicial N° FSA 12.570/2019/5, reg. N° 3/2019).

El titular de la Defensoría Pública Oficial N° 1 ante esta sede, Dr. Enrique María Comellas, impugnó dicha decisión de conformidad con lo previsto en el art. 364 del Código Procesal Penal Federal, formándose, el 6 de noviembre de 2020, el legajo de impugnación FSA 12.570/2019/8.

El 23 de diciembre de 2020, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los doctores Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques, resolvió, por mayoría,: "Hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa pública oficial, anular la resolución del 9 de diciembre de 2019 —reg. nro. 2/2019— que integró este órgano jurisdiccional de manera colegiada, y los actos consecutivos que dependan directamente de esta, y REMITIR el presente legajo a la Oficina Judicial a fin de que desinsacule un juez de revisión con funciones de casación para que, de manera unipersonal, entienda en la impugnación presentada por el representante del Ministerio Público Fiscal el 25 de noviembre de 2019, contra la absolución dictada en favor de M. C. R., sin costas..." (cfr. legajo judicial no FSA 12.570/2019/8, reg. N° 41/2020).

El 3 de febrero de 2021, se formó nuevo legajo de audiencia de impugnación a los fines previstos en el artículo 362 del Código Procesal Penal Federal y se sorteó al magistrado que habrá de conocer en ella de modo unipersonal, resultando desinsaculada la doctora Ángela Ester Ledesma (Ac. 17/2020), por lo que el caso llega así a mi conocimiento.

II. El representante del Ministerio Público Fiscal al impugnar la absolución de M. C. R. consideró que el juez de juicio aplicó erróneamente las prescripciones del art. 34 inc. 3 del CP, "ya que, para decidir, no tuvo en cuenta fundamentos válidos y respaldados por elementos probatorios producidos en el debate y resolvió en base a apreciaciones personales".

Señaló que la defensa no ha logrado acreditar que exista una causa que justifique la afectación del bien jurídico protegido por la norma "Salud Pública", pues no acompañó prueba que acredite el mal que pretendió evitar ni los extremos necesarios para configurar aquel permiso. "Más aún, (...) la conducta desplegada por la imputada no se efectuó para evitar ninguna situación, sino para juntar dinero para la supuesta operación que pretendía realizar a su hija menor".

Agregó que no se probó en el juicio que R. haya cometido el delito que se le achaca, empujada por ser víctima de "la situación de violencia que supuestamente padecía". En esta línea, manifestó que el propio juzgador admitió que la imputada no fue obligada por su expareja a cometer el hecho ilícito que se le imputa, y que, según la psicóloga y la asistente social, la nombrada se encontraba estable y tranquila, viviendo en la casa de sus padres desde diciembre de 2018. En consecuencia, infirió que la decisión impugnada se basó en apreciaciones personales del juez que no encuentran fundamentos en las pruebas producidas en el debate.

Por otro lado, adujo que aun cuando se considere que el mal mayor estaba constituido por la discapacidad de su hija y que iba a ser paliada con la operación, lo cierto es que ello no se solucionaría con el delito cometido pues "la misma imputada refirió al momento de prestar declaración en el juicio que recibiría como pago la suma de US$700, y si pensaba operarla en un sanatorio privado, ese monto no alcanzaba para cubrir siquiera la mitad de la cirugía que supuestamente le realizaría a su hija; y además, porque ese

tipo de operaciones está cubierta íntegramente por el Hospital Materno Infantil de la provincia de Salta de manera gratuita".

Refirió que no se vislumbra en el caso que la situación de necesidad alegada por la defensa de R. importara la existencia de un peligro inminente sobre el bien jurídico que se pretendía salvar, pues se admitió que en ningún momento hubo peligro de vida para la niña.

Además, señaló que la defensa no acreditó que la imputada hubiera agotado todas las vías posibles alternativas a la comisión del delito, considerando que los dichos de la psicóloga y los certificados médicos aportados no son suficientes para acreditar esos extremos.

Para finalizar, recalcó que debe tenerse en cuenta la gravedad del delito que se imputa vinculado al tráfico de estupefacientes, el que representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos. Aludió, además, a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en la persecución de esos delitos.

Hizo reserva del caso federal.

III. El 25 de febrero del corriente se llevó a cabo, de manera remota y virtual, la audiencia prescripta por el art. 362 del ritual, tal como consta en el acta confeccionada por la Oficina Judicial.

En primer término, hizo uso de la palabra el Fiscal General, Raúl Omar Pleé, quien luego de hacer una reseña del hecho, cuestionó que el accionar de R. se encuentre justificado por haber sido víctima de violencia por un hecho que ocurrió 6 meses antes del presente o por la situación de salud que atravesaba su hija.

Señaló que, si bien en el caso existe un mal, que es el problema de salud de la niña, no existe urgencia que implique la necesidad de que su madre se oriente al delito para evitar ese mal. Tampoco se observa inminencia ni inevitabilidad de utilizar otro medio distinto al delito para evitar ese mal.

Con respecto a la patología de la menor, refirió que se presentó un certificado médico que decía que era necesario efectuar una cirugía, cuyo costo podría ser de 100.000 o 200.00 pesos. Sin embargo, consideró que debía prestarse especial atención a la declaración del doctor L. (parte nro. 3 del debate, min 9.30) donde declara que vio a M. R. dos veces, que no recuerda haber visto a la niña y que su diagnóstico fue sobre una radiografía. Asimismo, señaló que le indicó una rehabilitación por un equipo de manos pediátrico que se podía hacer en el hospital de Salta, Tucumán o Córdoba, y que, en el hospital materno infantil de Salta, se podía hacer en forma gratuita. Asimismo, señaló que según el doctor L. la cirugía se podía diferir en el tiempo porque requería de un equipo de manos que debía evaluar a la niña para determinar si efectivamente se podía estimular el crecimiento óseo de las falanges. De modo que consideró descartada la urgencia.

Por otro lado, refirió que el dinero proveniente del delito no era la única forma de operar a su hija y que no se encontraba en una situación económica de vulnerabilidad que le impidiera viajar en micro al Hospital materno infantil de Salta para hacer atender a su hija de manera gratuita.

Por otro lado, cuestionó que sus niveles de autodeterminación para cometer el delito fueran producto de una situación de vulnerabilidad o violencia de género.

En este sentido, sostuvo que debía prestarse especial atención a la declaración en juicio de las licenciadas que desarrollaron el informe psicosocial. Con relación a la declaración de la Licenciada Padilla pidió que se ponga énfasis en el bloque 1 del debate (min 32, min 37.30 y min 43), porque si bien se expresó en el informe que al momento de los hechos había una situación de riesgo moderada, al ser consultada en el debate ella y la psicóloga Mercado dijeron que entrevistaron a una vecina de su actual domicilio, quien les indicó que no había existido ninguna situación de violencia.

Por otro lado, indicó que de sus declaraciones también se desprende que su expareja le había entregado la tarjeta para el cobro de su salario, que era de 8.000 pesos. Expresó que, si bien se dijo que él le exigía pagar los impuestos de su casa, lo cierto es que ella tenía su tarjeta, cobraba su salario, lo que le permitía cubrir los gastos de supervivencia para ella y sus hijos, más allá de los aportes que pudieran hacer sus padres.

Asimismo, se remitió a los dichos de la Psicóloga Mercado, en punto a que la madre de R. era quien manejaba la tarjeta de cobro, y cuando el señor A. reclamó la devolución, ella se negó a dársela. De ese modo concluyó que, quien recibe la violencia económica es quien trabaja y su salario es cobrado exclusivamente por la madre de sus hijos. En definitiva, consideró que no existe un supuesto de violencia de riesgo moderado motivado en lo económico.

Por todo ello, sostuvo que en el caso no existe violencia de género ni existe una situación de supresión de su posibilidad de autodeterminación, tampoco existe urgencia en la situación médica de la niña dado que tiene que ser atendida por un equipo interdisci-

plinario que evalúe su situación, y tiene posibilidades de atención por un equipo de salud pública.

En estas condiciones, consideró que el tribunal erró arbitrariamente en su razonamiento, lo que descalifica a la decisión como acto jurisdiccional válido.

En esta línea, solicitó que se declare a M. C. R. como responsable penalmente de la infracción al artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737, requiriendo que, en el caso de que el tribunal haga lugar a su pretensión, se disponga el reenvío de las actuaciones al tribunal de origen, a efectos de completar la sentencia —juicio de cesura— en la que se declara la responsabilidad penal de la imputada. Hizo reserva del caso federal.

El Dr. Enrique Comellas, por su parte, consideró que si bien es cierto —como sostiene el fiscal— que el último proceso de violencia física padecido por su defendida fue en diciembre de 2018, y que a partir de allí se mudó a la casa de sus padres, también es cierto que a partir allí se establece un escenario en el que las propias licenciadas intervinientes advierten episodios de violencia económica y psicológica de parte de su expareja.

Con respecto a la tarjeta de débito, está acreditado en el juicio, como sostuvo el fiscal, que su expareja se la daba y se la sacaba y que a raíz de ello la madre hizo de mediadora. Pero destacó que ella tramitó la asignación universal por sus dos hijos una vez que se separó. Además, cuando su expareja estuvo sin trabajo le pedía que le pague los impuestos de la casa donde antes vivían. Por otro lado, refiere que R. una vez que se separa inicia un proceso psicológico para superarse y empieza a preocuparse por la situación de salud de su hija, que tenía una malformación en su mano. Así es que después de varias averiguaciones cae en manos del doctor L., quien le dice que tenía que operar cuanto antes, por la temprana edad, para poder revertir la mal formación congénita. Expresó que todo este contexto, nos permite entender el estado de necesidad en el presente caso.

Señaló que, para hablar de las características del caso, primero es necesario referirse a la legislación aplicable en la materia. En esta línea, hizo referencia a la denominada "CEDAW", la Convención "Belém do Pará" y la ley 26.485.

Se remitió a las consideraciones de la ley vinculadas con la violencia psicológica y la violencia institucional. En primer lugar, consideró que es importante entender la violencia psicológica para poder determinar qué grado de acatamiento a las normas le era exigible a su defendida en el contexto que estaba atravesando. Por otro lado, sostuvo que del cotejo de esas normas se desprende que la justicia tiene el deber de juzgar con una perspectiva de género, y que si no lo hace podría incurrir en una causal de violencia institucional.

Luego de reseñar las normas, principios y jurisprudencia que entendió aplicable a la materia, consideró que una interpretación de la causal de justificación teniendo en cuenta estos conceptos es una exigencia del principio de no discriminación y no una aplicación benevolente de las mujeres que se encuentran en situación de vulnerabilidad o violencia de género.

Consideró que si bien es cierto —cómo dice el fiscal— que su defendida cumple los estereotipos de mujeres en situación de vulnerabilidad económica, cabeza de familia monoparental, que a cambio de una escasa remuneración se arriesga a realizar un ilícito, lo cierto es que en el juicio se acreditaron características excepcionales del presente caso.

En esta línea, aludió a las declaraciones de las profesionales que intervinieron en el caso y remarcó que la Licenciada Padilla, más allá de referirse a un riesgo moderado, concluyó que "la violencia psicológica y económica se cronifica hasta la fecha". Con respecto a la Psicóloga Mercado, refirió que en su declaración expresó que R. ante situaciones de estrés se desestabiliza emocionalmente, su inmadurez la expone a riesgos y que no cuenta con herramientas necesarias para acudir a vías saludables que puedan favorecerla. Agregó que estaba angustiada por la salud de su hija a quien quería mejorar su calidad de vida, y que es esperable una situación de ansiedad elevada, inseguridad, baja autoestima que pudo haber obstaculizado su capacidad para pedir ayuda (hora 1 min 11). Remarcó que existe una gran dificultad para salir de este tipo de situaciones y que, pese a la separación, R. no podía terminar definitivamente con el dominio de su expareja.

En consecuencia, sostuvo que el análisis del fiscal resulta fragmentado porque R. todavía estaba atravesando un proceso de angustia, que seguía sometida psicológica y económicamente a su ex y que necesitaba ayudar a su hija.

Con respecto a la urgencia del daño, sostuvo que, si bien el doctor L., quien expidió el certificado médico que decía que tenía que ser operada con urgencia, también dijo en el juicio que tienen que ser atendida por un equipo de manos para que haga el seguimiento, esa es una información ex post facto, sobre la que la su defendida no había tenido acceso. Refirió que no es una operación sencilla, que requiere desarrollo y seguimiento y que el mismo doctor L. reconoció que en toda la provincia de Jujuy no había personal idóneo ni especializado para hacer esa operación, y

que solo se podía hacer en el Hospital Posadas o en el Hospital de Niños de la ciudad de Buenos Aires.

Puntualizó que en la audiencia de juicio quedó acreditado que su hija se puso a llorar y le dijo "mamá no tengo mi mano", lo que muestra cómo impacta el sufrimiento de la niña en M. R., una persona con las características de vulnerabilidad en las que se encontraba.

Con respecto a la ponderación de males, sostuvo que se trata de un supuesto de narcomenudeo, porque la persona transportaba lo que podía en su cuerpo, y en un supuesto donde la cadena de tráfico estaba bastante alejada de los consumidores, pues todavía no había llegado a su destino, no había sido fragmentado, ni estaba en un puesto de venta. En ese contexto, comparado con la salud y bienestar de su hija, la ponderación de males adquiere otro nivel y debemos juzgarlo poniéndonos en sus zapatos y no en los nuestros.

Refirió que no tenía otros medios lícitos, pues según quedó acreditado no tenía un trabajo formal, no tenía obra social, las veces que consultó en Salta no la atendieron por haber llegado tarde, y que para poder trasladarse hasta allí tenía 14 horas de viaje en micro en total, lo que debía hacer con su hija en su regazo para no pagar dos pasajes.

Detalló que por las particulares patologías que tenía la hija, había una grave dificultad al acceso a la salud que normalmente el Estado debe brindar a sus ciudadanos.

Por todo ello, consideró que el juez concluyó fundadamente que R. obró en un estado de necesidad justificante.

Finalmente citó el caso "Suarez Eguez" de la provincia de Jujuy y requirió que se evalúe el caso con perspectiva de género.

Concluyó que el Fiscal ha manifestado un criterio discrepante pero no ha demostrado que la sentencia resulte infundada, arbitraria o irreflexiva, solicitando, en definitiva, se rechace su impugnación.

Luego abordó lo relativo a la solicitud de reenvío formulada por la contraparte, disintiendo en cuanto a la imposibilidad de que en esta instancia se practique un juicio de cesura y haciendo referencia a sus implicancias —desdoblamiento recursivo y posterior tratamiento separado en esta instancia—.

El Dr. Raúl O. Pleé formuló sus réplicas y reiteró que no es la casación quien debe realizar el juicio de cesura.

A fin de favorecer el contradictorio, en los términos del artículo 362 del Código Procesal Penal Federal, concedí la palabra al asistente técnico, quien respondió a los dichos del fiscal y reafirmó la motivación de su asistida en el estado de salud de su hija y su angustia. Finalmente, solicitó a la señora presidente si así lo desea, tenga bien dar lectura a la presentación efectuada por la doctora Julieta Di Corleto y el doctor Gabriel Anitua de la Comisión de Temática de Genero de la Defensoría General de la Nación, en calidad de *Amicus Curiae* en donde se hace un análisis de los requisitos de las causales de justificación que estima aplicables a derecho.

El doctor Pleé se opuso a la incorporación de un documento formulado por la Defensoría General de la Nación utilizando la institución del *Amicus Curiae*, en tanto y en cuanto la Defensoría Pública no reviste la calidad de tercero sino la de parte en este proceso y siendo que, además, está representada por el doctor Comellas y que tampoco forma parte del contradictorio. Por ello, solicitó que el escrito sea devuelto por intermedio de la Oficina Judicial.

Por su parte, el Dr. Comellas explicó la función de la Comisión de Género y adujo que la presentación cumple con la reglamentación tanto de la Corte como de la Cámara en cuanto a las presentaciones por escrito y que el juez está en todo su derecho de valerse o no de ese documento que está a su disposición y que no merece demasiadas preocupaciones al respecto.

Así las cosas, luego de un cuarto intermedio adelanté mi decisión de rechazar la impugnación deducida por el Ministerio Público y confirmar la absolución de M. C. R. dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy, y di a conocer algunos de los fundamentos centrales en forma verbal. Sin perjuicio de ello, anuncié que en el plazo de ley se hará conocer la fundamentación escrita para que las partes puedan acceder a ella y adoptar el temperamento que estimen corresponder.

IV. De manera preliminar antes de ingresar al tratamiento de la cuestión de fondo que motivó la impugnación del representante del Ministerio Público Fiscal, habré de efectuar algunas consideraciones sobre el sistema procesal imperante, en atención a que el presente caso se inició y desarrolló íntegramente según las previsiones del nuevo Código Procesal Penal Federal.

Así pues, con la implementación del CPPF (conforme Leyes N° 27.063, 27.272 y 27.482, texto ordenado por Decreto 118/2019, BO del 08/02/2019, y la Res. N° 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación, BO del 19/11/2019 y ss.), en el ámbito de la justicia federal, se dio inicio a un profundo

proceso de trasformación del sistema de enjuiciamiento penal, que abre las puertas a la ineludible instauración del modelo de proceso acusatorio diseñado por nuestra Constitución Nacional (art. 118, 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP —que expresamente ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los considerandos 7° y 15° del precedente "Casal" Fallos 328:3399—), y comienza a dejar atrás al antiguo sistema inquisitorial tan arraigado en nuestra cultura jurídica.

Este cambio de sistema no solo implica una característica del proceso penal, sino que constituye en esencia una nueva forma de organización de los tribunales.

Así, con el abandono del sistema inquisitivo —de raigambre autoritario— se deja atrás la organización jerárquica, burocrática y verticalizada de los tribunales, con la consecuente concentración de funciones para pasar a un proceso de toma de decisiones horizontal, cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las funciones de enjuiciamiento y postulación, que pone a las partes como verdaderas protagonistas del conflicto y ubica al juez en el rol de tercero imparcial. Al mismo tiempo, permite que las decisiones surjan de audiencias públicas y contradictorias, ubicando al juicio oral y público en el centro del proceso, por constituir el único escenario propicio en el que las partes pueden presentar su caso, examinar y contraexaminar la prueba, argumentar y contraargumentar en pos de obtener un veredicto imparcial (por parte un tribunal técnico o un jurado popular). De esta manera, es precisamente el litigio que se produce en el juicio oral y público lo que torna a un conflicto institucionalizado con la finalidad de pacificarlo y darle respuesta.

De ahí que el Código receptara en su art. 2 del CPPF una serie de principios que gobiernen las diversas etapas del proceso penal acusatorio. En efecto, el art. 2 del nuevo código procesal declara: "Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código".

Este ha sido sin duda un paso trascendental para instaurar definitivamente el modelo adversarial en la justicia federal, y merece reconocimiento y celebración. Sin embargo, no debemos olvidar que un modelo de enjuiciamiento no se transforma solo con el cambio de un Código Procesal, sino que debe ir acompañado de un conjunto de prácticas que contribuyan con desencadenar ese proceso de evolución.

En este sentido, Alberto Binder sostiene "la reforma de la justicia penal debe ser vista como un cambio de prácticas. Actualmente lo que llamamos justicia penal es un conjunto de prácticas (no siempre apegadas a los códigos) que se sustentan en la fuerza de la rutina, la adhesión de los operadores y las funciones reales que ellas cumplen. El nuevo sistema de justicia penal también será un conjunto de prácticas. Por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema se producirá un duelo de prácticas, entre las viejas y las nuevas, entre la tradición de las prácticas inquisitoriales y las nuevas formas de actuación del modelo adversarial." (Binder, Alberto M., "La implementación de la nueva justicia penal adversarial", Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, ps. 153/154).

Así pues, es responsabilidad de cada uno de nosotros como operadores del sistema —y actores de la reforma— desarrollar prácticas que contribuyan con la definitiva instauración y afianzamiento del sistema. Parte de esta tarea será tomar conciencia del rol que las partes deben asumir durante el proceso, adecuar el lenguaje jurídico al nuevo modelo y evitar la reiteración automática de antiguas prácticas que tiendan a desvirtuar los fines del sistema adversarial, único modelo respetuoso del sistema de garantías constitucional y convencional que debe regir en un Estado de Derecho.

V. Sentado cuanto precede, habré de ingresar ahora al fondo de la cuestión traída a estudio.

a. Preliminarmente, no ha lugar a la oposición del Fiscal General de incorporar el *Amicus Curiae* presentado por los doctores Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.

En efecto, la mencionada presentación cumple con los requisitos de la Acordada N° 7/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de la resolución N° 92/2014 de esta Cámara Federal de Casación Penal.

En atención a las especiales circunstancias del caso se verifica un interés que trasciende a las partes con una proyección cierta hacia el resto de la sociedad (art. 1 res. CFCP 92/2014), y la presentación ha sido efectuada por una institución especialista en la materia cuya misión radica en bregar por el acceso a la justicia de las mujeres en conflicto con la ley penal, sin discriminación y con perspectiva de género.

A mayor abundamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Furlan c. Argentina" del 31 de agosto de 2012 ha sostenido que "...en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que

puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas" (párrafo 241).

Por lo demás, tampoco advierto afectación alguna a los derechos del fiscal, toda vez que, de acuerdo con el trámite del presente caso, ha tenido múltiples oportunidades de conocer los argumentos que allí se formulan.

b. Ahora bien, en lo que respecta a la decisión impugnada, es preciso señalar que el juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, teniendo en cuenta la convención probatoria de las partes, previa al juicio, sobre la existencia del hecho, la participación de la imputada, la calidad y cantidad de sustancia secuestrada, así como su encuadre legal (transporte de estupefacientes), tuvo por acreditado que "el día 3 de julio de 2019, alrededor de las 00:45 hs., en el marco de un procedimiento público de prevención instalado sobre la Ruta Nacional N° 34, a la altura del km. 1212, en Chalicán, Ledesma, Provincia de Jujuy, personal de la Sección "Chalicán" dependiente del Escuadrón 60 de Gendarmería Nacional, controló un colectivo de la empresa "Flecha Bus" que procedía de la Localidad de Salvador Mazza, Salta, y que tenía como destino la Ciudad de Córdoba. Una vez que se hizo descender a la totalidad de los pasajeros para un control, una gendarme observó que una mujer, identificada posteriormente como M. C. R. que viajaba con una menor, mostraba una conducta evasiva y que, además, al bajar a la niña, poseía una protuberancia en la zona del abdomen."

Expresó que "ante la sospecha de que podían encontrarse frente a un hecho delictivo y con la previa autorización del fiscal y juzgado intervinientes, en presencia de testigos se realizó a la señora R. una requisa, que permitió el hallazgo de un paquete rectangular, envuelto en cinta de color ocre, el cual llevaba adosado a la altura del abdomen con una faja elástica, cuya sustancia contenida, sometida a la prueba de orientación primaria arrojó resultado positivo para cocaína."

Asimismo, señaló que "el posterior pesaje de la sustancia realizado en oportunidad de la extracción de muestras y la pericia química que se practicó a la sustancia, determinaron que se trató de 997,90 grs. de clorhidrato de cocaína con una concentración del 87,7%, equivalente a 8751 dosis umbrales."

Por todo ello, y habiendo constatado que la señora R. presenta capacidad para comprender la criminalidad de sus actos, concluyó que su autoría por el hecho se encuentra probada.

Al mismo tiempo, el magistrado consideró que en el caso se presentó un estado de necesidad que justifica la conducta desarrollada por M. C. R., con fundamento en la situación de vulnerabilidad, por tratarse de una víctima de violencia familiar o de género y la necesidad de brindar solución urgente a la dolencia de su pequeña hija, que padece una malformación congénita en su mano izquierda. En consecuencia, encuadró su situación en el art. 34 inc. 3 del CP y dictó su absolución.

Dicha resolución fue cuestionada por el Ministerio Público Fiscal, quien consideró que no se han acreditado los extremos necesarios para tener por probado el estado de necesidad justificante por lo que "la decisión se basó en apreciaciones personales del juez sin sustento probatorio."

De este modo, la controversia se circunscribe a la procedencia de la mencionada causa de justificación.

c. Ahora bien, por las razones que a continuación expondré considero que el juez del tribunal oral valoró adecuadamente los hechos que excluyen la responsabilidad de M. C. R. conforme los preceptos legales y constitucionales que rigen la materia del presente caso.

Cabe señalar, en primer lugar, que atento a las especiales condiciones y circunstancias de vida de M. C. R., nos encontramos ante un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y necesidad económica, cuyo análisis no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. 43 inc. 3 del CP, sino que debe incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional (art. 75 inc. 12 CN).

Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado concretamente que las mujeres cabeza de familia son personas en estado de vulnerabilidad (cfr. "Masacre de Mapiripán c. Colombia", sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrafo 175).

Supuestos como el presente requieren protección especial pues así lo enunció la CIDH en el caso "Furlán c. Argentina", al señalar que "...toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por

su condición personal o por la situación específica en que se encuentre..." ("Furlán c. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 134).

A su vez, el artículo 9 de la Convención "Belém do Pará" establece, "...los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará violencia cuando está la mujer que es objeto de embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad".

En esta línea, el preámbulo de la mencionada Convención declara que la violencia contra las mujeres es una ofensa a la dignidad humana, y una manifestación de las relaciones históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Asimismo, la define como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado" (art. 1). Principios rectores que fueron recordados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes 334:1204, 336:392 y más recientemente, el 29 de octubre de 2019, en CSJ 733/2 18/CS1, "R. C. E. s/ recurso extraordinario", en los cuales el Máximo Tribunal reforzó la necesidad de incluir la perspectiva de género en los casos penales.

Cabe memorar que aun cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación. En esta línea, el Comité CEDAW ha observado que "los Estados partes están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos. (Comité CEDAW, recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párrafo 47).

En atención a lo expuesto, es claro que el análisis del presente caso requiere un enfoque integrador que incluya la perspectiva de género en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —"Convención Belém do Pará"— (CBP) y la ley 26.485, que imponen el deber de facilitar el acceso a la justicia, evitar la revictimización y garantizar la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres —arts. 7.b de la Convención Belém do Pará— (cfr. causa 11.343 "Nadal, Guillermo F., s/ recurso de casación", resuelta el 5 de septiembre de 2013, registro 1260/13).

Precisamente este ha sido el enfoque dado por el juez de juicio, quien luego de observar y evaluar toda la prueba producida en el debate —bajo los principios de contradicción e inmediación—, dio razones suficientes para tener por probado que M. C. R. era la única fuente de sustento económico de su familia, compuesta por ella y sus dos hijos menores; que se encontraba en una situación económica desfavorable, sin cobertura médica y escasos ingresos; que fue víctima de violencia física y psicológica de gravedad por parte de su pareja durante 6 años, situación que persistía en el aspecto psicológico y económico al momento de los hechos, y que su hija de dos años de edad, que padece una malformación congénita en su mano izquierda, debía recibir una cirugía reconstructiva urgente.

Para tener por acreditados los hechos, el magistrado valoró especialmente el testimonio en juicio de las profesionales intervinientes, la declaración de la imputada, la historia clínica aportada por la defensa —donde consta la atención recibida el 25 de diciembre de 2018 en el hospital público a causa de un hecho de violencia de su expareja—, los certificados médicos que acreditan la discapacidad de su hija y la declaración del médico Traumatólogo Cirujano y Ortopedista de la menor, que prescribió la cirugía con urgencia.

Así pues, luego de haber corroborado esa base fáctica, por las declaraciones de los testigos en el juicio y la prueba documental incluida a través de ellos, el magistrado realizó una interpretación armónica del Código Penal de conformidad con nuestro bloque constitucional y concluyó que "el accionar de R. estuvo justificado porque con aquel intentó darle calidad de vida a su hija y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba, la posicionó frente al delito como única alternativa posible." En este sentido, sostuvo que la mujer no tuvo otros medios menos lesivos a los cuales recurrir antes de transportar la droga, para salvar otro bien de interés mayor amenazado, que era la vida e integridad psicofísica de su hija.

A mi modo de ver, la decisión se encuentra sustentada en las pruebas del caso y su razonamiento es una derivación lógica de los hechos corroborados en el juicio y la prueba legalmente incorporada al debate.

Así pues, las críticas del fiscal que se limitan a señalar un enfoque distinto que —según su visión—

correspondía dar al caso, solo evidencian una mera disconformidad con el razonamiento asumido por el juez, que en modo alguno alcanzan para desvirtuar su decisión.

Desconocer la situación de necesidad que primó sobre M. R., quien —como sostuvo la defensa y confirmó el juez en la sentencia— se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la cirugía que el médico le prescribió con urgencia, así como la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal.

Es que "el servicio de justicia está erigido en la matriz misma del patriarcado, de modo que tiende a sostener y reproducir prácticas violentas presentes en el orden social. Ello se advierte con mayor intensidad en el derecho penal, que tiene una estructura androcéntrica y que no ha evidenciado evoluciones normativas ni organizacionales..." (cfr. Labozzetta, Mariela, "¿Tenemos política criminal en materia de violencia de género?" en *Sistemas judiciales* n° 22; Arduino, Ileana (dir.), "Género, diversidad sexual y justicia", CEJA e INECIP, 2018. p 85).

No obstante, el sistema de justicia puede impulsar cambios, principalmente cuando toma conciencia (...) y promueve buenas prácticas. Los jueces por su parte contribuyen a ello cuando, en sus decisiones, tienen sensibilidad con las cuestiones de género, están atentos al contexto de los casos y las pruebas producidas en el proceso, identifican y nombran los estereotipos, los cuestionan y discuten sus efectos (Cardoso Onofre de Alancar, E., Universidad Autónoma de Madrid, "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Eunomía*. Revista Cultural de la legalidad, N° 9 octubre 2015-marzo 2016, p. 40 citado en *Amicus Curiae* presentado por INECIP en Expte. FSA 203.556/2017, caratulado: "Suárez Eguez, Claudia s/ inf. Ley 23.737").

Desde esta perspectiva es que abordaré y daré respuesta a cada uno de los agravios expuestos por el Ministerio Público Fiscal.

d. Cómo punto de partida cabe señalar que "las causas de justificación están vinculadas con un modelo concreto de sociedad, y de acuerdo con el estado de desarrollo de esa sociedad van a ir variando sus contenidos y límites" (Salas Laura, profesora de derecho constitucional y teoría del Estado, Facultad de derecho de la UNT, en impacto y perspectiva de género en la dogmática penal" citado en *Amicus Curiae*, presentado por INECIP, op. cit.).

En este sentido, si bien el Ministerio Público Fiscal postula una interpretación dogmática y objetiva del estado de necesidad justificante, lo cierto es que dicho análisis no puede prescindir de los factores sociales de género, pobreza y violencia que gobiernan la sociedad actual y que se acentúan en determinadas regiones. En consecuencia, ese será el marco interpretativo a partir el cual trataré la impugnación.

Dicho ello, se observa como primer agravio, la ausencia en el caso de un mal inminente por no encontrarse en juego la vida de la niña. El agravio ha sido ampliado por el doctor Pleé en la audiencia ante esta Cámara, oportunidad en que descartó la urgencia del problema de salud de la menor por entender que la cirugía podía ser diferida en el tiempo ya que, según la declaración del doctor L., la niña debía ser evaluada por un equipo de manos pediátrico para determinar si efectivamente se podía estimular el crecimiento óseo de las falanges.

Ahora bien, si partimos de la base que "es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto" (cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar. "Derecho Penal. Parte General", Ediar Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 634), entonces la inminencia del mal, en este caso, está determinada por la imposibilidad de R. —debido a su situación de vulnerabilidad— de asumir con la premura que el médico le había indicado el tratamiento reconstructivo de la mano de su hija. Desde esta perspectiva, resulta claro que cuanto antes se opere mayores posibilidades tendrá de mejorar su calidad de vida. Extremos que han sido valorados por el juez al señalar que "si un tratamiento quirúrgico reconstructivo puede contribuir a la mejora de su desarrollo psicofísico, indudablemente aquel resultará más beneficioso cuanto a más temprana edad se realice".

De esta manera, la circunstancia que deba ser evaluada por un equipo de manos pediátrico, en nada modifica lo que R. sabía al momento del hecho y motivó su comportamiento. Esto es que su hija necesitaba ser operada con urgencia y que la operación tenía un valor de 100.000 a 200.000 pesos, lo que le era imposible afrontar debido a su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, no caben dudas, a mi entender, de la existencia de un mal inminente a cuya merced se encontraba.

En otro sentido, el fiscal puso en duda que M. R. se encontrara en estado de vulnerabilidad o fuera víctima de violencia de género. Así, con cita en la declaración de las profesionales intervinientes, sostuvo que al momento del hecho la imputada vivía con sus padres, sin episodios de violencia física y tampoco eco-

nómica debido a que tenía en su poder la tarjeta de débito de su expareja, con la que cobraba su salario de 8.000 pesos, lo que le permitía cubrir los gastos de supervivencia para ella y sus hijos.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos argumentativos realizados por el fiscal para descartar la situación de violencia que vivía R., cabe rememorar aquí las palabras del comité CEDAW en punto a que la definición de violencia de género no requiere "una amenaza directa e inmediata a la vida ni a la salud de la víctima" (cfr. Caso *V. K. c. Bulgaria* citado en Chinkin Christine, "Acceso a la justicia, género y derechos humanos", en Violencia de Genero, Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2012, p.45).

Así pues, más allá de que R. efectivamente contara con la tarjeta del señor A. y su salario de 8000 pesos —salario que no alcanza ni mínimamente para cubrir las necesidades básicas de un grupo familiar—, no debemos olvidar que el sufrimiento psicológico actual de R. también es una consecuencia directa del ejercicio de violencia física que sufrió durante 6 años en su ambiente familiar por parte de su expareja.

En efecto, tal como recordó el doctor Comellas en la audiencia, de la declaración de la psicóloga Mercado se desprende que R. padece una "situación de ansiedad elevada, inseguridad y baja autoestima lo que pudo haber obstaculizado su capacidad de pedir ayuda" y que "pese a su separación, no podía terminar definitivamente con el dominio de su ex".

En consecuencia, el fiscal hace un análisis parcializado de las circunstancias, argumentando insuficientemente que es posible vivir y abastecer las necesidades de su familia con el salario de 8.000 pesos de su expareja, a quien, además, le cedía parte de ese dinero para pagar los impuestos de la casa donde ella ya no vivía. Por otro lado, desconoce por completo el sufrimiento emocional y el hostigamiento psicológico que aún persistía sobre R. Extremo que por sí solo constituye un grave escenario de violencia de género en los términos de las Convenciones citadas y que surge con claridad del informe psicosocial elaborado, el 7 de agosto de 2019, por la licenciada Padilla y la psicóloga Mercado. Allí las profesionales, luego de evaluar la situación familiar de R. y pronosticar una situación de riesgo moderada, sugirieron "la adopción de medidas de protección, tendientes al control de la violencia económica y el hostigamiento psicológico que continúa ejerciendo el señor A. en contra de la Sra. R., (...) el acompañamiento en la asistencia médica que debe recibir su hija por su salud, y una terapia psicológica para la Sra. M. R.". Extremos que fueron corroborados en el juicio con la declaración de las profesionales.

En consecuencia, a partir de todo lo expuesto, no existen dudas, a mi entender, del contexto de violencia de género y vulnerabilidad económica que atravesaba R. al momento del hecho. Extremo que, además, ha sido abordado con profundidad en la sentencia cuestionada.

Por otro lado, el Ministerio Público Fiscal cuestionó la ponderación de bienes efectuada por el juez haciendo alusión a la especial gravedad del delito que se le imputa vinculado al tráfico de estupefacientes y a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la persecución de dichos delitos.

Ahora bien, sin desconocer la trascendencia que reviste la persecución de ese tipo de criminalidad, no debe pasar inadvertido que, nos encontramos ante un supuesto de una mujer que actuó como "mula" o "correo humano".

En este sentido, es preciso recordar que "[L]a criminalización del tráfico de drogas se ha acentuado en uno de los escalones más débiles: las mujeres. Dentro de los procesos de globalización económica, la creciente actividad femenina en los "nichos laborales" más precarios, peor remunerados y más peligrosos conduce a numerosas mujeres al comercio ilegal de drogas —una parte más del enorme mercado de economía informal, desregulada—, en el que son mayoritarias. (Ribas, Almeda y Bodelón, 2005, referenciadas en "Mujeres en prisión: los alcances del castigo", CELS, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011).

En este sentido, un informe sobre pobreza y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que "La pobreza, la falta de oportunidades y las barreras al acceso a la educación ponen a mujeres y niñas en situaciones vulnerables, y hacen de ellas objetivos fáciles de la delincuencia organizada. De hecho, las mujeres con bajos niveles socioeconómicos y educativos figuran entre las personas en mayor riesgo de ser utilizadas para participar en operaciones delictivas como victimarias o como traficantes. La población de mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas, incluida la posesión, es muy alta y está en continuo crecimiento" (CIDH, Pobreza y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.164.Doc.147, 2017, párrafo 321).

Esta situación no debe pasar inadvertida por ser uno de los aspectos que remiten a nuestro modelo de sociedad actual. Así, siguiendo a Bacigalupo, en la medida que el estado de necesidad presupone necesariamente un conflicto de intereses, lo decisivo debe ser el merecimiento de protección de un bien concreto, en una determinada situación social, lo que permite al juzgador ponderar las circunstancias sociales

y personales, en detrimento de una valoración que podría ser pura objetividad dogmática y absoluta injusticia para la suerte del caso (cf. Argibay, Carmen, en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial". Baigún, D. y Zaffaroni, E. (comps.) Editorial Hammurabi, 1997, Argentina, ps. 625/642, citado en *Amicus Curiae* INECIP, op. cit.).

En el caso, nos encontramos ante una mujer que está a cargo de la manutención, cuidado y contención de sus dos hijos menores, en un contexto de violencia de género y con una situación socioeconómica desfavorable —en los términos de la Convención—, producto de las ocasionales y precarias actividades laborales a las que ha podido acceder, y que además no ha completado sus estudios secundarios (cfr. informe psicosocial). En esta tesitura, es que debe afrontar con carácter urgente la cirugía que el médico le prescribió a su hija.

Teniendo en cuenta el contexto analizado, resulta evidente, la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encuentra involucrada la salud pública (el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupefacientes N° 23.737) —en este caso por el transporte de una cantidad inferior a un kilo de cocaína que era transportado por una mujer "mula" en su cuerpo—, y por el otro, en términos bien concretos, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años que se encuentra en la etapa de desarrollo. En consecuencia, no existen dudas, a mi entender, que, en este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien con mayor protección legal.

Más aún si tenemos en cuenta la incidencia psicológica que la malformación también produce en la vida de su hija y la carga emocional que eso conlleva sobre R. A tal efecto, resulta por demás ilustrativo el señalamiento concreto que hizo el defensor Comellas en la audiencia de esta Cámara, respecto a los episodios de angustia de la niña cuando le decía llorando a su madre "mamá no tengo mi mano", extremo que también ha sido expuesto en el debate.

En esta línea, no podemos dejar de lado las presiones sociales y culturales que recaen sobre el rol materno de la mujer, que inevitablemente impactan en su estado emocional y juegan un rol significativo a la hora de decidir la ponderación de intereses en juego.

Desde esta perspectiva, no advierto fisuras en el razonamiento del tribunal, que tras observar y ponderar las circunstancias sociales y personales que expresan la situación de vulnerabilidad y violencia en la que se encontraba R., consideró que "eligió" un mal menor para salvar la integridad psicofísica de su hija.

Por último, el fiscal consideró que el dinero proveniente del delito no era la única alternativa posible para operar a su hija.

Al respecto, cabe señalar que según se acreditó en el juicio, M. R., no estaba inserta en el mercado de trabajo formal y su cobertura social era muy precaria. En efecto, al ser consultada sobre su actividad laboral contó que mientras duró su relación con el padre de sus hijos trabajó con el tío de aquel, preparando sándwiches, que también era "bagayera" y ocasionalmente hacía trabajos de limpieza. En este contexto, cabe preguntarse ¿qué posibilidades reales tenía R. de actuar de un modo alternativo para que su hija no vea disminuido su proyecto de vida?

Para responder este interrogante, no debemos perder de vista las diferencias que existen entre hombres y mujeres para hacer frente a la pobreza. En este sentido, "las mujeres no solo cuentan con activos materiales más escasos, sino también con activos sociales y culturales más escasos, lo que las coloca en una situación de mayor subordinación" (Anitua, Gabriel Ignacio y Picco, Valeria Alejandra, op. cit., p. 242).

Desde este enfoque, no veo posible para R. afrontar la operación de su hija, que tenía un valor de entre 100.000 a 200.000 pesos. Por otra parte, tampoco veo viable la posibilidad de recurrir al Hospital Público de la provincia de Salta —como sostuvo el fiscal— o de Buenos Aires, debido a los insumos de tiempo y dinero que podría generar trasladarse hasta allí. En este sentido, el doctor Comellas refirió que el tiempo de viaje desde su lugar de residencia hasta la provincia de Salta, en micro, es de 14 horas (entre ida y vuelta), lo que implica destinar un día entero tan solo para realizar una consulta médica y, en caso de necesitar internación, inevitablemente se requerirán gastos de alojamiento, que R. no puede afrontar.

Así, resulta acertada la conclusión del juez en punto a que "la situación económica y familiar de la encartada, la falta de cobertura médica y los escasos ingresos que podía percibir realizando trabajos como bagayera o de limpieza, no le permitirían reunir una cifra tan elevada y para alguien en su situación, sin lugar a dudas, también se tornaría prácticamente imposible afrontar tan solo el costo de tener que trasladarse y alojarse junto a su hija en algún lugar alejado de la ciudad de Salvador Mazza para que recibiera tratamiento" (cfr. sentencia, p. 11 y 12).

Atendiendo a estas circunstancias, y solo desde su posicionamiento, podemos comprender las dificultades que concretamente tuvo M. R. para recurrir a otros medios menos lesivos.

Supuestos como el presente tornan imperioso evaluar con sumo cuidado las circunstancias personales de la persona en conflicto con la ley penal para poder establecer las posibilidades ciertas de actuar de un modo diferente, y evitar así el uso arbitrario del poder penal del Estado.

Precisamente uno de los grandes objetivos de la justicia penal es que con la aplicación del poder penal del Estado no se produzcan abusos que puedan estropear la vida de una persona. De allí se desprende la necesidad imperiosa de establecer un sistema de garantías, que funcione como un límite a ese enorme poder estatal y que proteja a los ciudadanos de cualquier uso arbitrario, injusto o ilegal, por ser el poder más violento y restrictivo que puede recaer sobre una persona.

En estas condiciones, prescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad, para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante, no solo nos llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género, sino también a efectuar una interpretación *in malam partem*, en contraposición con los principios de legalidad, *pro homine* y *pro libertate* que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado.

En consecuencia, las especiales condiciones de vida de R. constatadas en la sentencia producto de la situación de violencia y vulnerabilidad económica que padecía, así como la ausencia de posibilidades para acceder a un trabajo mejor remunerado, redujeron sus posibilidades de elección para actuar conforme a derecho.

En ese contexto, asiste razón a la defensa en punto a que la posibilidad de obtener dinero mediante actividades vinculadas a delitos de drogas fue, para M. R., la única alternativa posible para resolver el problema de salud de su hija de dos años.

Cabe señalar que "...aun cuando, desde el punto de vista psicológico, siempre cabe la posibilidad fáctica de actuar conforme a la norma, lo cierto es que el derecho no exige comportamientos heroicos" (Anitua, Gabriel Ignacio, Picco, Valeria Alejandra, op. cit., p. 241).

En consecuencia, no me queda más que coincidir con los argumentos expuestos en el *Amicus Curiae* por los defensores públicos Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, que razonablemente ponen foco en los condicionamientos por género, pobreza y violencia que afectaron a M. R., y condicionaron sus posibilidades de actuar conforme a derecho.

Por todo ello, resuelvo: Rechazar la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal, sin costas y confirmar la absolución de M. C. R. dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy (art. 363, 365 y 386 primer y tercer párrafo del CPPF). Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 CSJN) y remítase mediante pase digital al tribunal de origen sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ángela E. Ledesma.*

FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Desistimiento de la impugnación. Ausencia de fundamentación. Nulidad.

1. — Desistir del recurso, echando mano a alegaciones genéricas vinculadas a cuestiones humanitarias y de "política criminal", no puede ser de modo alguno convalidado.

2. — En caso de verificarse que el debate de la observancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución nacional o la letra de la ley penal vigente queda trunco con motivo del dictamen del fiscal, es potestad de los magistrados, aun de oficio, privar de efectos a ese acto procesal fulminándolo con nulidad.

3. — Para el caso que correspondiera anular el dictamen, esto de ninguna manera importaría un menoscabo en la autonomía del Ministerio Público Fiscal, toda vez que, la función que la Constitución nacional le asigna a los representantes del Ministerio Público Fiscal debe ser ejercida en coordinación con las demás autoridades de la República.

4. — El deber del Ministerio Público Fiscal es vigilar el estricto cumplimiento de las leyes pertinentes, dentro de las cuales deben valorarse las cuestiones humanitarias o cualquier otro principio, pero no sobre la ley penal.

CFCasación Penal, 09/03/2021. - F., J. s/ audiencia de sustanciación de impugnación.

[Cita on line: AR/JUR/3698/2021]

Legajo Judicial FSA 62/2020/12

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 9 de 2021.

Considerando:

Que conforme surge del Sistema de Gestión Judicial (Lex 100), en fecha 3 de febrero del corriente año el Dr. Javier Augusto De Luca, titular de la Fiscalía

General N° 4 ante esta Cámara Federal de Casación Penal, desistió —conforme el art. 349 del CPPF— de la impugnación dirigida por su colega inferior en grado contra la sentencia dictada el 29 de diciembre de 2020 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta, provincia homónima.

El doctor *Gemignani* dijo:

I. Que son claras las facultades jurisdiccionales de examinar la correcta fundamentación y ajuste a la legalidad de las conclusiones a las que arriban los representantes del Ministerio Público Fiscal, cuestión que deriva de lo prescripto en el art. 90 del CPPF en cuanto impone que "El Ministerio Público Fiscal [...] Tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones".

Así, en caso de verificarse que el debate de la observancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional o la letra de la ley penal vigente queda trunco con motivo de su dictamen, es potestad de los magistrados, aun de oficio, privar de efectos a ese acto procesal fulminándolo con nulidad (cfr. arts. 129 y 132 del CPPF) de la misma manera en que corresponde, en esta instancia, anular resoluciones de otros jueces que no cumplen con los requisitos establecidos en los arts. 20, 111, 358 y 359 del código de procedimientos, todo esto de conformidad al sistema republicano de gobierno (art. 1° de la CN) y la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la Ley Suprema).

Ambas normas son derivación directa, o regulación específica, del principio republicano de nuestra organización constitucional que impone a todos los poderes del Estado —pero de manera especialísima a la administración de justicia—, la expresión de razones fundadas como ineludible exigencia de su legitimidad de actuación.

Por ello, los jueces y fiscales deben ofrecer, además de la referencia normativa de sus resoluciones, motivos razonables que la funden, so riesgo de perder toda legitimación constitucional.

Este es el único camino a transitarse si a futuro se pretende garantizar una recta y eficaz administración de justicia, más aun teniendo en cuenta las amplias facultades que el nuevo ordenamiento procesal le asigna a los representantes del Ministerio Público Fiscal.

Los lineamientos que se vienen exponiendo, además responden al mandato constitucional puesto en cabeza de los Fiscales de "[...] promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República." (art. 120 CN)—, en evidente referencia a que no pueden desempeñar la función encomendada al abrigo de su pura voluntad y subjetivismo.

No debe pasarse por alto que, como enseña destacada doctrina, "...[e]l estado no cumple con su tarea de seguridad solamente mediante la promulgación de leyes, sino recién mediante la ejecución eficaz de las mismas. Ello compete al poder administrador y al poder judicial" (Cfr. (Cfr. Isensee, Josef, El Derecho constitucional a la seguridad, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2014, p. 42).

De todo ello cabe concluir que para el caso que correspondiera anular el dictamen de que se trate, esto de ninguna manera importaría un menoscabo en la autonomía del Ministerio Público Fiscal, toda vez que como se señaló en el párrafo precedente, la función que la Constitución Nacional le asigna a los representantes del Ministerio Público Fiscal debe ser ejercida en coordinación con las demás autoridades de la República. Y esta coordinación de la que se habla necesariamente incluye a los magistrados, en la medida en que, cómo ha quedado de manifiesto *ut supra*, su tarea va más allá a la de juzgar para también poder controlar la legalidad de los procesos por los hechos requeridos.

Así las cosas, de la lectura del dictamen agregado al Sistema de Gestión Judicial (Lex 100) con fecha 3 de febrero del corriente, se advierte su manifiesta incompatibilidad con lineamientos expuestos anteriormente, al allanar el camino a la firmeza de una decisión cuya aplicación de la ley penal se encuentra debatida.

En efecto, desistir del recurso ante esta instancia, echando mano a alegaciones genéricas vinculadas a cuestiones humanitarias y de "política criminal", no puede ser de modo alguno convalidado.

Como tengo dicho, en las sociedades organizadas según el principio de la libertad, esto es, en aquellas que dejan librado a cada quien la organización de su vida, sus bienes, etc. —en orden a lo cual no pueden caber dudas sobre la Argentina—, su correlato necesario lo constituye, entre otras prestaciones estatales, el diligente proceder del Ministerio Público Fiscal, toda vez que este órgano resulta recipiendario, según el mandato constitucional, de la legalidad-seguridad del derecho humano de todos los argentinos a poder vivir en libertad según los modelos de la ley, con la garantía de que si esa libre organización personal fuera cercenada mediante la agresión de un con-ciudadano, catalogada como delito, su acción inexorablemente habrá de ser pertinentemente sancionada.

En ese sentido, un proceder licencioso de los responsables de la vindicta pública genera incerteza so-

bre la efectiva vigencia de la protección estatal y sobre la organización de la vida social según la definición de la ley, esto es, anomia, y entonces suelen suceder episodios indeseados para la pacificidad de dicha organización. Sobre las circunstancias de la anomia, he tenido oportunidad de expedirme con más extensión en el fallo "Galeano, Juan J. s/ recurso de casación" (causa N° 8987 de la Sala II, rta. el 14/08/2013, reg. N° 1125/2013).

Por último, me interesa dejar aquí sentado a fin de evitar infundados cuestionamientos a la imparcialidad del juzgador, que ninguna de las consideraciones realizadas en el presente voto constituyen afirmaciones sobre los hechos de la causa, que deberán ser considerados y analizados en oportunidad del estudio de la impugnación en trámite.

II. En consecuencia, postulo que debe: Declararse la nulidad del dictamen por el cual el Sr. Fiscal General ante esta instancia, Dr. Javier A. De Luca, desiste del recurso intentado por el fiscal de grado, apartar al Sr. Fiscal General actuante del conocimiento de la causa y ordenar que se lo sustituya por el colega que corresponda, debiendo remitirse las actuaciones a la Oficina Judicial, a sus efectos.

Tal es mi voto.

Los doctores *Catucci* y *Riggi* dijeron:

I. Que el agravio del representante del Ministerio Público Fiscal en oportunidad de recurrir la resolución dictada por el juez a cargo de la ejecución penal que dispuso el extrañamiento anticipado del condenado el 29 de diciembre de 2020 se ciñó, en prieta síntesis, a su ilegalidad por haberse emitido por fuera de los requisitos legales establecidos en el art. 64 de la Ley 25.871 (el cumplimiento de la mitad de la condena —art. 17, I y II de la ley 24.660— y por la existencia de una orden de expulsión dictada por la Dirección Nacional de Migraciones que se encuentre firme), motivos por los cuales solicitó que se haga lugar a la impugnación y se revoque la decisión cuestionada.

II. Que, no obstante la gravedad de los agravios expuestos, el Sr. Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto De Luca, desistió de la impugnación incoada por el Fiscal de la instancia anterior (art. 349 del CPPF) y en subsidio pidió que se declare su inadmisibilidad.

Dio como argumento, que "...se han perdido de vista algunos asuntos basales del derecho criminal..." aludiendo a "...cuestiones humanitarias...que hoy en día también tienen jerarquía constitucional y, lo más importante, alcance universal", relacionadas con la salud y atención de los hijos menores del condenado y que a su entender deben prevalecer sobre las disposiciones de la legislación argentina para acceder al extrañamiento.

III. Que, en concordancia con el criterio del distinguido magistrado preopinante, el Código Procesal Penal Federal establece que el representante del Ministerio Público Fiscal tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones (art. 90). Su actuación, asimismo, se rige por lo dispuesto en el art. 1 de la ley orgánica N° 27.148 que dispone expresamente que "El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad...", debiendo ejercer sus funciones de acuerdo con el principio de objetividad, requiriendo "...la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado." (art. 9, inc. "d").

Sin esfuerzo se desprende de las normas citadas que al representante del Ministerio Público Fiscal le compete la estricta observancia de los preceptos que hacen al poder punitivo del Estado al que él representa.

De ahí que su deber es vigilar el estricto cumplimiento de las leyes pertinentes, dentro de las cuales deben valorarse las cuestiones humanitarias o cualquier otro principio, pero no sobre la ley penal. Ese es su deber.

Es así que cuando ese deber de custodiar la legalidad no se observa en sus dictámenes, fácil se concluye en que estos adolecen de la debida motivación y resultan descalificables por arbitrariedad.

Es que resulta a todas luces evidente que en su escrito de desistimiento, el Sr. Fiscal General se apartó inequívocamente de la ley expresa aplicable al caso, extremo que constituye un supuesto de arbitrariedad manifiesta que determina la anulación de lo dictaminado.

Viene al caso replicar en lo pertinente, lo decidido por esta Sala *mutatis mutandi* en la causa N° 1289/2013 "Arce, Luis R. y otro s/ recurso de casación", reg. N° 2561/13, del 23 de diciembre de 2013, en el que se recordó la facultad de los magistrados para declarar la nulidad de los dictámenes emanados de los señores Representantes del Ministerio Público cuando se verifique un apartamiento del requisito de motivación de sus dictámenes, según lo resuelto en las causas n° 2456 "Álvarez, Mauricio J. y otro s/ recurso de casación", reg. n° 688/2000, del 7 de noviembre de 2000; n° 4804 "Sandoval, Orlando R. s/ recurso de casación", reg. n° 254, del 19 de mayo de 2004 de esta Sala III;

y doctrina que fluye de las causas n° 2040 caratulada "Angulo, Alejandro s/ recurso de casación", Reg. 2595/99, del 4 de febrero de 1999 de la Sala I y n° 782 caratulada "Franchini, Stella Maris s/ recurso de casación", Reg. N° 1914, del 3 de abril de 1998 de la Sala II, entre otras.

El precepto aludido surge del sistema republicano de gobierno adoptado por la Nación Argentina (artículo 1° de la Constitución Nacional y garantiza también la plena vigencia del derecho de defensa en juicio y es impuesto por igual a los jueces como a los representantes del Ministerio Público Fiscal, como bien lo señala nuestro colega preopinante.

"En definitiva, para ser válidos, los dictámenes fiscales, deberán ser motivados, exigencia que comporta tanto una garantía en beneficio de los eventuales imputados y acusados, como también para el Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia.

Asimismo, esta garantía constitucional de justicia fundada en el régimen republicano de gobierno, impone la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los fiscales al formular sus requerimientos; y facilita el control de la actuación judicial por parte del pueblo, de quien en definitiva emana la autoridad. Sin duda alguna, la exigencia de motivar responde al propósito de que la sociedad pueda controlar así la conducta de quienes administran justicia en su nombre... Es pues de esta manera que "Se resguarda a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces [y, como venimos viendo, de los fiscales], que no podrán así dejarse arrastrar por impresiones puramente subjetivas ni decidir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente" (cfr. las causas "Alvarez" y "Sandoval" *ut supra* citadas, votos del Dr. Riggi).

El confronte de la observancia de esos preceptos en el dictamen fiscal de fecha 3 de febrero del corriente resulta negativo en tanto se aprecia que el Sr. Fiscal General dejó inerme el agravio invocado por su colega de la instancia previa sobre el extrañamiento anticipado decidido por el magistrado *a quo* con argumentos supralegales que dejan en letra muerta la ley por cuya legalidad está encargado constitucionalmente de velar en los procesos penales.

Grave defecto de motivación que contamina de arbitrariedad su dictamen a punto de provocar su nulidad conforme lo autoriza el artículo 132 del Código Procesal Penal Federal, en sintonía con lo dispuesto en el 129 del mismo texto legal.

Razones por las cuales nos expedimos en sentido concordante con la propuesta formulada por el Dr. Gemignani.

Tal es nuestro voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: Declarar la nulidad del dictamen por el cual el Sr. Fiscal General ante esta instancia, Dr. Javier A. De Luca, desiste del recurso intentado por el fiscal de grado, apartar al Sr. Fiscal General actuante del conocimiento de la causa y ordenar que se lo sustituya por el colega que corresponda, debiendo remitirse las actuaciones a la Oficina Judicial, a sus efectos. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN) y cúmplase. — *Juan C. Gemignani. — Liliana E. Catucci. — Eduardo R. Riggi.*

PRISIÓN DOMICILIARIA

Derecho a la salud del acusado. Pedido de realización de actividad física dentro del edificio donde reside. Recurso de casación. Requisitos. Inadmisibilidad.

1. — La defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio debidamente fundado que permita habilitar la jurisdicción de la Cámara de Casación, toda vez que ha invocado defectos de fundamentación en la resolución impugnada a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el tribunal de mérito consideró relevantes para no hacer lugar a la solicitud de autorización del encausado para salir de su departamento a fin de realizar la actividad física aeróbica encomendada por los galenos, en la forma de subir y bajar las escaleras del edificio en el que vive y a concurrir otro departamento para abonar el alquiler de su vivienda.

2. — Toda vez que los argumentos de la defensa solo evidencian una opinión diversa sobre la decisión del tribunal respecto del modo de cumplimiento de la prisión domiciliaria y no configuran un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad, en los graves defectos del pronunciamiento, o en alguna cuestión federal, no corresponde la intervención de la jurisdicción de la Cámara de Casación como tribunal intermedio.

CFCasación Penal, sala I, 19/02/2021. - H. G., C. d. S. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3499/2021]

Legajo FLP 737/2013/TO1/66/CFC81

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 19 de 2021.

La doctora *Figueroa* dijo:

I. Que, de las constancias traídas a conocimiento de esta instancia por intermedio del Sistema de Gestión Judicial (LEX100), surge que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal 1 de La Plata, en fecha 1 de diciembre de 2020, resolvió: "No hacer lugar a las solicitudes efectuadas por el Defensor Público Oficial, doctor Pablo Beltracchi, en representación de C. d. S. H. G.".

II. Que, contra esa decisión, la asistencia técnica del nombrado interpuso recurso de casación, el que fue concedido en fecha 21 de diciembre próximo pasado.

III. Que, con fundamento en ambos incisos del art. 456 del CPPN, la recurrente se agravió de la errónea aplicación de las normas que regulan la detención domiciliaria y su modalidad de cumplimiento, y en especial de las previsiones de los artículos 143 y concordantes de la ley 24.660; de la arbitrariedad del pronunciamiento por motivación aparente y de la vulneración de principios, garantías y derechos consagrados por los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Explicó que en fecha 07 de agosto del año en curso, solicitó que se permita a su asistido subir y bajar las escaleras del edificio donde reside, como forma de realizar la actividad física recomendada por sus médicos tratantes debido a la condición actual de sus patologías —antecedentes de dislipemia, EPOC, tabaquista, sobrepeso, nódulos pulmonares—.

Mencionó que el tribunal dispuso requerir al Cuerpo Médico Forense que evalúe los extremos sanitarios manifestados por esa parte y al personal policial que se encuentre prestando servicio en el edificio del nombrado, la confección de un croquis del domicilio de H. G., en el cual debían destacarse los espacios donde, en caso de disponerse positivamente lo requerido, se desarrollaría la actividad referida, para luego correr vista al Ministerio Público Fiscal.

En este sentido, refirió que este último expresó que, si bien entendía que por motivos de salud y recomendaciones médicas el imputado debía realizar ejercicios aeróbicos, consideraba que esa necesidad podía ser resuelta dentro de su departamento; y en cuanto a la solicitud del pago del alquiler, sostuvo que podía continuar haciéndolo del modo en lo que realizó hasta ese momento, sin salir de su vivienda.

En su crítica concreta al pronunciamiento recurrido afirmó que, sin desconocerse la necesidad de su asistido de realizar la actividad física indicada por los médicos, se priorizó el informe del Cuerpo Médico Forense y el croquis de la vivienda, indicándose que podía realizarla en su domicilio o adquiriendo la maquinaria sugerida por aquel organismo.

Hizo hincapié en que el decisorio recurrido cercena el derecho a las salidas extraordinarias solicitadas solo a los efectos de mejorar su salud, subiendo y bajando las escaleras de su edificio, incluso de considerarlo necesario sin salir del mismo, en concordancia con las normas que regulan el instituto de la prisión domiciliaria y con las previsiones de los artículos 143 y concordantes de la ley de ejecución.

Insistió en que los señores jueces han resuelto ignorando argumentos centrales que hacen al correcto encuadre de la situación de su asistido, pues desconocieron la prescripción médica que surge de los informes acompañados y que aconseja las caminatas por un período de tiempo y en forma constante, lo cual en una vivienda es muy difícil de realizar, como asimismo que no cuenta con medios necesarios ni siquiera para comprar medicación, por lo que mucho menos podría solventar una bicicleta fija.

Destacó que el pedido se funda en las obligaciones de respeto y garantía del Derecho Humano a la salud previsto en los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna en virtud del art. 75 inc. 22, en garantizar el respeto a la vida digna del justiciable y en la especial atención que merece por tratarse de un adulto mayor, con patologías a raíz de su edad, que lo ubican dentro de un grupo en situación de vulnerabilidad (Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores).

Finalmente, enfatizó que la sentencia resultaba equiparable por sus efectos a definitiva, en tanto privaba a H. G. de otros medios legales para obtener la tutela de su derecho, causándole un gravamen de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior —imposibilidad de realizar una adecuada rehabilitación cardiovascular en resguardo de su salud—.

En función de lo expuesto, solicitó se revoque la resolución que rechazó la autorización peticionada oportunamente respecto del imputado C. d. S. H. G. para salir de su departamento, a fin de que el nombrado pueda subir y bajar las escaleras del edificio en el que vive, como forma de realizar actividad aeróbica y a concurrir al piso 13° "A" para abonar el alquiler su vivienda y se haga lugar a la misma, sin reenvío.

Hizo reserva de caso federal.

IV. Que, de la lectura de la resolución recurrida, —obrante en el Sistema de Gestión Judicial

(LEX100)—, surge que el Ministerio Público Fiscal, luego de analizar los informes producidos por el Cuerpo Médico Forense y el croquis del lugar, concluyó que no debía prosperar la petición pues si bien entendía que por motivos de salud y recomendaciones médicas el imputado debía realizar ejercicios aeróbicos, tal necesidad podía ser resuelta dentro de su domicilio, es decir sin salir de su casa, tal como corresponde a una persona que se encuentra cumpliendo prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario, morigeración que no debía ser desvirtuada ya que de otro modo peligraría su sujeción al proceso.

Agregó, que el doctor Fassi, en el marco del informe presentado por el Cuerpo Médico Forense, refirió como ejemplos de ejercicios aeróbicos las caminatas o el uso de la bicicleta fija y no mencionó el subir y bajar escaleras, tal como es la pretensión de H. G.; y que en relación a la solicitud del pago del alquiler, el imputado podía continuar haciéndolo del modo que lo hizo hasta ahora, sin salir de su departamento.

Finalmente, memoró que el nombrado ya había sido beneficiado con la modalidad de arresto domiciliario hasta que le fue revocado tras ser visto por una víctima en la intersección de las avenidas del Libertador y Ortega y Gasset de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y que en atención a ello, resultaba imperioso evitar que esa situación volviera a suceder.

V. Que, a efectos de adoptar el temperamento aquí recurrido y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, el tribunal de grado consideró adecuado rechazar la petición formulada por la defensa por cuanto el derecho a la salud del encartado se hallaba plenamente garantizado, toda vez que ha sido autorizado en diferentes oportunidades a concurrir a disimiles organismos públicos y privados, saliendo de su domicilio con la finalidad de realizar diligencias de toda índole y de concurrir a turnos médicos.

Destacó que C. d. S. H. G. se encuentra cumpliendo arresto domiciliario en un departamento que comparte con su esposa, el cual según el croquis realizado en autos, cuenta con un living— comedor de 5 x 3 metros aproximadamente, una sala de estudio de 5 metros por 3 metros y un patio de 9 metros x 4 metros con hueco de aire y luz de 5 x 3,50 metros, descripción a partir de la cual se podía inferir que no habría ningún inconveniente para que el nombrado realice la actividad aeróbica recomendada por los profesionales galenos, ya sea en el interior de su casa o en el patio, al aire libre.

Recordó el tribunal de la instancia anterior que la realización de actividad aeróbica prescripta a H. G. por el Cuerpo Médico Forense —3 veces por semana, caminata o bicicleta fija sin carga, durante no más de una hora—, resultaba beneficiosa en cualquiera de sus modalidades, no siendo indispensable e imprescindible que su práctica fuese al aire libre, y más aún, fuera del domicilio donde el imputado cumple su detención morigerada.

De esta manera concluyó en que, acudiendo al medio alternativo que mejor se ajuste a su realidad cotidiana, rutinas y posibilidades económicas, se suple la forma en la que ha de efectuarse la actividad física recomendada, sin transgredir el régimen de detención domiciliaria al que se encuentra sometido.

En función de lo expuesto, consideró que toda vez que se encuentran satisfechos los extremos de la receta médica indicados a C. d. S. H. G., correspondía rechazar el pedido de autorización para realizar como actividad aeróbica la subida y bajada por las escaleras, como también la autorización para ir a pagar el alquiler, efectuado por su defensa.

VI. Que, si bien la resolución impugnada no es de naturaleza definitiva en sentido estricto pues no pone fin al proceso, lo cierto es que resulta equiparable a tal (art. 457 del CPPN), ya que guarda relación con la modalidad en que se lleva a cabo el encarcelamiento preventivo del imputado y podría *prima facie* ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, que requiere tutela inmediata por parte de esta Cámara Federal.

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que la alegada arbitrariedad y lesión de principios constitucionales, no controvierte de manera adecuada el criterio que llevó al tribunal a no hacer lugar a autorización peticionada respecto del imputado C. d. S. H. G. para salir de su departamento a fin de que el nombrado pueda subir y bajar las escaleras del edificio en el que vive, como forma de realizar actividad aeróbica y a concurrir al piso 13° "A" para abonar el alquiler su vivienda.

Examinado el recurso y cotejados los argumentos en los que se sustentó el pronunciamiento aquí recurrido, se advierte que la defensa no ha logrado demostrar un agravio debidamente fundado que demuestre defecto o ausencia de motivación en lo decidido, lo que trasluce su insuficiencia argumental.

En efecto, encontrándose debidamente fundada la resolución impugnada, circunstancia que impide su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888); y toda vez que los argumentos de la defensa solo evidencian una opinión diversa sobre el modo en que la cuestión fue resuelta (Fallos: 302:284; 304:415, entre muchos otros) y no configuran un agravio fundado en la doc-

trina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108), no corresponde la intervención de la jurisdicción de esta Cámara como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

En función de las consideraciones precedentes, debe declararse inadmisible la vía intentada, con costas (arts. 444, 530 y ccdtes. del CPPN).

El doctor *Petrone* dijo:

Que comparto la solución propuesta por la colega que lidera el acuerdo, en tanto considero que las discrepancias valorativas expuestas por la parte recurrente, sin perjuicio de demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108); por lo que no corresponde la intervención de la jurisdicción de esta Cámara y debe declararse inadmisible la vía intentada, con costas (arts. 444, 530 y ccdts., CPPN).

El doctor *Barroetaveña* dijo:

Que por compartir en lo sustancial los fundamentos brindados en el voto de la colega que lidera el acuerdo —que cuenta con la conformidad del juez Petrone—, hemos de adherir a su propuesta de declarar inadmisible la vía intentada, con costas (arts. 444, 530 y ccds. del CPPN).

En efecto, como acertadamente lo ha señalado la doctora Ana María Figueroa, la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio debidamente fundado que permita habilitar la jurisdicción de esta Cámara, toda vez que ha invocado defectos de fundamentación en la resolución impugnada a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el tribunal de mérito consideró relevantes para no hacer lugar a la solicitud de autorización del encausado H. G. para salir de su departamento a fin de realizar la actividad física aeróbica encomendada por los galenos, en la forma de subir y bajar las escaleras del edificio en el que vive y a concurrir al piso 13° "A" para abonar el alquiler de su vivienda.

Las discrepancias valorativas expuestas en la presentación recursiva, además de demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configuran un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108); por lo que no corresponde la intervención de la jurisdicción de este Tribunal.

Tal es nuestro voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de C. d. S. H. G., con costas (arts. 444, 530 y ccdtes. del CPPN). II. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. *— Daniel A. Petrone. — Ana M. Figueroa. — Diego G. Barroetaveña.*

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Delito penal tributario. Obtención fraudulenta de beneficios fiscales. Aplicación de las leyes más beneficiosas para el imputado.

1. — La resolución recurrida examinó el pedido de suspensión del juicio a prueba a la luz, exclusivamente, de la ley 27.430 y su incidencia en el Régimen Penal Tributario que vino a reemplazar, sin siquiera tomar en consideración que la fecha de la supuesta comisión del hecho objeto de proceso y la normativa aplicable podrían resultar más beneficiosas para el imputado, en tanto en esa época no se hallaba vigente la ley 26.735, cuya aplicación por el juez de la instancia previa obstó a la concesión del pedido.

2. — La existencia de recursos pendientes de resolución en nada obstaba a que el juez *a quo* efectúe un análisis de las distintas leyes penales tributarias que se sucedieron en el tiempo, para de ese modo establecer cuál resultaría de aplicación en miras de resolver el pedido de la defensa.

CFCasación Penal, sala I, 22/02/2021. - I., H. E. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3488/2021]

Legajo N° FSM 64028915/2013/TO1/3/CFC3

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 22 de 2021.

Considerando:

I. Que, en fecha 19 de julio de 2019, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de San Martín, integrado

de manera unipersonal por el juez Marcelo Gonzalo Díaz Cabral, resolvió: "I. No hacer lugar al pedido de suspensión de juicio a prueba efectuado en favor de H. E. I.".

II. Esa decisión fue recurrida mediante recurso de casación por el defensor particular de H. E. I., abogado Ricardo Alberto Müller, que fue concedido por el tribunal *a quo* y mantenido en esta instancia.

III. La defensa sostuvo que la sentencia recurrida violentó los principios pro homine, de legalidad, congruencia e igualdad, como también la doctrina de la CSJN acerca de las previsiones del art. 76 bis del CP.

Agregó que en aquella decisión no se tomaron en consideración principios y garantías que sustentan la aplicación, en circunstancias como se presentan en este proceso, de la ley más favorable al imputado.

En ese sentido, citó los precedentes "Acosta", "Nanut" y "Cangiaso" del máximo Tribunal.

Agregó que de acuerdo con diversa doctrina respecto a la falta de prohibición expresa y/o restricción en sentido opuesto, ninguno de los delitos tributarios consagrados en la Ley 24.769 queda fuera de la probation. Es decir, a su juicio, el argumento que sostuvo el tribunal en cuanto a la imposibilidad de aplicación del instituto en materia penal tributaria es totalmente improcedente y como tal debe ser casado.

Asimismo, sostuvo que resulta evidente que la ley más favorable es la 27.430 no solo por su especialidad en la materia, sino porque derogó la Ley 24.769 y su modificatoria 26.735, y no prohíbe la aplicación de la suspensión del juicio a prueba a los delitos tributarios, siendo esto último coherente con la doctrina legal de la CSJN en los precedentes citados.

A ello, adicionó que por el tipo de delito que se está investigando, sería la más favorable al imputado la Ley 24.769 con vigencia al momento de perpetrarse el delito investigado y no prohibida por el entonces vigente art. 76 bis del CP la aplicación de la suspensión del juicio a prueba. Incluso, destacó que el tipo penal imputado, conforme lo señaló el decisorio es el mismo (arts. 4 de la Ley 24.769 y 8 del actual Régimen Penal Tributario, según Ley 27.430, art. 279), circunstancia que permite la suspensión en tanto la norma no lo impide.

En apoyo a esa conclusión, señaló que si bien el fiscal al requerir la elevación a juicio sostuvo que el hecho encuentra adecuación en los arts. 8 y 13 del Título II, art. 279 de la Ley 27.430, y que conforme a ella se sobreseyó a su defendido por otro hecho calificado como evasión simple al haberse elevado la condición objetiva de punibilidad, se encuentran pendientes de solución dos recursos ante la CSJN, uno interpuesto por la fiscalía —contra la última decisión— y el restante por la defensa en virtud de la calificación legal adoptada por el restante episodio imputado —relativo al reintegro de créditos fiscales en el Impuesto al Valor Agregado (IVA) por operaciones de exportación—.

Sin embargo, agregó que el tribunal *a quo* optó por resolver el caso solo tomando en cuenta la subsunción adoptada por el fiscal al requerir la elevación a juicio.

Por otra parte, sostuvo que el juez *a quo* indicó que la Ley 27.430 si bien derogó la 24.769, no dejó sin efecto la prohibición de otorgamiento de la denominada probation en los delitos tributarios introducida en el último párrafo del art. 76 bis del CP. No obstante, a juicio del defensor, la Ley 27.430 derogó la 24.769 y las modificaciones introducidas a ella por la Ley 26.735.

En función de ello, sostuvo que el juez aplicó en fundamento de su sentencia dos leyes al mismo caso, extremo que conforma la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

Agregó que el principio de ley penal más benigna aplica tanto en la ultraactividad como en la retroactividad.

Por lo tanto, adujo que es claro que la Ley 27.430 derogó la 24.769, y no esta alcanzada por la prohibición introducida por la 26.735, en tanto esta última es modificatoria de la 24.769.

Sumó a ello que, más allá de la discusión técnica de si la Ley 27.430 derogó no solo a la Ley 24.769, sino también a su modificatoria, desde la exegesis de la ley debe evaluarse cuál es más benigna y, en tal sentido, recalcó que ello importa reconocer no solo la retroactividad sino también la ultraactividad de la ley anterior.

Por esas razones, concluyó en que, como leyes especiales más benignas, la 24.769 y 27.430, ya sea por ultraactividad o vigencia al tiempo de la resolución, deben ser aplicadas.

En ese sentido, recordó que el cimero Tribunal en el caso "Cangiaso" impuso la aplicación de la ultraactividad de la Ley 24.769 como más benigna frente a la 26.735, que tácitamente permite —en tanto no lo prohíbe— la aplicación en materia penal tributaria del instituto de la probation.

En el presente, por lo tanto, indicó que aun cuando la queja presentada acerca de la calificación legal no tenga andamiaje y sí aquella deducida por la Fiscalía

de Cámara, no cabe duda de que resulta de aplicación por ultraactividad de la ley la 24.769 y, a todo evento, la vigente 27.430.

En esa dirección, citó un precedente de la Sala IV de esta CFCP, en cuanto allí se sostuvo que la ley aplicable por ser más benigna era la 24.769 y no la 26.735, que dispuso la prohibición.

Agregó que otros fallos han ido más a fondo hasta declarar la inconstitucionalidad del artículo 19 de la Ley 26.735, "lo que dej[ó] a todo evento pedido".

Concluyó su presentación al señalar que al mantenerse la aplicación de la Ley 27.430, conforme la imputación de la fiscalía de juicio, al no prohibir la suspensión del juicio a prueba, resulta más benigna que la 26.735 que sí lo hace y cuya imposición está prohibida por ser violatorio del principio de ley penal más benigna.

Del mismo modo, y por ultraactividad, resulta ser la ley penal más benigna la 24.769, vigente al momento de comisión del delito investigado, que tampoco prohíbe la suspensión a prueba del proceso y recepta su aplicación a todos los delitos por ella tipificados.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del CPPN, se presentó nuevamente el defensor del imputado I., quien mantuvo los agravios esbozados oportunamente en su recurso de casación.

V. Que en la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468, CPPN, hicieron presentaciones la defensa técnica del señor I. y la parte querellante.

El primero desarrolló nuevamente los agravios introducidos tanto en su recurso de casación como en su escrito presentado durante el término de oficina.

Por su parte, el acusador particular indicó que "(a)l momento de efectuar la denuncia, los hechos ilícitos fueron encuadrados en el art. 3° de la Ley 24.769, ley vigente al momento de la comisión del delito. Ahora bien, a raíz del dictado de las modificaciones al Régimen Penal Tributario (Leyes 26.735 y 27.430), la conducta descripta ya no encontraba adecuación típica en la nueva redacción del art. 3° —toda vez que las sumas reintegradas indebidamente resultaban inferiores al nuevo umbral de punibilidad— sino en el art. 8 del actual Régimen Penal Tributario (anterior art. 4 de la Ley 24.769 cfr. Ley 26.735)".

A ello, agregó que "(E)fectuadas estas consideraciones y, teniendo en cuenta la calificación legal adoptada para encuadrar los hechos denunciados (art. 8° de la Ley 27.430), esta querella considera que existe un escollo legal para la concesión de la suspensión del proceso a prueba, que la defensa omitió considerar en su presentación al hacer un análisis parcial del art. 76 bis del CP. Ello así, pues no obstante que la calificación legal adoptada prevé una pena que habilitaría la aplicación del instituto en trato a tenor de lo normado en el primer párrafo del pre mencionado artículo — uno a seis años de prisión omite toda mención a la prohibición introducida en el último párrafo del art. 76 bis del CP a través del artículo 19 de la Ley 26.735 que impide hacer uso del mismo 'respecto de los ilícitos reprimidos por la Ley 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones'".

Sostuvo que "(E)n esa inteligencia, cabe aclarar que esta restricción no varió con el dictado de la nueva Ley 27.430 (publicada en B.O. el 29/12/2017), ya que la misma no realizó ningún cambio al art. 76 bis del CP, por lo que la cláusula prohibitiva para los delitos penales tributarios supra referenciada se encuentra vigente".

Citó diversos fallos para avalar su postura e hizo reserva de caso federal.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Diego G. Barroetaveña, Ana María Figueroa y Daniel Antonio Petrone.

El doctor *Barroetaveña* dijo:

I. De manera liminar, es menester señalar que el recurso de casación interpuesto por la defensa del señor H. E. I. resulta formalmente admisible, toda vez que la resolución recurrida en sus efectos es equiparable a sentencia definitiva en los términos previstos en el art. 457 del CPPN (Fallos: 320:2451), la parte impugnadora se encuentra legitimada para recurrirla, la cuestión sometida a inspección jurisdiccional encuadra dentro de los motivos estipulados por el art. 456 del citado cuerpo normativo y se han cumplido los requisitos de tiempo y fundamentación exigidos por el art. 463 del código procesal penal.

II. Superado el test de admisibilidad, de manera prologal, habremos de memorar que el fiscal ante el Juzgado Federal de Mercedes requirió la elevación a juicio de las presentes actuaciones y acusó a H. E. I. haber percibido indebidamente en el año 2010 reintegro de créditos fiscales en el IVA por operaciones de exportación de los períodos 7/2008, 8/2008, 10/2008, 11/2008 y 5/2009 por la suma de pesos trescientos siete mil cuatrocientos ochenta y cinco con veinte centavos ($307.485,2) y que calificó esa conducta en el delito de obtención fraudulenta de beneficios fisca-

les, por el que debía responder a título de autor (arts. 8 y 13, título III y 279, Ley 27.430).

De otra parte, el defensor del imputado I., abogado Ricardo Alberto Müller, solicitó la suspensión del juicio a prueba, oportunidad en la que entendió aplicable al caso la Ley 27.430, por ser la más benigna para el imputado, no solo porque elevó la condición objetiva de punibilidad, sino también porque no prohíbe la aplicación del instituto de la probation.

Tras citar jurisprudencia en tal sentido, destacando además que la exclusión de los delitos tributarios del beneficio de mención afectaba el principio de igualdad, señaló que la falta de antecedentes y la naturaleza del delito permitirían la imposición de una condena condicional, razón por la que resultaría procedente su aplicación. Ofreció el pago de veinte mil pesos ($20.000), en concepto de reparación del daño y la realización de tareas comunitarias por el lapso de un año, durante tres horas semanales en una institución de bien público.

Al materializarse la audiencia prevista en el art. 293 del CPPN, el defensor insistió en su pedido y recordó que "(s)e encuentran en trámite ante la Cámara Federal de Casación Penal el recurso interpuesto por el Sr. [F]iscal contra el sobreseimiento oportunamente dispuesto respecto del imputado de autos y, ante la CSJN, la queja presentada por esa defensa en relación a la calificación de los hechos imputados a su asistido".

A su turno, la parte querellante —AFIP/DGI— se opuso a la concesión, citando jurisprudencia del tribunal *a quo* y con remisión a lo señalado oportunamente en una presentación que dedujo tras el pedido de la defensa.

Concedida la palabra al representante del ministerio público fiscal, Fiscal General Carlos Cearras, este postuló la suspensión del trámite del pedido "(p)or encontrarse pendiente de resolución la calificación legal de los hechos investigados en la presente causa".

Ahora bien, el tribunal *a quo* resolvió no hacer lugar al pedido formulado por la defensa de I.

Para decidir de la forma en que lo hizo comenzó por señalar que "(L)legado el momento de resolver, entiendo que, sin perjuicio del recurso pendiente ante la CSJN respecto de la adecuación típica de los hechos aquí investigados (fs. 324), corresponde resolver el planteo efectuado por la defensa de H. E. I. teniendo en consideración la calificación legal otorgada por el fiscal de instrucción al elevar la presente causa a juicio —arts. 8 y 13, título III, art. 279 de la ley 27.430— por ser la actualmente vigente".

De seguido, argumentó que "(s)i bien la norma antes citada derogó la ley 24.769, la prohibición de otorgar la suspensión de juicio a prueba en el caso de los delitos en materia tributaria fue introducida por la ley 26.735 —que no ha sido derogada— en el último párrafo del artículo 76 bis del CP, continuando así vigente la imposibilidad de conceder ese beneficio para los ilícitos reprimidos por la ley 24.769 y, como es el caso, por sus respectivas modificaciones. Asimismo no se advierte que dicho impedimento vulnere el principio de igualdad contenido en la Constitución Nacional como alegara la defensa, sino que ello obedece a cuestiones de política criminal ajenas al control jurisdiccional".

Sobre esto último, agregó que es "(u)niforme y reiteradamente ha sostenido la CSJN que el principio de igualdad ante la ley —consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional— radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (Fallos: 270:374; 286:97; 300:1084, entre otros), pero no excluye la facultad del legislador de establecer distinciones o formar categorías, siempre que tales clasificaciones no revistan el carácter de arbitrarias o estén inspiradas en un propósito manifiesto de hostilidad contra determinadas personas o clases (Fallos: 195:270; 196:337; 207:270, entre muchos otros). Ver Fallos: 333:108".

Por lo demás, indicó que "(T)ampoco se verifica, ni fue invocado por el Dr. Müller, la afectación al principio "pro homine", cuya aplicación conduciría a la interpretación propuesta por la defensa".

III. Que, previo a emitir la decisión que propondremos al Acuerdo, nos aparece oportuno aclarar, a partir de lo indicado tanto por la defensa como por el ministerio público fiscal, qué cuestiones se encuentran recurridas, para de ese modo determinar si su resolución previa puede tener o no alguna incidencia en la resolución del caso.

En ese camino, es útil memorar que el 28 de febrero de 2018 el Juzgado Federal de Mercedes decidió: "2.- Decretar el sobreseimiento parcial en la presente causa FSM 64028915/2013 respecto de H. E. I., DNI ..., de las demás condiciones personales obrantes en el exordio, por los delitos de evasión en el pago del Impuesto a las Ganancias año 2009, toda vez que el hecho investigado no encuadra en una figura penal, declarando que el presente proceso no afectará el buen nombre y honor de que hubiere gozado el nombrado al respecto (art. 279, Título I, Art. 1°, Ley 27.430; art. 2 del CP y art. 336 inc. 3) y último párrafo del CPPN); 3.- Decretar el procesamiento, sin prisión preventiva, en la presente causa FSM 64028915/2013 respecto de H. E. I., DNI ..., de las demás condiciones personales obrantes en el exordio, como autor responsable, en su

carácter de socio gerente de la firma IRPATE SRL, del delito de obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art. 45, 54, 55 y ss. del CP; art. 8° y 13°, Título III, Art. 279, Ley 27.430; art. 306, 307, 308, 310 del CPPN)".

El punto dispositivo individualizado con el numeral dos fue recurrido por la fiscalía y la querella, mientras que el tres lo fue por el defensor de I. La Secretaría Penal n° 3, de la Sala I de la Cámara Federal de San Martín, en fecha 16 de octubre de 2018, resolvió confirmar ambas decisiones.

Los acusadores público y privado introdujeron sendos recursos de casación contra la decisión que confirmó la desvinculación del proceso de I., relativa al hecho consistente a la evasión del pago del impuesto a las ganancias del año 2009 ($468.102,99), y esta Sala I de la CFCP los declaró inadmisibles, en tanto se consideró que, en este hecho, la Ley 27.430 debía aplicarse como más benigna al no superar el monto presuntamente evadido el umbral de punibilidad establecido en la nueva norma (Regs. 32/2019 y 43/2019, ambos del 8 de febrero de 2019).

Por su parte, el fiscal general ante esta Alzada interpuso recurso extraordinario federal que, rechazado por esta Sala, motivó la presentación directa ante la CSJN —aun pendiente de resolución—.

De otra banda, el defensor recurrió a través del remedio casatorio la decisión de la Cámara de Apelaciones, recurso que fue denegado y motivó la presentación de una queja ante esta Sala. Al respecto, este tribunal declaró inadmisible esa presentación por no constituir el fallo recurrido sentencia definitiva ni equiparable a ella (Reg. 1814/18, del 19 de diciembre de 2018), así como el consiguiente recurso extraordinario federal deducido por la defensa (Reg. 198/19 del 27 de febrero de 2019), circunstancia que motivó una presentación directa ante el máximo tribunal, pendiente aun de resolución.

Debe recordarse, por tanto, que esta es la decisión que tanto la fiscalía, para solicitar la suspensión del pedido de probation, como el recurrente, para sostener las dudas que se erigen en torno a la calificación legal que debe aplicarse, invocaron en la audiencia celebrada oportunamente (art. 293 del CPPN).

IV. Puestos ahora sí a resolver, hemos de adelantar que la decisión contiene un análisis sesgado que impide catalogarla como un acto jurisdiccional válido y, por tanto, imponen su anulación.

En ese sentido, conviene reiterar, en lo que aquí interesa, y más allá de que se encuentre pendiente de resolución un recurso ante la CSJN, que H. E. I. fue requerido a juicio, en su carácter de socio gerente de la firma IRPATE SRL, por haber percibido indebidamente en el año 2010 reintegro de créditos fiscales en el IVA por operaciones de exportación de los períodos 7/2008, 8/2008, 10/2008, 11/2008 y 5/2009 por la suma de $307.485,2, conducta que fue calificada como constitutiva del delito de obtención fraudulenta de beneficios fiscales.

De otra parte, hemos de memorar que en el último párrafo del art. 76 bis (incorporado por el art. 19 de la Ley 26.735 —BO 28/12/2011—), se estableció que "Tampoco procederá la suspensión de juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones".

A partir de esta reseña, dable es advertir que el tribunal *a quo* omitió, debido a la sucesión de distintas leyes en el tiempo, dilucidar cuál de ellas resultaba aplicable al presente caso a tenor de lo prescripto en el art. 2° del CP.

En efecto, como ha de advertirse, la resolución recurrida examinó el pedido a la luz, exclusivamente, de la Ley 27.430 y su incidencia en el Régimen Penal Tributario que vino a reemplazar, sin siquiera tomar en consideración que la fecha de la supuesta comisión del hecho objeto de proceso y la normativa aplicable podrían resultar más beneficiosas para el imputado, en tanto en esa época no se hallaba vigente la Ley 26.735 —cuya aplicación por el juez de la instancia previa obstó a la concesión del pedido—.

Por otra parte, la existencia de recursos pendientes de resolución en nada obstaba a que el juez *a quo* efectúe un análisis de las distintas leyes penales tributarias que se sucedieron en el tiempo, para de ese modo establecer cuál resultaría de aplicación en miras de resolver el pedido de la defensa. Más aún cuando la figura legal escogida para el suceso no se vio modificada a partir de la sucesión de leyes (arts. 4 de la Ley 24.769 y 8 del actual Régimen Penal Tributario, según el art. 279 de la Ley 27.430).

Sin embargo, la interpretación restrictiva a la aplicación del instituto peticionado que el juez de la instancia anterior adoptó, desatendió cuál era la ley que se encontraba vigente al momento de perfeccionarse los hechos presuntamente ilícitos.

Debe recordarse sobre esa disyuntiva que la Corte de Justicia ha definido la cuestión, en favor de la posibilidad de conceder la probation de delitos tributarios bajo el régimen de la Ley 24.769. En tal sentido, expuso "Que resulta aplicable al caso, *mutatis mutandis*, el criterio que se desprende de 'Acosta' (Fallos: 331:858), según el cual la ley 24.769 no excluye la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba, en supuestos como en el *sub examine*. Ello es así, dado

que la mencionada ley 24.769, además de ser la ley vigente al momento en que se produjera el hecho, resulta también la más benigna (art. 2° del CP)" (conf. CSJN, causa n° 1253/2013 (49-C), "Cangiaso, José C. s/ causa n°. 155/2013"), decisión que se alinea con los precedentes "Acosta" (Fallos; 331:858), "Norverto" (N. 326.XLI del 23 de abril de 2008), y concretamente en el caso "Nanut" (N.272. XLIII, del 7 de octubre de 2008) —en el que se trataba de un delito tributario, remitiendo en lo pertinente a lo resuelto en el citado fallo "Acosta"—.

A partir del marco desarrollado, se observa que en el fallo se prescinde del análisis de normas específicas y jurisprudencia que regulan el asunto. Debido a ello, al haberse producido un apartamiento de las normas específicas cuyo examen y armónica comprensión es indispensable para decidir la suerte del pleito (Fallos: 314:1043), el pronunciamiento atacado configura un supuesto de arbitrariedad que lo priva de efectos e impone su anulación.

Por las razones expuestas, proponemos al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el defensor de H. E. I., sin costas; anular la resolución recurrida y remitir la causa al tribunal de origen a fin de que se emita un nuevo fallo de acuerdo con los lineamientos expuestos precedentemente.

Es nuestro voto.

La doctora *Figueroa* dijo:

Que por compartir en lo sustancial los argumentos desarrollados en los considerandos III y IV del voto del juez que inaugura el Acuerdo, adhiero a la solución allí propuesta y emito el mío en igual sentido.

Tal es mi voto.

El doctor *Petrone* dijo:

Por compartir, en lo sustancial, las consideraciones efectuadas por el doctor Diego G. Barroetaveña, adhiero a la solución propuesta por el colega que lidera el acuerdo, a la que ya adhirió la doctora Ana María Figueroa, y expido mi voto en igual sentido.

Por ello, el Tribunal resuelve: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el defensor de H. E. I., sin costas; ANULAR la resolución recurrida y remitir la causa al tribunal de origen a fin de que se emita un nuevo fallo de acuerdo con los lineamientos expuestos precedentemente (arts. 471, 530, 531 y cdtes. del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial - CIJ (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Daniel A. Petrone.* — *Ana M. Figueroa.* — *Diego G. Barroetaveña.*

PRISIÓN DOMICILIARIA

Emergencia sanitaria. Ausencia de situación de riesgo. Rechazo.

1. — La sola invocación de la pandemia y del mayor riesgo de contagio que se genera en el ámbito carcelario, no habilita automáticamente a modificar la modalidad de encierro del detenido, más aún cuando, tal como advirtió el *a quo,* no se verifica en el caso una situación de riesgo que justifique acceder a lo peticionado.

2. — La defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el a quo consideró relevantes para denegar la detención domiciliaria en favor del imputado.

CFCasación Penal, sala I, 22/02/2021. - E. D., D. I. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3485/2021]

FSM 119493/2017/TO1/33/CFC7

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 22 de 2021.

Considerando:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de San Martín, en fecha 24 de septiembre de 2020, resolvió "I. No hacer lugar al pedido de arresto domiciliario formulado por el defensor particular Dr. Pablo Wulfman a favor de D. I. E. D. en los términos del art. 210 y cc. del CPPF y de los incs. "a" y "f" del art. 32 de la Ley 24.660...".

II. Contra esa decisión, la defensa particular de D. I. E. D. interpuso recurso de casación, el que fue concedido el 11 de noviembre próximo pasado.

Con invocación de los arts. 456 y 457 del CPPN (CPPN), la parte recurrente sostuvo que se advierte una posible aplicación errónea de lo establecido en los arts. 210, 221 y 222 Código Procesal Penal Federal (CPPF).

A su vez, fundó sus derechos en las Acordadas 6/2020 y 9/2020 de esta CFCP, en el art. 18 de la Constitución Nacional y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo postuló que en lugar de alojamiento donde se encuentra su asistido no se cumplen los protocolos establecidos en relación al Covid-19 y que no es cierto que se hayan intensificado los cuidados y medios de prevención.

Recordó que su representado goza al día de hoy del status de inocente.

De otra parte, refirió que la pareja de su asistido embarazada, se encuentra en situación de desamparo toda vez que no recibe la atención que necesita por vivir sola "ya que su madre trabaja 'con cama dentro' en una casa de familia".

Por último, se agravió toda vez que, a su entender, el "Interés Superior del Niño" fue ignorado.

III. Que el 24 de noviembre próximo pasado se notificó a las partes y a la Unidad Funcional de Asistencia de Menores de 16 años en esta instancia a los fines del art. 465 bis del CPPN.

El doctor *Petrone* dijo:

I. Que si bien las resoluciones que involucran la cuestión aquí planteada resultan equiparables a sentencia definitiva ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible, tardía o insuficiente reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata, como lo es, en el caso, la libertad ambulatoria (Fallos: 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934, 328:110 y 329:679, entre muchos otros), para posibilitar el ejercicio de la jurisdicción revisora de esta Alzada debe encontrarse debidamente fundada una cuestión federal.

II. Que la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el *a quo* consideró relevantes para denegar la detención domiciliaria en favor de D. I. E. D.

En ese sentido, es menester destacar que, para así decidir el tribunal *a quo* reseñó que conforme surge del requerimiento de elevación a juicio a E. D. se le atribuye el delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de tenencia con fines de comercialización, agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo, en calidad de coautor (arts. 45 del CP y 5, inciso "c" y 11 inc. "c" de la Ley 23.737).

Por otro lado, expuso que el encartado se encuentra detenido preventivamente desde el 3 de marzo de 2018, habiéndose prorrogado tal medida cautelar el pasado 28 de febrero del año en curso por el término de un año, de conformidad con lo establecido en el art. 1° de la ley 24.390; temperamento que fue oportunamente controlado por esta Sala I de la CFCP (cfr. legajo FSM 119493/2017/TO1/27/CFC1).

A su vez, refirió que las razones de peligro procesal que en aquella ocasión se esgrimieron continúan plenamente vigentes, como así también las brindadas para fundar el rechazo de la implementación de alguna de las medidas alternativas de coerción previstas en el art. 210 del CPPF.

No obstante ello, refirió que corresponde establecer si, atento a las especiales circunstancias generadas a partir de la propagación del Covid-19, resulta procedente la concesión de la prisión domiciliaria para garantizar el derecho a la salud de E. D., en los términos del art. 32 de la Ley 24.660.

De ese modo, reseñó las medidas adoptadas por los respectivos órganos competentes en miras de establecer pautas de prevención y protección frente al Covid-19 en contexto de encierro.

Luego, destacó que "tanto la gravedad del delito endilgado a E. D. —ostensible no solo a partir de la lesividad intrínseca de la conducta reprochada, sino también en base a elevada escala penal prevista para este—, como la consecuente expectativa de prisión que funda con probabilidad rayana en la certeza el riesgo de fuga, lo excluyen del grupo respecto del cual prioritariamente se proponen (las) medidas alternativas (de) coerción".

Por el contrario, mencionó que resulta aplicable al caso lo establecido por el punto 3° de la Ac. 9/20 de esta CFCP a través del cual expresamente se exige meritar con extrema prudencia y carácter sumamente restrictivo la aplicabilidad de las disposiciones en supuestos de delitos graves, conforme normas constitucionales, convencionales y de derecho interno, según la interpretación que el órgano jurisdiccional haga en cada caso.

En esa línea, puntualizó que "el servicio médico del Complejo Penitenciario Federal N° II informó que en virtud de los exámenes realizados, E. D. no presenta patologías actuales ni preexistentes que lo ubiquen como paciente de riesgo frente al Covid-19 y que, además, en el pabellón que este se encuentra alojado no se han registrados casos sospechosos ni positivos" y que "la autoridad penitenciaria también informó que se han intensificado los cuidados y medios de prevención para evitar un eventual contagio. Además, se ha reforzado el suministro de elementos de higiene personal y de elementos de limpieza".

De ese modo, en consonancia con el representante del Ministerio Público Fiscal, entendió que por el momento (atento el carácter dinámico de la pandemia), no existen razones plausibles para conceder la prisión domiciliaria como morigeración de la prisión preventiva.

Sin perjuicio de ello, ordenó al director de la unidad carcelaria donde se encuentra alojado el imputado que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del Covid-19 en el S.P.F." (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020).

De otra parte, refirió que "corresponde establecer la procedencia del pedido de prisión domiciliaria incoado por la defensa en favor del imputado E. D., en los términos del inciso 'f' del art. 32 de la Ley 24.660" y en relación al supuesto legal allí contemplado señaló que "aun cuando el caso de autos no encuadra —objetivamente— en aquel, lo cierto es que en tal exégesis el juez debe contemplar todas las circunstancias del caso, ponderando los derechos de terceros que puedan ser afectados ante la privación de la libertad del imputado, sobre todo cuando se trata de menores de edad, con el fin de salvaguardar el interés superior del niño —arts. 75, inc. 22 de la CN y 2, 3 y ss. de la Convención sobre los Derechos del Niño—".

En esa senda, también en concordancia con el Ministerio Público Fiscal, expresó que del informe social reseñado no se advierte, más allá de los lógicos e innegables perjuicios que la detención de E. D. trajo aparejados para su núcleo familiar en especial para su concubina, que ella y su hijo por nacer se encuentren en una situación de desamparo, abandono o inseguridad material o moral que vulnere sus derechos y habilite hacer lugar a la excepción legal pretendida.

A más de ello, puso de resalto que, "tal como surge del informe socio ambiental producido, K. E. R. D. si bien se encuentra transitando un embarazo que requiere reposo, lo cierto es que permanece asistida, tanto económica como afectivamente por su madre, más allá de la compañía y colaboración de la hija de su prima diariamente y, por otro lado, el domicilio en el que habita cuenta con buenas condiciones de habitabilidad. Asimismo, cuenta con cobertura médica y concurre a los turnos médicos necesarios para el seguimiento de su embarazo acompañada por su madre, lo que dista de lo manifestado por el letrado (en una presentación posterior a la solicitud que originó la presente) en cuanto a que '...la Sra. K. (pareja de [su] asistido) le es casi imposible acudir al hospital para hacerse los chequeos y controles mensuales...'".

Por consiguiente, el *a quo* manifestó que no se observa que el cumplimiento del arresto por parte E. D. en esa misma vivienda conlleve un grado de necesidad y urgencia que, teniendo en cuenta la gravedad del delito mencionado y los peligros procesales existentes, posibiliten la aplicación en el caso del beneficio contemplado en el art. 32 de la Ley 24.660.

III. Que en razón de las consideraciones precedentes, las discrepancias valorativas expuestas por la parte recurrente, más allá de demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configuran un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108).

Que, contrariamente a lo alegado por la defensa en su recurso, se advierte que el *a quo* analizó los elementos de convicción necesarios para el tratamiento de la cuestión con especial consideración de la situación particular de la concubina de E. D. y su hijo por nacer.

Asimismo, como se ha dicho en reiteradas oportunidades, la sola invocación de la pandemia y del mayor riesgo de contagio que se genera en el ámbito carcelario, no habilita automáticamente a modificar la modalidad de encierro del detenido, más aún cuando, tal como advirtió el *a quo*, no se verifica en el caso una situación de riesgo que justifique acceder a lo peticionado.

De ese modo, las alegaciones de la parte recurrente expuestas en el recurso en trato traslucen una disconformidad con el análisis efectuado por el *a quo* sobre la cuestión, sin lograr conmover, a través de los argumentos expuestos, los fundamentos antes señalados.

Por ello, no corresponde la intervención de la jurisdicción de esta Cámara y debe declararse inadmisible la vía intentada, sin costas en esta ocasión, por haber podido entender el recurrente, en el contexto actual de la emergencia sanitaria, que tenía razones plausibles para recurrir (arts. 444, 530 y ccds. del CPPN).

Sin perjuicio de ello, corresponde encomendar al tribunal de mérito que continúe requiriendo a la unidad carcelaria donde D. I. E. D. se encuentra detenido, que arbitre los medios necesarios tendentes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 y la recomendación de la Acordada 9/2020 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del Covid-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020).

El doctor *Barroetaveña* dijo:

Que por coincidir, en lo sustancial, con los fundamentos expuestos por el colega que inaugura el acuerdo, doctor Daniel Antonio Petrone, hemos de adherir a la solución propuesta y expedimos nuestro voto en igual sentido.

La doctora *Figueroa* dijo:

Que en atención a los fundamentos vertidos por el juez que vota en primer término, que cuenta con la adhesión del juez Barroetaveña, adhiero a la solución allí esgrimida, y emito mi voto en igual sentido.

Tal es mi voto.

En mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de D. I. E. D., sin costas en esta ocasión, por haber podido entender el recurrente, en el contexto actual de la emergencia sanitaria, que tenía razones plausibles para recurrir (arts. 444, 530 y ccds. del CPPN). II. Encomendar al tribunal de mérito que continúe requiriendo a la unidad carcelaria donde D. I. E. D. se encuentra detenido, que arbitre los medios necesarios tendentes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 y la recomendación de la Acordada 9/2020 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del Covid-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Daniel A. Petrone.* — *Ana M. Figueroa.* — *Diego G. Barroetaveña.*

EXCARCELACIÓN

Rechazo. Recurso de casación. Inadmisibilidad.

> Corresponde declarar inadmisible el remedio intentado, ya que la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que permita hacer excepción a dicho principio general, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el tribunal de la anterior instancia consideró relevantes para denegar la excarcelación del imputado y la morigeración de su detención.

CFCasación Penal, sala I, 23/02/2021. - M. C., A. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3483/2021]

Legajo N° FSM 136346/2018/TO1/18/CFC2

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 23 de 2021.

Considerando:

1°) Que el 14 de octubre de 2020, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de San Martín resolvió "I. Denegar la excarcelación de A. M. C. (arts. 210, 221 y 222 "a contrario sensu" del Código Procesal Penal Federal). II. Rechazar el arresto en su propio domicilio en los términos de lo incisos "i" y "j" del Código Procesal Penal Federal, manteniendo las condiciones actuales de cumplimiento de la prisión preventiva".

Contra esa resolución, interpuso recurso de casación la defensa particular de A. M. C., el que fue concedido en fecha 20 de octubre de 2020.

2°) La defensa fincó sus agravios en las previsiones del artículo 456 y ccdts. del CPPN (CPPN).

El defensor particular señaló que la resolución recurrida resulta arbitraria por haber prescindido de evaluar las cuestiones oportunamente planteadas por la defensa, dado que se han realizado invocaciones genéricas de que se intentará eludir el accionar de la justicia, como ser la calificación legal o la imposibilidad de aplicar una sentencia de ejecución condicional, pero el tribunal no ha tratado los múltiples ofrecimientos de la defensa que neutralizan esos supuestos riesgos procesales.

Asimismo, planteó que el decisorio impugnado, en tanto deniega la excarcelación de un individuo sometido a proceso, agrede el derecho a la presunción de inocencia, generando un perjuicio irreparable.

Fundó su recurso en la calidad de paciente de riesgo de su asistido en relación a la pandemia de Covid-19 en curso, y el desmedro que ocasiona a tales efectos el encierro en un centro penitenciario.

Con cita de doctrina, jurisprudencia y diversos pronunciamientos aplicables al caso, incluida la Acordada 9/2020 de esta CFCP, sostuvo la necesidad de adoptar medidas no privativas de la libertad para los acusados en prisión preventiva, especialmente para quienes pertenecen a los grupos de riesgo, dadas las falencias del sistema penitenciario para tratar las afecciones de salud de los internos.

En tal sentido, afirmó que su pupilo es paciente de riesgo en razón de padecer hipertensión arterial, lo

cual lo coloca en serio riesgo de vida frente a un eventual contagio del virus.

De otra parte, señaló el recurrente que, en el caso de autos, no existen peligros procesales que puedan sustentar la permanencia en prisión de su asistido.

Ello, por cuanto no hay forma de que el encartado entorpezca la investigación, dado que ya se encuentra concluida, restando solamente la fijación de fecha para el debate.

Afirmó que tampoco se verifica peligro de fuga, ya que su pupilo posee arraigo demostrado, con domicilio fijo y constatado, trabajo estable, grupo familiar constituido, y no intentó darse a la fuga al momento de su detención.

Por último, en base a lo expuesto, peticionó que se ordene la morigeración de su actual medida de coerción.

Formuló expresa reserva del caso federal.

La doctora *Figueroa* dijo:

1°) Que si bien la decisión recurrida restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar —*prima facie*— de imposible reparación ulterior, y es por tanto, equiparable a una sentencia definitiva en los términos previstos en el artículo 457 del código de rito, dicho extremo no alcanza para habilitar la instancia casatoria.

En ese sentido, para habilitar la vía intentada es necesario que se halle además involucrada en el caso alguna cuestión federal (en igual sentido CSJN en Fallos: 307:549; 310:1835; 311:652 y 667; 314:791 y 316:1934), la que no se verifica en el *sub lite*, desde que el recurrente no consigue demostrar el vicio jurídico que alega, al no rebatir adecuadamente los argumentos en los cuales se sustentó la resolución cuestionada.

Es que de una atenta lectura de la decisión del *a quo*, surge que se han valorado el conjunto de recaudos legales que rigen la materia y que han formado la convicción de que no corresponde la excarcelación ni la morigeración de la detención que fuera oportunamente solicitada con carácter subsidiario por la defensa particular.

2°) Que sin perjuicio del criterio adoptado por el *a quo*, considero que corresponde declarar inadmisible el remedio intentado, ya que la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que permita hacer excepción a dicho principio general, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el tribunal de la anterior instancia consideró relevantes para denegar la excarcelación del imputado y la morigeración de su detención.

Para decidir como lo hizo, el *a quo* señaló, en primer término, que en el presente caso, las medidas de coerción establecidas en el art. 210 del Código Procesal Penal Federal (CPPF), incisos "e", "h", "i" y "j", no resultan suficientes para asegurar la comparecencia de A. M. C.

En tal sentido, y en línea con su anterior pronunciamiento de fecha 19 de febrero de 2020, sostuvo que hay indicadores de la existencia de riesgo de fuga que justifican el mantenimiento de la prisión preventiva.

Afirmó el tribunal que tanto en lo referido al arraigo como al trabajo estable que mencionó la defensa, no se aportaron mayores datos al respecto que permitan darlos por acreditados.

Asimismo, con relación a la pena que se espera como resultado del procedimiento, en orden a lo normado en el art. 221 inc. "b" del CPPF, destacó que, según el requerimiento de elevación juicio, esta tiene un mínimo de seis años de prisión, extremo que imposibilita dejar en suspenso la condena, conforme el art. 26 del CP, a la vez que tampoco resultaría viable el beneficio regulado por el art. 13 del CP, dado lo normado por el art. 14, en función de la calificación legal sostenida en la pieza acusatoria.

Señaló que aunado ello a la edad y estado de salud del encartado, impide suponer que la sanción pueda ser cumplida fuera de un establecimiento carcelario, conforme lo normado en el art. 10 del CP contrario sensu, y art. 32 de la ley 24.660.

De otra parte, destacó el *a quo* que el tiempo de detención sufrido por el causante en estos actuados no resulta excesivo ni irrazonable, conforme la interpretación del art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos "Bramajo, Hernán J. s/ incidente de excarcelación" y "Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación".

En relación a las razones de salud esgrimidas por el recurrente, entendió que "(t)ales consideraciones no se ven alteradas en su análisis a la luz del nuevo hecho traído a estudio por la defensa técnica del encausado M. C., en vinculación a la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud del virus identificada como COVID-2019".

En tal sentido, destacó las medidas preventivas que tanto a nivel nacional como provincial y municipal se vienen adoptando para controlar la pandemia, combatirla y evitar su propagación, lo que incluye aquellas medidas desplegadas por las autoridades penitenciarias en tal sentido, en referencia a las personas privadas de la libertad alojadas en el Complejo Penitenciario Federal I, donde se halla detenido el encartado.

Afirmó asimismo el tribunal que, en referencia a las recomendaciones vertidas en la Acordada 9/2020 de esta CFCP, el caso de M. C. no forma parte del elenco de supuestos allí analizados como prioritarios, ya que su procesamiento ha sido dictado por delitos graves en los que se verificó un alto grado de afectación al bien jurídico.

En esa línea, señaló que "la salud de M. C. se encuentra correctamente controlada por los galenos de dicho establecimiento, extremo verificado mediante el informe confeccionado por Matías Gianzanti, médico del HPC I del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza de fecha 9 de octubre del corriente año".

A tales efectos, citó el *a quo* el precedente "Palomeque" de esta Sala I (Reg. N° 200/20), donde se afirmó que el requirente no alcanzó a demostrar un supuesto de riesgo —en los términos de la emergencia sanitaria— que no pueda ser por el momento atendido dentro de la competencia y obligaciones a cargo del Servicio Penitenciario Federal, lo cual consideró análogo al presente caso.

En tal sentido, señaló que "(s)i bien las circunstancias en las que se desarrolla este virus del Covid-19 importan un enfoque dinámico y cambiante, por el momento no se han aportado al caso elementos de convicción que permitan deducir un riesgo inminente o grave para la salud del interno en cuestión, por fuera del que viene sufriendo el resto de la población, y que habilite ir en contra de la política general de Salud Pública que consiste, como ya se indicó, en no moverse del lugar en que cada uno se encuentra".

Finalmente, en virtud de todo lo expuesto, el tribunal resolvió denegar la excarcelación del causante, así como rechazar el arresto en su propio domicilio, "puesto que tales institutos no resultan, de modo alguno, suficientes para neutralizar el riesgo de fuga al que ya se hiciera mención previamente".

Sin perjuicio de ello, entendió "prudente adoptar parte de los criterios preventivos propuestos por la Cámara Federal de Casación Penal en la acordada 3/20 (13/03/2020), razón por la cual la autoridad penitenciaria deberá: a) Extremar los cuidados sanitarios respecto de A. M. C., debiendo intensificar y reforzar el área de salud, a fin de controlar su estado físico general y asistirlo en forma exhaustiva en caso de así requerirlo. Asimismo, deberá aclarar en forma expresa y fundada, mediante informe de las áreas correspondientes, si bajo su actual contexto de encierro, no resulta posible garantizar su derecho a la salud e integridad física y determinar el establecimiento penitenciario que se adecue a sus circunstancias particulares y perfil criminológico.

b) Extremar los controles preventivos de propagación del virus sobre todo el personal que ingrese en el establecimiento penitenciario, sugiriendo la adopción de medidas restrictivas a esos efectos".

Por análogos fundamentos, el representante del Ministerio Público Fiscal se opuso a la excarcelación y morigeración peticionadas por la defensa.

3°) Examinada la resolución puesta en crisis y el recurso de casación interpuesto, entiendo que el recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad de la decisión recurrida.

Ello así, pues, considero que la situación de M. C. en esta causa autoriza el mantenimiento de la medida cautelar impuesta, en tanto se advierten razones suficientes que justifican la presunción contraria al principio de permanencia en libertad, conforme tuve oportunidad de desarrollar al emitir mi voto en la causa n° 14.855, "Isla, Benjamín Gustavo; Amarilla, Osvaldo D. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad" (reg. n° 19.553 del 12/12/11, de Sala II de esta Cámara Federal de Casación Penal), criterio que he sostenido al pronunciarme en esta Sala I en las causas n° 927/2013 "Acery Tarraga, Gabriel s/ recurso de casación", reg. n° 22.404, del 30/10/2013; n° CFP 6577/2013/TO1/11/CFC5 "Maidana Careaga, Juan A. s/ recurso de casación", del 11/07/2014; n° FRE 52000915/2012/TO1/5/CFC1 "Nuske, Mauricio G. s/ recurso de casación", del 11/11/2014 y n° CCC 1644/2013/TO1/8/CFC1 "Centurión, Pablo A. s/ recurso de casación", del 06/02/2015; entre otras, a las que me remito en honor a la brevedad.

Sobre la base de lo expuesto, la decisión aparece fundada al haberse dado razones suficientes que sostienen la procedencia de la detención cautelar vigente, por lo que se encuentra exenta de toda tacha de arbitrariedad.

En definitiva, entiendo que la resolución impugnada surge fundada y conforme a derecho, en tanto el tribunal de mérito ha interpretado razonadamente para el caso concreto los parámetros establecidos en la materia.

En razón de las consideraciones precedentes, las discrepancias valorativas expuestas por el recurrente, más allá de demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configuran un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108).

Debe destacarse que se ha dado cumplimiento a la resolución previa de esta Sala en el presente caso —en incidente FSM 136346/2018/TO1/18/CFC1, de fecha 1 de octubre de 2020 (Reg. N° 1340/20)—, habiendo merituado el *a quo* las nuevas circunstancias que allí se señalaran.

Por esto, tal como ya se afirmara previamente, no se observa la existencia de cuestión federal o verificación de un supuesto de arbitrariedad en el pronunciamiento criticado, que amerite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio, tal como lo estableciera la CSJN *in re* "Di Nunzio, Beatriz H. s/ excarcelación, causa n° 107.572, D. 199 XXXIX.

Por lo expuesto, corresponde declarar inadmisible la vía intentada, sin costas, en esta ocasión, por haber podido entender el recurrente, en el contexto actual de la emergencia sanitaria declarada, que tenía razones plausibles para recurrir (arts. 444, 530 y ccdts. del CPPN).

Sin perjuicio de lo antes expuesto, corresponde encomendar al tribunal de mérito a que continúe requiriendo a la unidad carcelaria donde A. M. C. se encuentra detenido, que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 y punto 4 de la Acordada 9/2020 de esta CFCP, y la "Guía de actuación para la prevención y control del Covid-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020).

El doctor *Petrone* dijo:

Que comparto la solución propuesta por la colega que lidera el acuerdo, en tanto considero que las discrepancias valorativas expuestas por la parte recurrente, sin perjuicio de demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108); por lo que no corresponde la intervención de la jurisdicción de esta Cámara y debe declararse inadmisible la vía intentada, con costas (arts. 444, 530 y ccdts., CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Barroetaveña* dijo:

Que por coincidir, en lo sustancial, con los fundamentos expuestos por la jueza que inaugura el Acuerdo, doctora Ana María Figueroa, que cuentan, además, con la conformidad del juez Daniel Antonio Petrone, adherimos a la solución propuesta en cuanto a que debe declararse inadmisible el recurso interpuesto, sin costas en esta ocasión, por haber podido entender el recurrente, en el contexto actual de la emergencia sanitaria declarada, que tenía razones plausibles para recurrir (arts. 444, 530 y ccdts. del CPPN).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de A. M. C., y, por mayoría, sin costas, en esta ocasión, por haber podido entender el recurrente, en el contexto actual de la emergencia sanitaria, que tenía razones plausibles para recurrir (arts. 444, 530 y ccdts. del CPPN). II. Encomendar al tribunal de mérito a que continúe requiriendo a la unidad carcelaria donde A. M. C. se encuentra detenido, que arbitre los medios necesarios tendentes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 y punto 4 de la Acordada 9/2020 de esta CFCP, y la "Guía de actuación para la prevención y control del Covid-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). III. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital. Sirva la presente de atenta nota de envío. — *Daniel A. Petrone.* — *Ana M. Figueroa.* — *Diego G. Barroetaveña.*

TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES

Arribo de la sentencia condenatoria a través de un juicio abreviado. Validez.

1. — La decisión condenatoria recurrida por la defensa particular del imputado ha sido adoptada con aplicación del mecanismo abreviado previsto en el art. 431 bis del Cód. Proc. Penal y la parte recurrente no alegó vicios en la voluntad de su defendido que conduzcan a la anulación de lo resuelto.

2. — La decisión cuestionada fue adoptada mediante aplicación del mecanismo abreviado previsto en el art. 431 bis del Cód. Proc. Penal, existiendo una coincidencia total entre esta y los términos del acuerdo celebrado y la

parte recurrente no alegó —ni tampoco surge del acta de juicio abreviado— vicio alguno en la voluntad del encartado que conduzcan a la anulación de lo resuelto (de voto de la Dra. Figueroa).

CFCasación Penal, sala I, 26/02/2021. - M., O. D. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/3214/2021]

Legajo N° FCR 15969/2018/TO1/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 26 de 2021.

Considerando:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, integrado de manera unipersonal por el señor juez Luis Alberto Giménez, en fecha 22 de noviembre de 2019, en lo que aquí interesa, resolvió: "I. Condenar a O. D. M. de las demás condiciones obrantes en autos, como autor penalmente responsable del delito de tenencia de sustancias estupefacientes con fines de comercialización, en concurso real con el delito de tenencia ilegítima de arma de guerra, en concurso real con el delito de adulteración o supresión de la numeración de un arma de guerra, a la pena de cinco años de prisión, de efectivo cumplimiento, multa de cincuenta unidades fijas, equivalente a un monto en pesos de ci[ento] cincuenta mil ($150.000), accesorias legales y con más el pago de las costas del proceso (arts. 403, 530, 531 y 533 del CPPN, arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 55, 189 bis inc. 2 segundo párrafo y 189 bis inc. 5 del CP de la Nación, 5° inc. 'c' de la Ley 23.737, ley 27.302 y Res. N° 71-E/2018 del Ministerio de Seguridad de la Nación) [...]".

II. Contra esa decisión el abogado Carlos Alberto Alfonzo, a cargo de la defensa particular de O. D. M., interpuso el recurso de casación e inconstitucionalidad en estudio, el cual fue concedido por el tribunal *a quo* el 13 de diciembre de 2019 y mantenido ante esta instancia.

La parte recurrente encauzó su remedio recursivo en los términos previstos en los arts. 456, inc. 2, y 474 del CPPN (CPPN).

Así pues, entendió que "(A)l momento de dictar sentencia el Señor Juez del Tribunal Oral [...] ha omitido ejercer el control de legitimidad constitucional de la actividad procesal llevada adelante en la presente causa desde sus orígenes, y que en esta etapa plenaria diera motivo a un acuerdo de juicio abreviado, siendo de una magnitud tal las irregularidades cometidas en los actos iníciales de la etapa instructoria que no admite ninguna posibilidad de subsanación en esta instancia bajo el pretexto de la formalización por las partes de un acuerdo de juicio abreviado, en tanto se trata de actos procesales llevados adelant[e] en conflicto con la ley constitucional, constituyendo la sentencia condenatoria de cinco años de prisión efectiva dictada en estos términos, un acto de nulidad absoluta, y por incuestionables razones de supremacía constitucional el acto debe ser invalidado".

Consideró que "(D)e haberse ejercitado por el sentenciante un exhaustivo y prudente control sobre el cumplimiento irrestricto en la instancia in[s]tructoria de las formas sustanciales del proceso sobre la que se acordó un juicio abreviado, esto es, una adecuada y legal acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por un juez imparcial, irremediablemente correspondía el dictado de una sentencia que nulificara todo lo actuado con la consecuente absolución del imputado, en tanto se encuentra comprobado objetivamente que la causa desde sus orígenes careció de uno de los pilares fundamentales que hace al juicio previo, cual es, la existencia de una adecuada acusación en legal tiempo y forma llevada adelante por el órgano predispuesto legalmente que es el Ministerio público Fiscal, siendo cuestionad[a] oportunamente por la defensa esta irregularidad, incluyendo planteo de inconstitucionalidad, con reserva de casación y recurso extraordinario federal, por lo que en esta instancia deviene en insostenible invocar el instituto de la preclusión procesal, instituto que debe ceder, sin duda alguna, ante la afectación manifiesta de un derecho de índole constitucional [...]".

Añadió que "(e)l planteo de inconstitucionalidad en instancia instructoria, más allá del acuerdo de juicio abreviado, obligaba inmediatamente al Señor Juez de sentencia ejercitar el control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio de conformidad a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos 'Rodríguez Pereyra', en tanto ningún acuerdo de partes en materia penal formalizado en el marco de un instituto de dudosa constitucionalidad, como el juicio abreviado, sobre la base de un proceso penal con groseras irregularidades, con la consiguiente imposición de una severa condena de encierro carcelario, puede justificar homologar un acuerdo condenatorio sin previamente ejercer mínimamente una de las más altas funciones encomendadas a la magistratura judicial, como es, el control de constitucionalidad [...]".

De tal modo, solicitó "(l)a declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 195 del CPPN en lo que atañe al inicio de la instrucción por prevención policial debido a la afectación que produce a los arts. 1, 18, 75 inc. 22 y 120 de la Constitución Nacional [...]".

Destacó que "(l)os cuestionamientos de la defensa tienen que ver con el origen de inicio de las actuaciones, esto es, la presunta llamada anónima, de quien ni siquiera se ha podido tomar los datos, lo cual no es un dato menor en cuanto a la gravedad que implica para el derecho de defensa de [...] M. [...]".

Sobre el punto enfatizó "(q)ue no se ha iniciado ninguna otra vía de investigación, directamente en base a una llamada telefónica anónima se montó un operativo policial —sin identificación— y se pretendió dar ropaje legal [a los] procedimiento[s] iniciados en [e]stos términos, bajo el argumento del art. 230 bis del Código Procesal penal de la Nación y con ellos se procedió a la requisa y detención de M., con los resultados de secuestro de estupefaciente en su poder [...]".

También señaló que "(s)e constata una irregularidad manifiesta y grave, cual es, la falta de requerimiento de instrucción por parte del Señor Fiscal Federal [...]" e hizo hincapié en que esa parte "(n)o ha emitido ningún acto de acusación durante toda la etapa instructoria [...]".

Indicó que el representante del Ministerio Público Fiscal desatendió "(s)u función de titular de la acción penal pública prevista por el art. 120 de la Constitución Nacional y la ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946" y subrayó que su única participación activa "(h)a sido al momento de solicitar la elevación de la causa a juicio [...]".

Aseveró "(q)ue el Señor Juez Federal de instrucción, ante el silencio acusatorio del Fiscal Federal, siguiendo una práctica inquisitiva inaceptable desde el punto de vista del diseño constitucional de enjuiciamiento penal, cumplió la función requirente desde el inicio y durante todo el sumario, dando noticia al Fiscal Federal siempre después de adoptar llevar adelante medidas de pruebas intrusiva[s] y violatoria[s] de derechos elementales en un estado de derecho, como ser detención, allanamiento de morada, requisa, indagatoria y ampliación, manteniéndose el Sr. Fiscal Federal al respecto en actitud de absoluta indiferencia, limitándose a observar en silencio la actividad investigativa desplegada por el órgano decisor, quien no solo realizó la intimación al imputado en base a las pruebas por él mismo ordenad[as] en solitario, sino que además lo juzg[ó], asumiendo de manera inadmisible el rol de acusador y juez al mismo tiempo, materializando la función de investigar y decidir en cabeza de una misma persona, violentando el derecho de [...] O. M. a ser juzgado por un 'juez imparcial' [...]".

Memoró que en la etapa de instrucción apeló el auto mediante el cual su defendido fue procesado, sin prisión preventiva, y puso de relieve que, en esa oportunidad, formuló los siguientes planteos: "(a) nulidad del inicio de las actuaciones por invalidez legal de la denuncia anónima y la falta de circunstancias previas o concomitantes dispuestas por el art. 230 bis del CPPN; (b) la ausencia de requerimiento fiscal de instrucción y falta de impulso fiscal, entendiendo que en el caso no ha mediado la pertinente intervención del Ministerio Público Fiscal; y (c) la inconstitucionalidad del art. 195 del CPPN y por consiguiente, la afectación de la garantía de imparcialidad, haciendo reserva del recurso de casación y recurso extraordinario federal [...]".

De seguido, estimó que, ante lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, el tribunal *a quo* en la etapa de debate debió "(e)jercer el control de legitimidad constitucional de la actividad procesal llevada adelante en la presente causa desde sus orígenes, con mayor razón cuando su evaluación se aconsejó tratarl[a] en el plenario, y ante la omisión del juicio oral por acuerdo de partes, ello no inhibía al Señor Juez sentenciante efectuar el control —aun de oficio— del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada [...]".

A partir de tales razones, consideró vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa y también adujo que la ausencia del requerimiento fiscal de instrucción "(i)mplica una clara, evidente e incontrastable violación a los principios 'ne procedat iudex ex officio " y 'nemo iudex sine actore' (doctrina de los arts. 180., 188, 195 del CPPN) [...]".

Sustentó su postura con la cita de diversos precedentes jurisprudenciales y *mutatis mutandis* consideró que resultaba de aplicación la doctrina sentada por la CSJN *in re* "Quiroga" (Fallos: 327:5863).

En prieta síntesis, por tales razones, solicitó que "(s)e case la sentencia recurrida declarando la nulidad de todo lo actuado con la consecuente absolución del imputado, sin necesidad del juicio de reenvío [...]" y "(s)ubsidiariamente, se declare la inconstitucionalidad parcial del art. 195 del CPP[N] decretándose la nulidad de todo lo actuado, absolviéndose de culpa y cargo a [...] O. D. M. [...]".

Por último, ante una decisión adversa, formuló reserva del caso federal.

III. Que, en la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, se presentó en término de oficina el abogado Carlos Alberto Alfonzo, en ejercicio de la defensa particular de O. D. M., quien amplió los fundamentos que introdujo en el recurso

de casación e inconstitucionalidad aludido en el acápite que antecede y mantuvo la reserva del caso federal.

El doctor *Barroetaveña* dijo:

I. Que, de manera liminar, es menester tomar en cuenta que O. D. M., en fecha 15 de agosto de 2018, fue procesado, sin prisión preventiva, por haber sido considerado *prima facie* autor penalmente responsable de los delitos de tenencia de sustancias estupefacientes con fines de comercialización, tenencia ilegítima de arma de fuego y adulteración o supresión de la numeración de un arma de fuego, todos ellos enlazados mediante un concurso real (arts. 5, inc. "c", de la Ley 23.737, 45, 55 y 189 bis, incs. 2 y 5, último párrafo, del CP).

También es dable señalar que el abogado Carlos Alberto Alfonzo, en su carácter de defensor particular del aludido M., interpuso recurso de apelación contra el auto referido en el párrafo que precede, el cual fue resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, integrada por la jueza Hebe L. Corchuelo de Huberman y por el juez Aldo E. Suárez, quienes, el 6 de marzo de 2019, no hicieron lugar a las nulidades deducidas por la defensa y confirmaron la resolución apelada.

Es importante destacar que en esa ocasión fueron tratados todos los agravios que el abogado Alfonzo invocó en la presentación que nos convoca en esta oportunidad.

Continuando con una sucinta reseña del devenir del proceso, dable es indicar que, una vez firme la decisión del citado cuerpo colegiado, el representante del Ministerio Público Fiscal, mediante un acto de impulso de la acción penal, requirió la elevación a juicio y la causa quedó radicada por ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Ulteriormente, las partes fueron citadas a juicio y la defensa no opuso excepciones ni ofreció prueba.

Con posterioridad, el tribunal oral completó las medidas de instrucción suplementaria requeridas por el Ministerio Público Fiscal y fijó audiencia de debate para el 11 de noviembre de 2019.

El 8 de ese mes y año las partes presentaron un acuerdo de juicio abreviado y el juez Luis Alberto Giménez, quien de manera unipersonal integró el tribunal sentenciador, el 11 de noviembre de aquel año tomó conocimiento de visu de O. D. M., tal como lo dispone el art. 431 bis del CPPN.

En esa circunstancia, encontrándose presente el abogado Alfonzo, se dio lectura al acuerdo al que arribaron las partes y el nombrado juez interrogó al encausado respecto a si había sido asesorado por su letrado en relación a los alcances del acuerdo celebrado, habiendo aquel contestado en forma afirmativa. Acto seguido, M. "(r)atificó el reconocimiento del hecho allí descripto, su intervención en el mismo, así como la conformidad prestada en cuanto a la calificación legal y la pena solicitada por la Fiscalía [...]" y también "(r)espondió preguntas sobre sus circunstancias personales, tanto de educación, laborales, de familia y sus expectativas de vida a futuro [...]".

Al día siguiente, el tribunal de mérito declaró admisible la solicitud de juicio abreviado y llamó a autos para sentencia en el plazo de diez días.

Finalmente, dentro del referido término, más precisamente en fecha 22 de noviembre de 2019, respetando lo convenido por las partes, es decir sin ninguna extralimitación sobre lo acordado, dictó la sentencia condenatoria de M.

II. Aclarado lo expuesto, avizoramos que la parte recurrente se agravió por la falta de tratamiento de cuestiones que no introdujo por ante el tribunal *a quo* y que, por tal razón, no fueron materia de exégesis en la decisión en crisis.

En definitiva objetó la sentencia condenatoria de su pupilo procesal porque en ella no se analizaron los cuestionamientos que había opuesto al auto de procesamiento de su asistido.

En cuanto a esta cuestión, tal como se señaló en párrafos anteriores, es menester iterar que esas objeciones fueron respondidas por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia mediante el dictado de una resolución firme y que el tribunal *a quo* fue llamado a resolver respecto a un acuerdo de juicio abreviado suscripto por las partes. Por esa razón, no tenía motivo alguno para adentrarse en el estudio de los planteos que ahora exige la defensa del encausado.

III. Por otro lado, la decisión condenatoria recurrida por la defensa particular de O. D. M., como se mencionó, ha sido adoptada con aplicación del mecanismo abreviado previsto en el art. 431 bis del CPPN y la parte recurrente no alegó vicios en la voluntad de su defendido que conduzcan a la anulación de lo resuelto.

En función de todo lo pormenorizado, consideramos que resulta de aplicación al caso el criterio expuesto por esta Sala I al momento de resolver la causa N° FLP 49.013/2015/CFC1 "Maita, Guido N. s/ recurso

de casación", reg. 1141/19, rta. 05/07/2019. Ello es así, pues si bien los agravios traídos a estudio se vinculan con el derecho del imputado a que se revise la condena dictada en su contra, la parte impugnadora no ha logrado fundar, con arreglo a los lineamientos elaborados en el precedente "Aráoz" de la CSJN ("Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Héctor José Aráoz en la causa Aráoz, Héctor J. s/ causa n° 10.410", rta. el 17/05/2011), la existencia de una cuestión federal suficiente que habilite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio conforme la doctrina también sentada por la Corte Federal *in re* "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

Además, corresponde homologar el decisorio recurrido por cuanto no se advierten motivos de arbitrariedad, así como tampoco una errónea aplicación de la ley sustantiva, que autoricen la habilitación de esta vía, toda vez que dicha resolución ha sido sustentada razonablemente y los agravios introducidos en esta instancia solo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (Fallos: 302:284 y 304:415, entre otros).

En virtud de todo lo consignado, proponemos al acuerdo declarar inadmisible el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la defensa particular de O. D. M., con costas (arts. 444, 530 y 531 del CPPN) y tener presente la reserva del caso federal.

Es nuestro voto.

La doctora *Figueroa* dijo:

I. En primer lugar corresponde señalar, respecto al juicio de admisibilidad que prevé el artículo 444 del ritual, que no obstante la admisión previa concediendo el recurso interpuesto, ello no constituye un óbice para que esta Cámara Federal de Casación Penal, mediante un nuevo, más profundo y pormenorizado examen de la cuestión, pueda llegar a la conclusión que la impugnación presentada no reúne algunos de los requisitos formales exigidos por la ley procesal. Ello por cuanto aquel juicio no es definitivo, y si se considera que el remedio es formalmente improcedente podrá desecharse sin que medie pronunciamiento sobre el fondo en cualquier momento, ya sea antes o después de la audiencia para informar o al tiempo para dictar sentencia.

II. Establecido ello, habré de adherir a la solución propuesta por el señor juez que lidera el presente Acuerdo pues, luego de efectuar el debido análisis de las constancias del caso y los extremos en que se apoya el temperamento aquí recurrido —cuya reseña obra en el sufragio del señor juez Diego G. Barroetaveña, a la que se hace expresa remisión en honor a la brevedad—, considero que si bien la impugnación intentada se dirige contra una decisión de carácter definitivo en los términos del art. 457 del CPPN, el recurrente no ha cumplido con la debida fundamentación que exige el artículo 463 del citado ordenamiento legal, defecto que obsta a la procedencia del remedio intentado.

Ello es así, por cuanto la decisión condenatoria recurrida por la defensa particular de O. D. M. ha sido adoptada con aplicación del mecanismo abreviado previsto en el art. 431 bis del código de rito, sin que el recurrente, en esta instancia, logre demostrar vicios en su voluntad que conduzcan a la anulación de lo resuelto (cfr. de esta Sala, en lo pertinente y aplicable, causas N° CPE 911/2013/TO1/5/RH1, "Scordamaglia, Juan M. s/ recurso de queja", reg. 743/19, rta. el 09/05/2019; FLP 49.013/2015/CFC1 "Maita, Guido Nicolás s/ recurso de casación", reg. 1141/19, rta. 05/07/2019; y FRO 94.339/2018/TO1/3/RH1, "Pérez, Andrés J. s/ recurso de queja", reg. 1973/20, rta. el 23/12/2020).

En ese sentido, si bien los agravios traídos a estudio de esta Cámara se vinculan con el derecho del imputado a que se revise la condena dictada en su contra, lo cierto es que la parte no ha logrado fundar, con arreglo a los lineamientos elaborados en el precedente "Aráoz" ("Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Héctor José Aráoz en la causa Aráoz, Héctor J. s/ causa N° 10.410", rta. el 17 de mayo de 2011), la existencia de una cuestión federal suficiente que habilite la intervención de esta Cámara como "tribunal intermedio" conforme a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

Como se apuntó más arriba, del escrutinio de las constancias del caso, se desprende que la decisión cuestionada fue adoptada mediante aplicación del mecanismo abreviado previsto en el art. 431 bis del CPPN, existiendo una coincidencia total entre esta y los términos del acuerdo celebrado y la parte recurrente no alegó —ni tampoco surge del acta de juicio abreviado— vicio alguno en la voluntad del encartado que conduzcan a la anulación de lo resuelto.

Por lo demás, se advierte que solo expone su discrepancia sobre la interpretación de los elementos del caso que el tribunal de mérito consideró relevantes, lo que demuestra la existencia de una fundamentación que no se comparte, pero no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:262 y 314:451, entre otros) o en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605, entre otros), supuestos que habilitarían la jurisdicción revisora de esta Cámara.

Por lo expuesto, adhiero a la propuesta de declarar inadmisible la vía intentada, con costas (arts. 444, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Petrone* dijo:

1°) Como bien señala la colega que me precede en el orden de votación con relación al juicio de admisibilidad que prevé el art. 444 del CPPN, no obstante la admisión previa declarada al conceder el recurso interpuesto, esta CFCP, mediante un nuevo examen de la cuestión, puede llegar a la conclusión de que la impugnación presentada no reúne alguno de los requisitos formales exigidos por la ley procesal.

En efecto, si en esta instancia se considera que el recurso es formalmente improcedente y ha sido mal concedido, podrá desecharse sin que medie pronunciamiento sobre el fondo en cualquier momento, ya sea antes o después de la audiencia para informar o al tiempo para dictar sentencia (ver en igual sentido esta Sala, CPE 449/2015/TO2/6/CFC1, "Gelbard, Flavio s/ recurso de casación", Reg. 760/18, rta. el 16/08/2018; y CPE 1642/2011/TO2/CFC2, "Acevedo, Pedro G. s/ recurso de casación", Reg. 1118/18, rta. el 18/10/2018; entre otros).

2°) Sentado lo expuesto precedentemente, es menester señalar que, si bien la impugnación ha sido interpuesta en término, por quien tiene legitimación para recurrir y se dirige contra uno de los pronunciamientos específicamente referidos en el art. 457 del CPPN, ello no es suficiente para habilitar esta instancia.

En esa inteligencia, por compartir —en lo sustancial— los argumentos vertidos por los colegas que me preceden en el orden de votación, adhiero a la solución propuesta por el señor juez Diego G. Barroetaveña, la que cuenta, además, con la conformidad de la señora jueza doctora Ana María Figueroa, y expido mi voto en igual sentido.

Por ello, en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Declarar inadmisible el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la defensa particular de O. D. M., con costas (arts. 444, 530 y 531 del CPPN). II. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Daniel A. Petrone.* — *Ana M. Figueroa.* — *Diego G. Barroetaveña.*

TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES

Juicio abreviado. Escala penal. Transcurso del tiempo. Conducta del imputado. Interpretación en equidad. Disidencia.

1. — No es como pretende la parte, que la escala penal mínima lesione de manera evidente la culpabilidad del condenado. Lo que sucede es que las finalidades retributivas, preventivo generales y especiales entran en crisis frente al sujeto alcanzado por la pena, cuando han transcurrido casi seis años desde el ilícito y el culpable ha reconstruido su existencia personal en libertad, manteniendo la fidelidad al derecho y mostrando marcadores de integración social y laboral positivos.

2. — Resultaría probablemente contrario a los objetivos de reinserción social que el imputado, después de largos años en libertad, integrado según surge de las constancias traídas a consideración y habiendo incluso reconocido el hecho, se vea ahora extraído de esa situación para cumplir una pena que ha dejado de mostrarse como enteramente necesaria en su ejecución.

3. — No se advierte que exista en abstracto desproporción alguna entre la escala penal prevista y el monto de pena impuesta. Lo cierto es que en el fallo se impuso al imputado el mínimo de la escala penal contemplada para el delito enrostrado —transporte de estupefacientes—, tratándose de un hecho cuya responsabilidad fuera reconocida por el propio imputado en oportunidad de suscribir el acuerdo, y sin que hayan sido alegadas cuestiones que pudieran obstar a la validez del consentimiento prestado.

4. — La interpretación en equidad resulta procedente cuando se verifica que la literalidad del texto, por su naturaleza general, aplicada al caso concreto, produce un resultado injusto o irrazonable que obsta a su progreso.

5. — La sentencia condenatoria dictada con relación al imputado —cuya revisión intenta su defensa— es consecuencia de un acuerdo por rito abreviado presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal y el imputado con su asistencia técnica (del voto en disidencia del Dr. Mahiques).

6. — La pena impuesta, de conformidad a lo acordado por las partes, fue examinada por el a

quo, con ajuste a las pautas enunciadas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal y aparece proporcionada a la intensidad antijurídica del hecho y a la responsabilidad del autor (del voto en disidencia del Dr. Mahiques).

7. — El planteo de la defensa, en la audiencia de visu, tendiente a obtener una perforación del mínimo legal, implica hacer violencia hermenéutica a los principios constitucionales de legalidad y de separación de poderes (del voto en disidencia del Dr. Mahiques).

CFCasación Penal, sala II, 04/03/2021. - V., C. y otros s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/2149/2021]

Causa N° FCB 27987/2014/TO1/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 4 de 2021.

El doctor *Yacobucci* dijo:

1. Que el Tribunal Oral Federal N° 2 de Córdoba resolvió, el 11 de diciembre de 2019, en lo que aquí interesa, condenar a C. V. a la pena de cuatro años de prisión y multa de $2000 "...la que se deberá verificar dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente, accesorias legales (art. 12 del CP), más la imposición de las costas del juicio (arts. 5 inc. "c" de la Ley 23.737; 40, 41, 45 del Código Penal; 530 y 531 del CPPN)...".

Contra dicha decisión interpuso recurso de casación la Defensa particular, que fue concedido el 4 de diciembre de 2019 y mantenido en esta instancia.

2. Que la defensa articuló la vía recursiva en las previsiones del art. 456 incisos 1° y 2° del CPPN.

El casacionista invocó la inconstitucionalidad de la pena mínima prevista en el art. 5 inc. c de la ley 23.737, alegando su irrazonabilidad y desproporción por encontrarse prevista una única escala para diferentes magnitudes de afectación del bien jurídico. Consideró configurada una "clara equivocación del legislador", en tanto se incurrió en una asimilación de una venta al menudeo con una comercialización a gran escala y en desproporción con las penas previstas para otros delitos contra la salud pública. Afirmó la escasa afectación del bien jurídico en el caso concreto, entendiendo que la imposición del mínimo de la escala penal prevista excedía la culpabilidad del imputado y violentaba los principios de razonabilidad y humanidad de la pena. Tachó de exagerado el correctivo punitivo aplicado y lo afirmó sustentado sobre la peligrosidad criminal y no la faz preventiva de la pena.

Asimismo, la defensa planteó la falta de fundamentación de la sanción penal impuesta a su asistido, en el entendimiento que se omitió la valoración de atenuantes tales como el tiempo transcurrido desde el hecho, la escasa cantidad de sustancia secuestrada, la falta de antecedentes del imputado, sus condiciones personales, que formó pareja y encaminó su vida a la reinserción efectiva en sociedad, que trabajaba en blanco y que había admitido su responsabilidad en el hecho y comparecido al proceso cada vez que fue citado. Solicitó la imposición de la pena de tres años de prisión de ejecución condicional. Valoró especialmente el consentimiento prestado por el Ministerio Público Fiscal al respecto, en tanto dejó a criterio del tribunal la cuestión oportunamente planteada por la defensa. Tachó de exagerada, desproporcionada, irracional, arbitraria, desigual, e ilegal la pena de ejecución efectiva impuesta por el sentenciante y afirmó afectados los principios de humanidad de las penas, buena fe, lesividad, razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad, legalidad, última ratio, reserva, inocencia, in dubio pro reo y pro homine, y los derechos a la verdad, a un juicio previo y a un juez natural, imparcial e independiente.

Finalmente, formuló reserva del caso federal en los términos de lo dispuesto por el art. 14 de la ley 48.

3. Que de conformidad a las constancias obrantes en el Sistema Lex 100 en orden al cumplimiento de las previsiones contenidas en el art. 468 del CPPN, la causa se encuentra en estado de ser resuelta.

4. 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 la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal; además el pronunciamiento mencionado es recurrible, de conformidad a lo dispuesto por el art. 431 bis CPPN.

5. En primer término, resulta pertinente señalar que a los fines de la procedencia del recurso de casación se muestra necesario que la resolución cuestionada contenga objetivamente "...un contenido desfavorable para el impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico, concretamente y no según su apreciación subjetiva..." (cfr. De la Rúa, Fernando, "La casación penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 187). En este sentido, lo cierto es que el fallo cuestionado recoge en un todo el acuerdo alcanzado en los términos del art. 431 bis CPPN por el fiscal, el imputado y su defensor, el que además fue ratificado plenamente frente al tribunal de juicio.

Como tengo dicho en anteriores pronunciamientos, cuando el recurrente no toma sobre sí las cargas de sus propios actos no se advierte el real alcance de su agravio (cfr. "Tome Da Silva, Edvaldo s/ recurso de casación", causa N° 10.018, reg. N° 14.265, resuelta el 15 de abril de 2009; "Cabrera, Francisco N. J. s/ recurso de casación", causa N° 9941, reg. N° 14.400, resulta el 6 de mayo de 2009).

Resolver de otro modo implicaría desconocer la teoría de los actos propios. Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, con remisión al Dictamen del Procurador Fiscal, que "...el sometimiento voluntario y sin reservas expresas a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional (Fallos: 320:1985 y sus citas), pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Fallos: 323:3765 y sus citas)... [La] voluntad del encausado... [es] jurídicamente relevante para decidir su acogimiento al régimen de juicio abreviado —que requiere 'la conformidad del imputado'— cuando, como en el caso, ella se ha prestado en forma reiterada, según los recaudos que establece el artículo 431 bis del Código Procesal Penal, y no se ha acreditado ni invocado la existencia de elementos que permitan suponer que ha mediado algún vicio de la voluntad..." (conf. A. 274. XXXVIII Recuso de Hecho "Arduino, Diego J. y otro s/ p.ss.aa. infr. Ley 23.737 - causa N° 64/2000", publicado en Fallos: 328:470).

Sin embargo, lo expuesto no obsta a la habilitación de la vía cuando —como en el caso— lo que se cuestiona es la debida motivación de las sentencias dictadas en el marco del control jurisdiccional de los acuerdos del art. 431 bis, aun cuando hayan sido respetados los términos del acuerdo (conf. A. 941. XLV. "Aráoz, Héctor J. s/ causa N° 10.410", sentencia del 17 de mayo de 2011). En estos términos, entiendo procedente el análisis de los agravios esbozados por el recurrente.

6. En oportunidad de suscribir el acta de juicio abreviado el 22 de octubre de 2019 C. V. prestó su conformidad respecto de la existencia del hecho que le fuera enrostrado, su participación en el mismo, la calificación recaída y la pena de cuatro años de prisión y multa de Pesos Dos Mil solicitada por la Fiscalía. Del acta correspondiente se desprende que el letrado explicó "...a su defendido el hecho que se le imputa, que fuera expresamente reconocido en este acto, su calificación, el grado de participación atribuida y consecuentemente la pena solicitada. Seguidamente el imputado presta su conformidad con los términos y alcances del presente acuerdo...".

En la audiencia de visu realizada el 23 de octubre de 2019 la defensa solicitó la adecuación de la pena a los precedentes "Ríos" de la CFCP y "Caballero Flores, Plácida" del TOF de Catamarca, valorando expresamente la conformidad del Fiscal al respecto, en tanto dejaba a criterio del Tribunal la resolución de la cuestión, que ya había sido plasmada en oportunidad de suscribirse el acuerdo. No obstante, según consta en el acta correspondiente el imputado ratificó "...la conformidad prestada oportunamente (art. 431 bis, inc. 2° CPPN) en acuerdo celebrado el día 22 de octubre del corriente año con el Sr. Auxiliar Fiscal Dr. Facundo Trotta, respecto a la existencia del hecho cuya descripción es realizada en el requerimiento de elevación de la causa a juicio de fs. 75/76 de autos que se le hizo saber, su participación en el mismo y la calificación legal allí propuesta. Acto seguido, se reiteran los términos del acuerdo: C. E. V. manifiesta expresamente que entiende el alcance y presta su conformidad al contenido del acuerdo de juicio abreviado...".

En consecuencia, debe ser destacado que ha sido el propio consentimiento del imputado lo que habilitó al Tribunal a imprimir a las actuaciones el mecanismo previsto para el juicio abreviado.

7. De conformidad a lo que surge de la sentencia, los hechos que se tuvieron por probados acaecieron el 30 de agosto de 2014, oportunidad en la que "...I. M. Á. y C. E. V., a bordo del Chevrolet Astra GL 2.0 dominio ..., transportaron desde un lugar no precisado hasta el km. 902 de Ruta Nacional N° 60 de esta provincia, 913,25 gramos de clorhidrato de cocaína acondicionados en varios envoltorios que se encontraban dentro de una bolsa color verde que se encontraba oculta bajo la alfombra del acompañante. Dichas circunstancias fueron constatadas en la fecha y lugar aludidos por el Oficial V. H. B., adscripto a la Dirección General de la Policía Caminera de esta Provincia".

Dichos hechos se tuvieron por acreditados mediante los siguientes medios probatorios: acta de procedimiento del 30 de agosto de 2014, acta de secuestro obrante a fs. 4/5, "...declaraciones testimoniales del personal policial interviniente V. H. B. (fs. 42) y C. E. V. (fs. 47) y los testigos de actuación L. A. B. (fs. 14 y vta.) y F. E. C. (fs. 15 y vta.), el acta de secuestro (fs. 4/5) y la pericia química realizada por el Gabinete Científico Córdoba de la Policía Federal Argentina (fs. 44/46). La conducta desplegada por el imputado fue subsumida en las previsiones de lo normado por el art. 5 inc. c de la ley 23.737 (transporte de estupefacientes), de conformidad al acuerdo al que arribaran las partes. No ha sido cuestionada ni la comprobación del injusto típico ni la culpabilidad del condenado.

8. La defensa focalizó sus objeciones en la inconstitucionalidad de la pena mínima prevista en el art. 5

inc. c de la ley 23.737. Adelanto que advierto que sus cuestionamientos carecen de adecuada justificación hermenéutica constitucional y de criterios estandarizados de evaluación legal, erigiéndose en argumentos meramente dogmáticos carentes de sustento.

En primer término, debe ser relevado que la escala penal prevista en abstracto para un delito constituye un marco dentro del que el juzgador se encuentra habilitado a efectuar distinciones de conformidad a un juicio de ponderación en el caso concreto que, lejos de obstaculizar la consideración de la magnitud de afectación del bien jurídico, justamente la posibilita.

Por otra parte, las objeciones formuladas por el recurrente al respecto, deben ser atendidas de cara a la especial técnica legislativa adoptada en la estructura de la ley 23.737. Como tengo dicho en anteriores pronunciamientos, el legislador ha recurrido a abarcar las distintas instancias del tráfico de estupefacientes a través de diferentes enunciados típicos —que van desde la posesión de semillas, plantas y materias primas hasta la conversión o aplicación del beneficio económico obtenido—, encadenando comportamientos a través de la adopción de tipos de injusto tradicionalmente caracterizados como delitos de tenencia, resultado recortado, mutilados de dos actos, permanentes y de mera actividad. De ese modo, aspectos empíricos que podrían ser tenidos como preparatorios de un delito fin, rudimentarios o incluso de mero inicio del iter criminis se erigen como delitos autónomos cuya ofensividad se muestra en el desenvolvimiento mismo de los comportamientos en virtud del riesgo suscitado.

Desde esta perspectiva de modelo legislativo —que concreta las exigencias del principio de legalidad y la consistencia del "hecho" exigidos por el art. 18 CN— la pluralidad de tipos penales contenidos en el inc. c del art. 5 de la ley 23.737 no obstante estar conminados con una misma escala penal, se encuentran a resguardo del embate constitucional propiciado.

En lo que al tipo de transporte se refiere, lo conducta se consuma plenamente en su caracterización objetiva con el traslado o desplazamiento de un lugar a otro de la sustancia, en las condiciones que exigen los elementos de valoración global del comportamiento, señalados en el encabezado del primer párrafo del artículo —"sin autorización o con destino ilegítimo"—. Todos los conceptos típicos penales, incluso aquellos que podían identificarse como descriptivos, no son simples conceptos causales de lesiones de bienes jurídicos o de situaciones de hecho, sino conceptos de relaciones con sentido social y normativo.

De allí, que la aplicación de las normas en esos casos, no depende de una pura comprobación, sino que se lleva a cabo merced a la identificación del significado integrado al tipo. Por eso, al estar enlazado ese comportamiento con "eslabones" —típicos— previos, concomitantes y posteriores, la identificación de una tendencia trascendente al hecho del transporte, se hace imprescindible para la imputación plena —de los componentes objetivos y subjetivos— de la figura. En el caso del "transporte", esto se refleja en la necesaria comprensión, desde la ponderación de lo subjetivo del hecho, de elementos que trascienden al dolo —como conocimiento que se traslada ilegítimamente droga— y se ubican en una orientación diversa —final o tendencial— al propio consumo del sujeto agente.

No se advierte, pues, afectación a las exigencias de lesividad y proporcionalidad pues hay un mayor contenido de injusto en el transporte atribuido, por la ampliación de riesgos que ese traslado, en las condiciones y tendencias ya señaladas, ha provocado. Por lo demás, si se pretende discutir la entidad de la consecuencia jurídica, esa instancia responde a indicadores de responsabilidad personal —individual— y punibilidad, alcanzadas por estándares de merecimiento y necesidad de pena en el caso concreto. Estos pueden ser atendidos, sin desfigurar la dogmática propia de los tipos penales que reflejan legalmente una específica intensidad de antijuridicidad.

Sentado lo expuesto, tampoco se advierte que exista en abstracto desproporción alguna entre la escala penal prevista y el monto de pena impuesta. Lo cierto es que en el fallo se impuso a V. el mínimo de la escala penal contemplada para el delito enrostrado, tratándose de un hecho cuya responsabilidad fuera reconocida por el propio imputado en oportunidad de suscribir el acuerdo, y sin que hayan sido alegadas cuestiones que pudieran obstar a la validez del consentimiento prestado.

Desde esta perspectiva, adquiere importancia analizar el principio de culpabilidad, dentro de cuyos requisitos y fines debe incluirse la relación entre los bienes jurídicos que están en la consideración de la norma penal y la respuesta que debe concretarse respeencto de aquel que los ha afectado, como así también criterios relacionados con la finalidad de la pena impuesta en el campo del reproche. En esta línea, también debe ser relevado que las consecuencias jurídicas previstas ingresan en el ámbito de la ponderación que, salvada la congruencia constitucional, gira sobre la noción republicana de razonabilidad.

Asimismo, respecto de los cuestionamientos vinculados al principio de igualdad, debe ser considerado que el mismo opera sobre situaciones que axiológicamente se entiendan alcanzadas por la misma ratio iuris —que en materia de ilícitos penales y consecuencias jurídicas atribuidas no solo remiten a la na-

turaleza de los bienes jurídicos y su grado de afectación, sino también, como en el caso bajo a examen, al interés del Estado en obtener cierto resultado fáctico y expresivo—. Por eso, en este campo, la ponderación jurisdiccional con otros comportamientos y criterios de no punibilidad para evaluar el respeto por la "igualdad" exige una interpretación extremadamente rigurosa y restrictiva.

Por último, todas las consideraciones efectuadas deben ser evaluadas bajo la óptica del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez (Fallos: 263:309). En efecto, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es un acto de suma gravedad institucional, ultima ratio del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 303:625). Por lo demás, el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre lo que al poder judicial quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 313:410; 318:1256).

Asimismo, se ha dicho que aquella declaración resulta procedente cuando no exista la posibilidad de otorgarle a las normas en juego una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (cfr. CSJN: Fallos: 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros).

En estos términos, corresponde el rechazo del agravio esbozado por la defensa en lo que a este punto se refiere.

9. Resta analizar los agravios esbozados por el recurrente en orden a la supuesta arbitrariedad en la fundamentación de la pena y la necesidad de perforar su mínimo.

En la resolución recurrida, el tribunal sopesó que correspondía "...evaluar si en el caso el mínimo de la escala penal resulta una mortificación mayor que aquella que la naturaleza impone, y se traduce en una afectación del principio de proporcionalidad de la pena. Como pauta orientativa, la Corte sostuvo que al momento de individualizar la pena aplicable, el principio de culpabilidad impone que la sanción sea proporcionada al hecho cometido y que aquel principio impide que se aplique una pena mayor a la culpabilidad del imputado (Fallos: 314:441; 318:207 y 329:3680)...". Asimismo, negó la concurrencia en el caso de "...situaciones de vulnerabilidad económica, social o cultural que puedan fundamentar la perforación del mínimo legal de la escala penal en los precedentes que invoca el letrado...".

Explicitó que en orden a la fijación de la pena a imponer al imputado tenía en cuenta "...como agravantes, la cantidad, calidad y valor de la sustancia estupefaciente secuestrada, sumado al hecho que cuando cometió el delito no lo hizo por necesidad o apremio económico, ni por ningún tipo de situación de vulnerabilidad o déficit de educación, cultural, ni social; y que también que puso a disposición para la comisión del hecho el vehículo con el cual se materializó el ilícito; mientras que, como circunstancias atenuantes, pondero el hecho de que haya reconocido el hecho y se haya mostrado arrepentido, haya formado familia y en la actualidad tiene un trabajo estable que le brinda sustento económico lícito. Así en relación al imputado C. E. V., considerando la naturaleza de la acción así como la extensión del daño causado al bien jurídico protegido y el peligro ocasionado al poner en circulación material estupefaciente, las condiciones personales de vida del acusado, su ausencia de antecedentes penales computables (fs. 107) y demás pautas mensurativas de la pena, estimo justo aplicar a C. E. V., por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefaciente y aplicarle para su tratamiento penitenciario la pena de cuatro años de prisión y multa de pesos dos mil ($2000), más las costas del juicio, conforme a lo dispuesto por los artículos 5 inc. c) de la ley 23.737, 40, 41, 45 del CP, 530 y 531 del CPPN...".

Tanto las referencias a las circunstancias agravantes y atenuantes realizadas por el *a quo* como la ponderación en concreto para fijar el quantum punitivo de la multa impuesta se advierten pertinentes, en la medida que apuntan primordialmente a la culpabilidad por el hecho de cara a finalidades retributivas.

En esas condiciones, observo justificado que la jurisdicción haya apuntado al minino de la escala penal a partir de la intensidad del injusto y el grado de culpabilidad y no se advierten indicadores de inconstitucionalidad en la argumentación.

10. Sin embargo, he de apuntar que la hermenéutica jurídica contempla situaciones donde se verifica un conflicto entre el especial escenario del caso concreto y la rigidez impuesta por el carácter abstracto o la generalidad de los términos usados en el enunciado legal (Fallos: 302:1284; 316:3043, entre otros). En esos supuestos, se recurre a la interpretación fundada en motivos de equidad —epikeya— que incluye lo relativo a cuantificaciones, números o medidas. De ese modo, frente a casos excepcionales, con su aplicación se logra la adecuación de lo resuelto con la justicia en concreto, sin desconocer la constitucionalidad de la previsión abstracta y respetando incluso la finalidad

normativa. Esto incluye, por cierto, y de modo particular, la naturaleza, cuantificación y modo de cumplimiento de las sanciones y demás consecuencias jurídicas derivadas del injusto penal comprobado.

En esa línea, la Corte ha indicado que "razones de equidad y justicia" aconsejan al juez tomar en cuenta aspectos de la privación de la libertad que van más allá de los límites del enunciado literal (Fallos: 332:297), "apartándose del rigor del derecho para reparar sus efectos" (Fallos: 315:2984 y 1043, 320:1824). En consecuencia, ha entendido, por ejemplo, con relación al concepto de "libertad vigilada" que cabía por "razones de equidad y justicia" ampliar su aplicación a casos no contemplados en los estrictos términos del enunciado legal (Fallos: 320:1469, 333:1771).

Por lo demás, en la tradición jurídica argentina, cabe recordar los comentarios de Rodolfo Moreno (h), cuando explica que el derecho penal "moderno", tiene como pauta que "Si conviene aplicar la pena, se aplica, y en la medida necesaria; si no conviene se procede de otra manera, sin perjuicio de tener siempre en cuenta principios básicos de justicia...".

Tomando los razonamientos de Berenger, Moreno (h) plantea que puede distinguirse entre los criterios de culpabilidad por el injusto y aquellos relacionados de manera más estricta con aspectos preventivos especiales. Así, en ese punto, refiere que "No se trata de considerar el grado de gravedad de la falta, porque esta apreciación ha debido ser hecha para la aplicación de la pena, sino medir el estado moral del condenado y el grado de garantía que este estado supone". Todas estas cuestiones le permiten a Moreno (h) reflexionar sobre la relación entre los enunciados abstractos que dan configuración al instituto de la pena en suspenso y las consideraciones concretas a que debe atender la instancia de aplicación judicial. En esta última, no solo se pondera lo que implica en términos preventivos para el condenado la aplicación de la condicionalidad, sino también los propios beneficios para la sociedad.

Así, explica que "La ley fija normas abstractas; los jueces, de acuerdo con las mismas, resuelven en los casos concretos. El Código establece cuáles son los elementos que debe tener en cuenta el juez, pero la apreciación de los mismos corresponde al magistrado, el que resuelve de conformidad con su criterio". Por lo tanto, afirma que "Lo que la ley quiere es muy claro. Si la sociedad se encuentra en presencia de un sujeto para el cual basta la reprobación moral y la amenaza de castigo, no debe vacilarse en detener la ejecución de este y concretarse a las medidas anteriores..." (Cfr. Rodolfo Moreno (h), "El Código Penal y sus antecedentes", T. II, H. A. Thomas, Editor, Buenos Aires, 1922, parágrafo 117, ps. 124/127 y parágrafo 123, p. 139).

Atendiendo a esas exigencias, tengo dicho (CNCP, Sala II, reg.16.089, rta.15/03/2010, "Rodríguez, Javier, s/ recurso de casación; TOC N° 6, causa N° 3683, "Farrazzano, Leandro G. y otros", rta. 04/06/2012 y causa N° CCC37909/2010/TO1, "Pelaez Tuesta", rta. 02/10/2016, entre otras) que la interpretación en equidad resulta procedente cuando se verifica que la literalidad del texto, por su naturaleza general, aplicada al caso concreto, produce un resultado injusto o irrazonable que obsta a su progreso. No se trata de que la norma en si misma sea injusta o irrazonable, o que las circunstancias del proceso no se correspondan con sus previsiones, sino que su improcedencia en términos materiales acontece en la instancia operativa. En ese nivel, se determina que la excepcionalidad del caso provoca, que la generalidad de la escala punitiva, colisione con los propios objetivos buscados por el legislador de cara a la situación particular.

Desde esa aproximación, resulta pertinente recordar que la culpabilidad por el hecho si bien aporta el fundamento de merecimiento y retribución por el injusto culpable cometido, puede ser reorientada a fines y funciones que la trascienden al momento de disponer la aplicación efectiva de las sanciones. En ese campo, aspectos de prevención especial y necesidad de pena poseen un peso decisivo, en la medida, claro está, que no expresen impunidad o pongan en crisis criterios de reafirmación normativa.

En el caso concreto, observo como indicador relevante, el paso del tiempo entre el hecho comprobado, la concreción del juicio penal y, en definitiva, la pena impuesta a V., conforme lo expone la defensa. No es como pretende la parte, que la escala penal mínima lesione de manera evidente la culpabilidad del condenado. Lo que sucede es que las finalidades retributivas, preventivo generales y especiales entran en crisis frente al sujeto alcanzado por la pena, cuando han transcurrido casi seis años desde el ilícito y el culpable ha reconstruido su existencia personal en libertad, manteniendo la fidelidad al derecho y mostrando marcadores de integración social y laboral positivos.

La condena de V. y la imposición de pena aparecen claramente legitimadas, en tanto no hay duda sobre el injusto culpable que se le atribuye y el mismo imputado ha reconocido. De este modo, la declaración y expresión sobre su comportamiento realizado por el Tribunal Oral queda fuera de discusión como se señaló antes largamente. Con esto no hay significado de impunidad y se ha reafirmado el orden jurídico.

Cuestión diferente acontece, atendiendo los agravios de la defensa, frente a la ponderación sobre la ne-

cesidad de que esa pena se concrete a través del efectivo cumplimiento de la privación de libertad de V. En ese punto, observo que resultaría probablemente contrario a los objetivos de reinserción social —satisfechos los preventivo generales positivos y retributivos— que V., después de largos años en libertad, integrado según surge de las constancias traídas a consideración y habiendo incluso reconocido el hecho, se vea ahora extraído de esa situación para cumplir una pena que ha dejado de mostrarse como enteramente necesaria en su ejecución.

En ese contexto, considero que corresponde efectuar una interpretación en equidad para corregir el monto mínimo de esa pena en abstracto, readaptando la punibilidad de la sanción privativa de libertad, de modo tal que habilite su cumplimiento en suspenso —en los límites que se desprenden del artículo 26 del CP— y la imposición de reglas de comportamiento —art. 27 bis CP—. Todo ello, según disponga la jurisdicción de instancia.

Considero, de ese modo, que se satisfacen los criterios retributivos y preventivos generales positivos del injusto culpable demostrado y, al mismo tiempo, se aseguran funciones preventivo especiales congruentes con la proporcionalidad, que impiden una pena cuya falta de necesidad la haría contraria a los valores constitucionales.

En definitiva, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de C. V., sin costas, anular parcialmente el punto a) de la resolución recurrida en cuanto refiere al monto de la pena de prisión impuesta y a su modalidad de cumplimiento y, en consecuencia, remitir las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que se pronuncie respecto de la pena que corresponde imponer, en los términos aquí señalados (arts. 471, 530 y ccdtes. CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Slokar* dijo:

Que en las particulares circunstancias del *sub lite*, corresponde, in primis, atender favorablemente al planteo impugnaticio que se introduce en la presentación en trato y que gira en torno de la no objeción de parte de la vindicta pública para con la solicitud de esa defensa a la imposición en definitiva de una pena por debajo del mínimo correspondiente al de la escala legal aplicable.

Así, del acta que da cuenta de la audiencia oportunamente mantenida entre las partes, se observa que el defensor particular al tiempo de señalar que consentía "la calificación legal, la existencia del hecho y la participación de su defendido" en los términos establecidos en la pieza acusatoria de elevación a juicio, de seguido y con abono en el marco jurisprudencial "de los precedentes Ríos de la CFCP y Caballero Flores, Plácida y otros N° 180 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca, de fecha 30/11/2015", dejó sentada su petición de que se adecue la pena de su defendido conforme las razones que aportaría al momento de la audiencia de visu, a lo cual el auxiliar fiscal Trotta expresó que: "deja[ba] librado al criterio del Tribunal la resolución de lo planteado por el letrado", circunstancia esta última que fue "[e]xpresamente" asentada en la sentencia en crisis en el inicio del desarrollo del tópico vinculado a la sanción punitiva.

Por cierto, tal lo explicitado en la crítica impugnaticia, se impone evocar que: "...la característica principal del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio previsto por nuestra Constitución Nacional implica: "...la división de poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir" (cfr. causa N° 15.196, caratulada: "Gómez, Marcelo J. s/ recurso de casación", reg. N° 536/14, rta. 09/04/2014, con sus citas).

También debe señalarse que: "la garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzieta) del juez respecto a las partes de la causa, que [...] es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio" (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón: Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1995, p. 567).

Nótese que: "...la potencialidad de la función jurisdiccional se ve limitada —en primer término— por la existencia de contradicción, es decir, controversia planteada por las partes ante el juez. Seguidamente, por el límite de la pretensión acusadora como garantía de equilibrio, al cumplir la función de salvaguarda del derecho de defensa en juicio del encausado, preservando además la imparcialidad del juzgador" (cfr. causas N° 1553/2013, caratulada: "Bocanegra Castro, Liliana Y. s/ recurso de casación", reg. N° 665/2014, rta. 30/04/2014; causa N° 564/2013, caratulada: "Orozco Martínez, Jaquelina N. s/ recurso de casación, reg. N° 2375/2013, rta. 20/12/2013 y, en similar sentido en causa N° FMZ 2548/2013/1/CFC1, caratulada: "Martos Azcurra, Mariana L. s/ recurso de casación", reg. N° 557/2014, LEX N° 71/2014, rta. 11/04/2014).

Por ello, a criterio del suscripto corresponde acoger favorablemente el recurso de la defensa y remitir a su procedencia a fin de que, por ante quien corresponda y con la previa intervención de las partes, se fije la sanción punitiva correspondiente (art. 471, 530 y ccds. CPPN).

Sin perjuicio de lo expuesto, a fin de arribar a la mayoría necesaria, acompaña la solución que propicia al acuerdo el juez Yacobucci.

Tal, mi voto.

El doctor *Mahiques* dijo:

I. Contrariamente a lo propuesto por mis colegas preopinantes, considero que el recurso en estudio debe ser rechazado y la resolución del *a quo* confirmada en esta instancia.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad del mínimo legal de la pena prevista en el art. 5, inc. c, de la ley 23.737 conviene recordar, una vez más, que conforme la doctrina de nuestro más alto tribunal, las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución Nacional gozan de una presunción de legitimidad plena, por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que solo puede ser dictado cuando "la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), y de "incompatibilidad inconciliable" (Fallos: 322:842; y 322:919). Esta declaración resulta procedente cuando no exista la posibilidad de otorgarle a las normas en juego una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (cfr. CSJN, Fallos: 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros).

Precisamente sobre la constitucionalidad de la norma referida, me pronuncié en la causa N° FCB 236/2013/TO1/CFC1, González, César A. s/ recurso de casación, en la que se confirmó su validez. Se expresó allí "(…Que tanto la descripción de la conducta delictiva como su sanción fue establecida por el legislador en función de lo prescripto por el art. 75 inc. 11 de la Constitución Nacional específicamente a través de la ley 23.737 denominada Estupefacientes y Psicotrópicos. La importancia de la problemática en cuestión resulta justificación más que suficiente pues los ilícitos en estudio no solo afectan a la salud pública, sino que también comprometen al bienestar general y en varias ocasiones lesionan la seguridad común. Por otra parte la trascendencia de la materia se corresponde con la asunción de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país. Tales parámetros (me) permiten concluir que la extensión de la sanción adoptada no parece irracional o desproporcionada, ni que afecte a los principios constitucionales invocados" (cfr. reg. N° 1712/2019 de la Sala III de esta Cámara, rta. el 13 de septiembre de 2019).

En razón de lo expuesto, conforme propone el voto que lidera el acuerdo corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa.

II. Misma suerte correrá el agravio relativo a la alegada arbitrariedad en la fundamentación de la pena impuesta al encausado.

La sentencia condenatoria dictada con relación a V. —cuya revisión intenta su defensa— es consecuencia de un acuerdo por rito abreviado presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal y el imputado con su asistencia técnica.

No resulta irrelevante la circunstancia de que la pena impuesta tuviera su origen en aquel acuerdo de juicio abreviado, convenido libremente por las partes y conforme lo dispuesto en la normativa legal.

En el precedente "Arduino" (Fallos: 328:470), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, remitiéndose a lo dictaminado por el Procurador Fiscal, que "el sometimiento voluntario y sin reservas expresas a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional (Fallos: 320:1985 y sus citas), pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz" (Fallos: 323:3765 y sus citas)".

La pena impuesta, de conformidad a lo acordado por las partes, fue examinada por el *a quo*, con ajuste a las pautas enunciadas en los arts. 40 y 41 del CP y aparece proporcionada a la intensidad antijurídica del hecho y a la responsabilidad del autor. La resolución dictada en estos términos, se encuentra suficientemente fundada y se enmarca dentro de los límites establecidos por el sistema acusatorio, puesto que no supera nominalmente la pretensión punitiva requerida por el Fiscal en el acuerdo de juicio abreviado.

Considero que la falta de oposición del acusador al requerimiento efectuado por la defensa en la audiencia de visu, no puede ser entendido como un nuevo pedido de pena, que se presente como un límite infranqueable por el tribunal al momento de mensurar la sanción a imponer en el caso concreto. Conforme ya sostuve en otros precedentes, la pena impuesta por el juez no podrá superar nominalmente la pretensión punitiva solicitada por el acusador público o priva-

do en la medida que aquella no se presente como ilegal o irrazonable (cfr. causas N° FSA 18.892/2016/TO1/CFC6, Bellido, Héctor A. y otros s/ Infracción ley 23.737, rta. el 1° de septiembre de 2020, reg. N° 1161/2020 y N° CFP 17.512/2008/TO4/CFC4 Pérez Corradi, Ibar E. s/ recurso de casación, reg. N° xx de la Sala III de esta Cámara, rta. el 3 de noviembre de 2020).

El planteo de la defensa, en la audiencia de visu, tendiente a obtener una perforación del mínimo legal, implica hacer violencia hermenéutica a los principios constitucionales de legalidad y de separación de poderes. De ellos, en efecto, se deriva la obligación de los jueces de sujetarse a lo dispuesto por las leyes y la prohibición de subrogar al legislador, modificando discrecionalmente el sentido y alcance de las normas legales.

Nuestro máximo tribunal se expidió en esa dirección, al establecer que "desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente. (...) (Y que) Solo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada" (Fallo: 314:424). Así, "en virtud de la facultad que otorga el art. 75, inc. 12 de la CN, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente, de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones" (Fallos: 327:1479). En otros términos, cuando el legislador opta por seleccionar escalas con mínimos mayores a los tres años de prisión, no hace sino remarcar la gravedad e intolerancia estatal frente a determinadas infracciones así como la necesidad de que la pena de prisión sea de cumplimiento efectivo. Proceder del modo que la defensa solicita, implicaría además considerar a esos indicadores legales como meramente indicativos, y no estatutarios, lo cual no se condice con el mentado principio de legalidad.

IV. En conclusión, y por lo expuesto, propongo al acuerdo, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de V., con costas en la instancia (arts. 470, 471 —a contrario sensu—, 530 y concordantes del CPPN).

En virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de C. V., sin costas, anular parcialmente el punto a) de la resolución recurrida en cuanto refiere al monto de la pena de prisión impuesta y a su modalidad de cumplimiento y, en consecuencia, remitir las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que se pronuncie respecto de la pena que corresponde imponer, en los términos aquí señalados (arts. 471, 530 y ccdtes. CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar.* — *Carlos A. Mahiques* (en disidencia). — *Guillermo J. Yacobucci.*

SOBRESEIMIENTO

Recurso de casación. Falta de fundamentación. Inadmisibilidad.

1. — Es inadmisible el recurso de casación contra la resolución que sobreseyó a los imputados, pues el impugnante no ha logrado rebatir todos y cada uno de los argumentos expuestos en la resolución que atacada. Máxime cuando no media en la decisión en crisis vicio alguno de fundamentación que lleve a su descalificación por vía de la doctrina de la arbitrariedad, o de la verificación de graves defectos del pronunciamiento.

2. — En las condiciones de falta de fundamentación, la querella tampoco logra demostrar la existencia de una cuestión federal que permita habilitar la competencia de la Cámara de Casación como tribunal intermedio.

CFCasación Penal, sala II, 17/03/2021. - G. V., J. P. y otros s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3675/2021]

COSTAS

Se imponen al querellante.

Causa N° CFP 3206/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 17 de 2021.

Considerando:

1. La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Ciudad confirmó el sobreseimiento de J. P. G. V., M. M. R., C. E. C., I. Á. O., M. C. P., A. F. G. E., G. V. V., M. E. B., R. G. C., A. S. S. Y J. A. A.

Contra dicho pronunciamiento dedujo recurso de casación la querella, el cual fue concedido y mantenido.

2. Del análisis realizado en razón de lo previsto por los artículos 444 y 465 del CPPN, surge la inadmisibilidad de la vía intentada, pues el impugnante no ha logrado rebatir todos y cada uno de los argumentos expuestos en la resolución que se recurre.

No media en la decisión venida a estudio vicio alguno de fundamentación que lleve a su descalificación por vía de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros); o de la verificación de graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605). Ello puesto que cuenta con los fundamentos mínimos y suficientes para ser considerada como un acto jurisdiccional válido (art. 123 del CPPN).

Asimismo, el pronunciamiento atacado ha sido dictado por la Cámara de Apelaciones en su carácter de órgano revisor de las resoluciones emanadas de los magistrados, es decir que en el caso existe doble conformidad judicial.

Por último, en las condiciones de falta de fundamentación expuestas, la querella tampoco logra demostrar la existencia de una cuestión federal que permita habilitar la competencia de esta Cámara como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

En mérito a las consideraciones efectuadas, el Tribunal resuelve: Declarar inadmisible el recurso de casación deducido por la querella, con costas (arts. 444, 465, 530 y cc. del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar.* — *Carlos A. Mahiques.* — *Guillermo J. Yacobucci.*

RECURSO DE CASACIÓN

Requisitos de la expresión de agravios. Mera discrepancia con lo decidido. Existencia de doble conformidad judicial. Ausencia de cuestión federal. Rechazo. Disidencia.

1. — Debe confirmarse la denegatoria del recurso de casación, ello pues el recurrente limita la expresión de sus agravios a meros juicios discrepantes con el decisorio cuya impugnación postula, todo lo cual no alcanza para desvirtuar el razonamiento que sobre el particular realizó la Cámara y cuyos fundamentos no logra rebatir. Asimismo, el pronunciamiento atacado ha sido dictado por la Cámara de Apelaciones en su carácter de órgano revisor de las resoluciones emanadas de los magistrados, es decir que en el caso existe doble conformidad judicial. Finalmente, no se ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de la Cámara de Casación como tribunal intermedio.

2. — Debe habilitarse la vía recursiva, en trato reúne los requisitos de admisibilidad formal previstos en el art. 463 y cc. del Cód. Proc. Civ. y Com. (del voto en disidencia del Dr. Mahiques).

CFCasación Penal, sala II, 26/02/2021. - B., J. P. s/ recurso de queja.

[Cita on line: AR/JUR/3799/2021]

Causa N° FCB 77055/2018/1/RH1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 26 de 2021.

Los doctores *Slokar* y *Yacobucci* dijeron:

1°) Que la Sala "A" de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba resolvió "I. Confirmar la resolución de fecha 16 de mayo de 2019 dictada por el Juez Federal N° 3 de Córdoba, en cuanto dispuso sobreseer a J. P. E. B. (DNI ...), en orden al hecho calificado como evasión fiscal simple respecto del pago del Impuesto a las Ganancias, —período fiscal 2014—, por la suma de pesos cuatrocientos noventa y cuatro mil setecientos sesenta y ocho con setenta y cinco centavos ($494.768,75), conf. art. 18 de la CN, art. 9 de la CADH, art. 2 del CP, arts. 279 y 280 de la ley 27.430), de acuerdo a lo establecido por los arts. 335 y 336 inc. 3° del CPPN, con la expresa mención que el presente proceso no ha afectado el buen nombre y honor del que hubiera gozado el imputado".

Contra dicho pronunciamiento dedujo recurso de casación el representante del Ministerio Público Fis-

cal, cuyo rechazo motivó la presentación directa en estudio.

2°) Que, aunque por otros motivos, habrá de confirmarse la denegatoria del recurso de casación.

Ello pues el recurrente limita la expresión de sus agravios a meros juicios discrepantes con el decisorio cuya impugnación postula, todo lo cual no alcanza para desvirtuar el razonamiento que sobre el particular realizó la Cámara y cuyos fundamentos no logra rebatir.

Asimismo, el pronunciamiento atacado ha sido dictado por la Cámara de Apelaciones en su carácter de órgano revisor de las resoluciones emanadas de los magistrados, es decir que en el caso existe doble conformidad judicial.

Finalmente, no se ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio, en los términos de la doctrina establecida por el Alto Tribunal *in re* "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

El doctor *Mahiques* dijo:

La presentación en trato reúne los requisitos de admisibilidad formal previstos en el art. 463 y cc. del CPPN, conforme los lineamientos que expuse al votar en la Sala III de esta Cámara, *in re* "Carrizo, Carlos A. s/ recurso de casación" (causa N° 1876/2013/T02/CFC1, reg. N° 1403/18, rta. el 19/10/2018); y "Gulisano, Héctor F. s/ recurso de casación" (causa N° CPE 36/2013/T01/6/CFC1, reg. N° 1382/18, rta. el 18/10/2018).

En tales condiciones, corresponde habilitar la vía recursiva.

En merito a las consideraciones efectuadas, el tribunal, por mayoría, resuelve: Declarar inadmisible la queja por recurso de casación denegado deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 478, 530 y cc. del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envió. — *Alejandro W. Slokar.* — *Carlos A. Mahiques* (en disidencia). — *Guillermo J. Yacobucci.*

RECURSO DE CASACIÓN

Requisitos de la expresión de agravios. Fundamentación suficiente. Cuestión federal. Procedencia parcial. Disidencia parcial.

1. — Debe confirmarse la denegación del recurso de casación, toda vez que el ordenamiento procesal vigente excluye del conocimiento del tribunal los asuntos que, a juicio del legislador, no contienen un agravio considerable, estableciéndose entonces mediante esa pauta una limitación objetiva a la posibilidad de impugnar. Dicha restricción opera en la especia en virtud de lo establecido en el inciso segundo del art. 458 del Cód. Proc. Civ. y Com.

2. — El recurso de casación interpuesto contra la resolución que denegó la excarcelación es inadmisible, por cuanto el quejoso solo manifestó su disconformidad con los argumentos expuestos por el tribunal, sin lograr refutarlos a través de sus agravios, defecto que obstaculiza la habilitación de esta instancia por falta de fundamentación. Por otra parte, tampoco logró demostrar al respecto la existencia de una cuestión federal que permita habilitar la competencia de la Cámara de Casación como tribunal intermedio.

3. — Respecto de la condena dictada al imputado es admisible el recurso de casación, pues dentro de los límites impuestos a la acusadora para recurrir, previstos en el art. 458, inc. 2° del rito, es posible que los agravios invocados configuren alguna de las causales previstas en el art. 456 del mismo cuerpo legal.

4. — Atento que la parte ha planteado cuestión federal, pudiendo constituir alguna de las causales previstas en el art. 456 del Cód. Proc. Civ. y Com. los agravios invocados por el recurrente, corresponde hacer lugar a la queja deducida de conformidad con lo dispuesto por la citada norma y el art. 463 *ibidem* (del voto en disidencia parcial del Dr. Mahiques).

CFCasación Penal, sala II, 26/02/2021. - R., R. J. y otro s/ recurso de queja.

[Cita on line: AR/JUR/3798/2021]

Causa N° FSA 11195/2014/TO1/19/RH5

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 26 de 2021.

El doctor *Slokar* dijo:

1) Que en cuanto atañe a los agravios expuestos respecto de R. J. R. y M. E. E. D., habrá de confirmarse el criterio denegatorio, toda vez que la vía recursiva interpuesta no puede progresar en razón de que el ordenamiento procesal vigente excluye del conocimiento del tribunal los asuntos que, a juicio del legislador, no contienen un agravio considerable, estableciéndose entonces mediante esa pauta una limitación objetiva a la posibilidad de impugnar. Dicha restricción opera

en la especia en virtud de lo establecido en el inciso segundo del art. 458 del CPPN.

2) Que distinta es la hipótesis respecto de la condena dictada a Ramón Antonio Valor, pues dentro de los límites impuestos a la acusadora para recurrir, previstos en el art. 458, inc. 2° del rito, pudiendo constituir alguna de las causales previstas en el art. 456 del mismo cuerpo legal, los agravios invocados por la parte recurrente, corresponde hacer lugar a la queja, de conformidad con lo dispuesto por las citadas normas y el art. 463 ibidem.

3) Que, ad finem, no habrá de prosperar la impugnación con relación al punto VIII de la sentencia en crisis, en cuanto no hace lugar a la revocación de la excarcelación de Ramón Antonio Valor.

Ello así, por cuanto el quejoso solo manifestó su disconformidad con los argumentos expuestos por el tribunal, sin lograr refutarlos a través de sus agravios, defecto que obstaculiza la habilitación de esta instancia por falta de fundamentación.

Por otra parte, tampoco logró demostrar al respecto la existencia de una cuestión federal que permita habilitar la competencia de esta Cámara como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

El doctor *Mahiques* dijo:

Atento que la parte ha planteado cuestión federal, pudiendo constituir alguna de las causales previstas en el art. 456 del CPPN los agravios invocados por el recurrente, corresponde hacer lugar a la queja deducida de conformidad con lo dispuesto por la citada norma y el art. 463 ibidem.

El doctor *Yacobucci* dijo:

Que comparto la solución propuesta por el doctor Mahiques en punto a los agravio traídos respecto de la condena impuesta a R. J. R., M. E. E. D. y R. A. V., atento a la cuestión federal alegada por la parte.

Por otra parte, en relación al agravio relativo al punto VIII de la parte dispositiva de la sentencia, comparto la solución propuesta por el doctor Slokar.

Tal es mi voto.

Por todo lo expuesto, el Tribunal, resuelve: I. Por unanimidad, hacer lugar parcialmente a la queja planteada y, por lo tanto, conceder el recurso de casación deducido por los representantes del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia del Tribunal Oral Federal N° 1 de Salta, en relación a la condena de R. A. V. II. Por mayoría, hacer lugar parcialmente a la queja planteada y, por lo tanto, conceder el recurso de casación deducido por los representantes del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia del Tribunal Oral Federal N° 1 de Salta, en relación a la condena de R. J. R. y M. E. E. D. III. Por mayoría, declarar parcialmente inadmisible la queja planteada, en relación al agravio relativo al punto VIII de la parte dispositiva de la sentencia, en cuanto dispone "no hacer lugar a la revocación de la excarcelación de R. A. V.". IV. Acumular las presentes actuaciones al Expte. FSA 11195/2014/TO1/CFC12, caratulada "R., R. J. y otros s/ rec. de casación". Regístrese, comuníquese. Sin perjuicio de lo dispuesto en el citado art. 478 de la ley ritual, emplázase a las partes en los términos de los arts. 453, 464 y 465 del citado cuerpo legal. — *Alejandro W. Slokar* (en disidencia parcial). — *Carlos A. Mahiques* (en disidencia parcial). — *Guillermo J. Yacobucci.*

PRISIÓN DOMICILIARIA

Estado de salud del imputado. Emergencia sanitaria. Ausencia de peligro concreto en su salud. Atención médica adecuada en la unidad penitenciaria. Rechazo. Disidencia.

1. — Si bien la imputada, por su edad y las patologías que padece, se encuentra dentro del grupo de mayor vulnerabilidad frente a un eventual contagio del virus pandémico, no hay evidencia, en el caso, de la existencia de un peligro concreto e inminente de grave afectación a su salud e integridad psicofísica en los términos de la emergencia sanitaria. Tampoco se observa que esta no pueda ser, por el momento, contenida y adecuadamente atendida dentro de la unidad en la que se encuentra detenido.

2. — El recurso de casación interpuesto es inadmisible, pues las quejas de la defensa solo reflejan su discrepancia con lo resuelto, y sus argumentos no configuran una crítica razonada que logre conmover la lógica discursiva del fallo. En efecto, y de adverso a lo sostenido por el impugnante, el a quo concluyó correctamente la improcedencia, en el caso concreto, del arresto domiciliario solicitado en los términos del art. 10, inc. a) del Cód. Penal y 32, inc. a) de la ley 24.660.

3. — Pudiendo constituir los agravios invocados por la parte recurrente contra la resolución que denegó la prisión domiciliaria, alguna de las causales previstas en el art. 456, Cód. Proc. Penal y encontrándose prima facie involucrada una cuestión de naturaleza federal, de con-

formidad con lo dispuesto por el art. 463 del rito y tanto más frente a la emergencia sanitaria actual corresponde sustanciar el trámite del planteo casatorio (del voto en disidencia del Dr. Slokar).

CFCasación Penal, sala II, 26/02/2021. - F., S. C. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3797/2021]

Causa N° FCB 24921/2016/TO1/3/2/CFC11

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 26 de 2021.

El doctor *Slokar* dijo:

1°) Que por decisión de fecha 27 de noviembre ppdo., el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, en la causa N° FCB 24921/2016/TO1/3/2 de su registro, resolvió no hacer lugar al pedido de prisión domiciliaria efectuado en favor de S. C. F.

Contra dicho pronunciamiento, la defensa oficial de la nombrada interpuso recurso de casación, el que fue concedido.

2°) Que, sabedor del temperamento concordante de mis colegas y sellada negativamente la cuestión de la admisibilidad del recurso, debo señalar que pudiendo constituir los agravios invocados por la parte recurrente alguna de las causales previstas en el art. 456 CPPN y encontrándose *prima facie* involucrada una cuestión de naturaleza federal, de conformidad con lo dispuesto por el art. 463 del rito y tanto más frente a la emergencia sanitaria actual corresponde sustanciar el trámite del planteo casatorio y, en consecuencia, fijar la audiencia prevista por el art. 465 bis del ordenamiento legal citado.

Así doy mi voto.

El doctor *Mahiques* dijo:

I. La defensa de S. C. F. se agravió por cuanto, a su entender, la resolución recurrida carecía de la debida fundamentación, al incurrir en un análisis parcial de la ley penal, y por omitir cuestiones dirimentes respecto del estado de salud de su asistida. De ese modo, indicó que debía concederse su prisión domiciliaria por cuestiones de salud, máxime teniendo en consideración la situación de emergencia sanitaria y penitenciaria imperante en la actualidad.

II. Corresponde señalar, in primis, que el recurso interpuesto es inadmisible pues las quejas de la defensa solo reflejan su discrepancia con lo resuelto, y sus argumentos no configuran una crítica razonada que logre conmover la lógica discursiva del fallo. En efecto, y de adverso a lo sostenido por el impugnante, el *a quo* concluyó correctamente la improcedencia, en el caso concreto, del arresto domiciliario solicitado en los términos del art. 10 inc. a) del CP y 32 inc. a) de la ley 24.660.

Recordó el tribunal de mérito que F. fue condenada a la de pena de ocho años de prisión como autora del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, agravada por ser perpetrada mediante engaño, amenazas, abuso de la situación de vulnerabilidad y por haber sido consumada la explotación (art. 145 ter, inc. 1 y penúltimo párrafo del CP, en función del art. 145 bis del CP, según ley 26.842), encontrándose detenida ininterrumpidamente desde 4 de abril de 2018 (cfr. surge del cómputo de pena obrante en el legajo de ejecución N° FCB 24921/2015/TO1/3).

Sobre esa base, afirmó el *a quo*, de consuno con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, que no correspondía la aplicación del supuesto establecido por el artículo 10 inc. a) del CP y 32 inc. a) de la ley 24.660, ni tampoco encuadraba su situación en ninguno de los supuestos previstos en las Acordadas 3/20 y 9/20 dictadas por esta Cámara.

Desde el punto de vista sanitario, el *a quo* ponderó las medidas y protocolos llevados a cabo en el área penitenciaria para prevenir la propagación del virus y asistir a aquellos privados de su libertad. Valoró, en particular, el informe producido por el doctor Diego Falcone, médico de turno del Complejo Penitenciario Federal NOA III, de fecha 28 de octubre del 2020, del que surge que F. "...ingres[ó] a este complejo el 01/07/2020, refiriendo como antecedentes clínicos de relevancia Hipertensión Arterial, Diabetes Mellitus tipo 2, Síndrome del Colon Irritable y Gonartrosis crónica. Es controlada por especialistas en traumatología, clínica médica, nutrición y ginecología. Se le realizó un control de laboratorio el 25/08/2020, el cual confirmó la presencia de diabetes, lo cual no había sido constatado antes del ingreso de la interna a este complejo. Además, se le realizaro[n] diversos estudios radiográficos como parte del control de sus patologías. Recibe como tratamiento en forma mensual Metformina (850 mg/día), Enalapril (20 mg/día), Atengggolol (50 mg/día), Loperamida (10 mg/día), y analgésicos según necesidad. Además, recibe atención y tratamiento psiquiátricos, también por antecedentes de esa índole referidos".

"Actualmente, F. se encuentra con su estado general conservado, lúcida, colaboradora, orientada en tiempo y espacio, lenguaje conservado, sin alteraciones en la marcha ni en los movimientos, deambula por sus propios medios, autosuficiente, Glasgow 15/15, sin signos de foco neurológico agudo, ni meníngeos agudos, eupneica, sin signos de fallo de bomba cardiaca, con buena entrada de aire bilateral pulmonar, con

murmullo vesicular conservado, con abdomen blando, indoloro, con RHA+, catarsis y diuresis conservadas, PPRBL negativa, con signos vitales dentro de los parámetros normales aceptados. El día 16/10 pasado, presentó un cuadro de gastroenteritis aguda, por lo que permaneció alojada en esta sección durante 48 hs. y del cual ya se encuentra recuperada...".

Asimismo, el tribunal de la anterior instancia refirió, según lo informado por el establecimiento penitenciario referido precedentemente, que allí "...no hay casos de infección activa por Covid-19, y que solo se ha registrado un caso (el 25/10/2020) positivo para Covid-19...".

Finalmente agregó que, mediante resolución de fecha 9 de junio del 2020, dicho órgano jurisdiccional revocó el arresto domiciliario que venía gozando la condenada debido a que violó de manera injustificada la obligación de permanecer en su domicilio. Respecto a dicho pronunciamiento, cabe recordar que esta Sala con fecha 24 de julio de 2020, por mayoría, declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de la nombrada (cfr. causa N° FCB 24921/2015/TO1/3/1/CFC10, registro N° 864/20).

III. En las condiciones antes reseñadas, cabe tener por atendibles las razones que fundaron la decisión del tribunal, ya que no se verifica —ni el recurrente logró demostrar— vicio alguno de fundamentación que lleve a la descalificación por arbitrario del auto impugnado (Fallos: 306:362 y 314:451; 314:791; 321:1328; 322:1605). Por el contrario, la decisión es el resultado de un razonable examen de las normas legales que regulan el arresto domiciliario.

Así pues, si bien F., por su edad y las patologías que padece, se encuentra dentro del grupo de mayor vulnerabilidad frente a un eventual contagio del virus pandémico, no hay evidencia, en el caso, de la existencia de un peligro concreto e inminente de grave afectación a la salud e integridad psicofísica de la nombrada en los términos de la emergencia sanitaria. Tampoco se observa que esta no pueda ser, por el momento, contenida y adecuadamente atendida dentro de la unidad en la que se encuentra detenido. (cfr. criterio establecido en causas Sardanelli y Santucho, N° FSM 47823/2019/TO1/17/CFC1, reg. N° 246/20; y N° FSM 98006/2017/TO1/7/CFC2, reg. N° 254/20, ambas resoluciones del 28 de abril de 2020).

En lo demás, como quedó reseñado precedentemente, de acuerdo al delito por el que fue condenada, su situación no se corresponde con los supuestos establecidos en el punto 2 de la Acordada 9/2020 de esta Cámara, cobrando particular relevancia lo dispuesto en el pto. 3 de la misma, en cuanto establece meritar "con extrema prudencia y carácter sumamente restrictivo la aplicabilidad de estas disposiciones en supuestos de delitos graves, conforme normas constitucionales, convencionales y de derecho interno, según la interpretación que el órgano jurisdiccional haga en cada caso".

En consecuencia, la resolución en revisión fue el resultado de un razonable análisis de las normas legales que regulan el arresto domiciliario, y del estado de salud de la nombrada en el actual contexto excepcional derivado de la pandemia. En definitiva, no surge de la resolución impugnada vicio alguno de fundamentación que lleve a su descalificación por vía de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros); o de la verificación de graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605). La defensa tampoco demostró la existencia de una cuestión federal que permita habilitar la competencia de esta sede casatoria como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Di Nunzio (Fallos: 328:1108).

De este modo, contando la resolución impugnada con los fundamentos mínimos y suficientes para ser considerada como un acto jurisdiccional válido (art. 123 del CPPN), corresponde declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de S. C. F., sin costas (arts. 444 —segundo párrafo—, 465 bis, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Yacobucci* dijo:

En las particulares circunstancias del caso, adhiero al voto del colega que me precede en el orden de votación, doctor Carlos A. Mahiques, en torno a que corresponde declarar inadmisible el recurso de casación de la defensa oficial, sin costas (art. 444, 2° párr., 465 bis, 530 y 531, CPPN).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de S. C. F., sin costas (arts. 444 —segundo párrafo—, 465 bis, 530 y 531 del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase mediante pase digital a su origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar* (en disidencia). — *Carlos A. Mahiques.* — *Guillermo J. Yacobucci.*

RECURSO EXTRAORDINARIO

Requisitos. Inadmisibilidad. Disidencia.

1. — En tanto el recurso extraordinario federal deducido no cumple con los recaudos establecidos por los arts. 14 y 15 de la ley 48 y el art. 3°, incs. d) y e) de la acordada 4/2007 de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, corresponde declarar inadmisible la vía intentada.

2. — Es admisible el recurso extraordinario federal, en tanto que la presentación cumple con los recaudos establecidos por los arts. 14 y 15 de la ley 48 y el art. 3°, incs. d) y e) de la acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; a lo que se suma que se ha invocado fundadamente una cuestión federal que habilita la vía extraordinaria (del voto en disidencia del Dr. Mahiques).

CFCasación Penal, sala II, 26/02/2021. - Incidente N° 1. NN: Srio. AV. Desprendimiento de 18564/2017 s/ recurso de extraordinario.

[Cita on line: AR/JUR/3796/2021]

Causa N° FRO 44.121/2019/1/1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 26 de 2021.

Los doctores *Slokar* y *Yacobucci* dijeron:

Que, en tanto el recurso extraordinario federal deducido no cumple con los recaudos establecidos por los arts. 14 y 15 de la ley N° 48 y el art. 3°, incisos d) y e) de la Acordada N° 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 11 de la mencionada acordada), y conforme la vigente doctrina establecida por el cimero tribunal *in re:* "Palero" (Fallos: 330:4544) y "Soler, Diego s/ recurso de casación, S. 765 XLVIII, rta. 18/02/2014, corresponde declarar inadmisible la vía intentada.

El doctor *Mahiques* dijo:

La presentación en trato cumple con los recaudos establecidos por los arts. 14 y 15 de la ley N° 48 y el art. 3°, incisos d) y e) de la Acordada N° 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 7/11 de la mencionada Acordada).

En efecto, como lo expuse —en análogas circunstancias—, al votar en las causas Carrizo, Carlos Alberto s/ recurso de casación (N° 1876/2013/T02/CFC1, reg. N° 1403/18, rta. el 19/10/2018), y Gulisano, Héctor F. s/ recurso de casación (N° CPE 36/2013/T01/6/CFC1, reg. N° 1382/18, rta. el 18/10/2018, ambas de la Sala III de esta Cámara), entiendo que se ha invocado fundadamente una cuestión federal que habilita la vía extraordinaria.

Tal es mi voto.

Por lo expuesto, el Tribunal, por mayoría, resuelve: Declarar inadmisible el recurso extraordinario interpuesto por el Sr. Fiscal General, sin costas (arts. 257 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 532 del CPPN). Regístrese, comuníquese, notifíquese y remítase a su procedencia mediante pase digital. Sirva la presente de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar.* — *Carlos A. Mahiques* (en disidencia). — *Guillermo J. Yacobucci.*

RECURSO DE CASACIÓN

Requisitos de la expresión de agravios. Mera discrepancia con lo decidido. Existencia de doble conformidad judicial. Ausencia de cuestión federal. Rechazo. Disidencia.

1. — Debe confirmarse la denegatoria del recurso de casación, ello pues el recurrente limita la expresión de sus agravios a meros juicios discrepantes con el decisorio cuya impugnación postula, todo lo cual no alcanza para desvirtuar el razonamiento que sobre el particular realizó la Cámara y cuyos fundamentos no logra rebatir. Asimismo, el pronunciamiento atacado ha sido dictado por la Cámara de Apelaciones en su carácter de órgano revisor de las resoluciones emanadas de los magistrados, es decir que en el caso existe doble conformidad judicial. Finalmente, no se ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de la Cámara de Casación como tribunal intermedio.

2. — Debe habilitarse la vía recursiva, en trato reúne los requisitos de admisibilidad formal previstos en el art. 463 y cc. del Cód. Proc. Penal (del voto en disidencia del Dr. Mahiques).

CFCasación Penal, sala II, 26/02/2021. - M., G. A. s/ recurso de queja.

[Cita on line: AR/JUR/13806/2021]

Causa N° FCB 75227/2018/1/RH1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 26 de 2021.

Los doctores *Slokar* y *Yacobucci* dijeron:

1°) Que la Sala "A" de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba resolvió "I. Confirmar la resolución dictada con fecha 25 de septiembre de 2019 por el señor Juez Federal de Villa María, en cuanto dispuso Sobreseer a G. A. M. (DNI ...), en orden a los hechos calificados provisionalmente como "evasión agravada por el uso de facturas apócrifas", —hecho primero— en relación al Impuesto al Valor Agregado —período fiscal 2016— por la suma total de pesos

un millón cuarenta y un mil setecientos treinta y siete con 33/100 ($1.041.737,33), y también por el —hecho segundo— referido a la evasión del Impuesto al Valor Agregado —período fiscal 2017— por la suma de pesos quinientos sesenta y tres mil quinientos veintinueve con 24/100 ($563.529,24), por aplicación de la nueva ley 27.430 y en los términos de los arts. 335 y 336 inc. 3° del CPPN, con la declaración que el presente proceso no afecta el buen nombre y honor del que hubiera gozado por imperio de la ley más benigna hoy vigente (art. 2 CPN)".

Contra dicho pronunciamiento dedujo recurso de casación el representante del Ministerio Público Fiscal, cuyo rechazo motivó la presentación directa en estudio.

2°) Que, aunque por otros motivos, el recurso de casación interpuesto resulta inadmisible, y en consecuencia habrá de confirmarse su denegatoria.

Ello pues el recurrente limita la expresión de sus agravios a meros juicios discrepantes con el decisorio cuya impugnación postula, todo lo cual no alcanza para desvirtuar el razonamiento que sobre el particular realizó la Cámara y cuyos fundamentos no logra rebatir.

Asimismo, el pronunciamiento atacado ha sido dictado por la Cámara de Apelaciones en su carácter de órgano revisor de las resoluciones emanadas de los magistrados, es decir que en el caso existe doble conformidad judicial.

Finalmente, en las condiciones expuestas, el impugnante no ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio, en los términos de la doctrina establecida por el Alto Tribunal *in re* "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

El doctor *Mahiques* dijo:

La presentación en trato reúne los requisitos de admisibilidad formal previstos en el art. 463 y cc. del CPPN, conforme los lineamientos que expuse al votar en la Sala III de esta Cámara, *in re* "Carrizo, Carlos A. s/ recurso de casación" (causa N° 1876/2013/T02/CFC1, reg. N° 1403/18, rta. el 19/10/2018); y "Gulisano, Héctor F. s/ recurso de casación" (causa N° CPE 36/2013/T01/6/CFC1, reg. N° 1382/18, rta. el 18/10/2018).

En tales condiciones, corresponde habilitar la vía recursiva.

En merito a las consideraciones efectuadas, el Tribunal, por mayoría, resuelve: Declarar inadmisible la queja por recurso de casación denegado deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 478, 530 y cc. del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envió. — *Alejandro W. Slokar.* — *Carlos A. Mahiques* (en disidencia). — *Guillermo J. Yacobucci.*

RECURSO DE CASACIÓN

Consideración de las circunstancias existentes al momento de su tratamiento.

Resulta un principio ineludible en la teoría de los recursos aquel que ordena que las presentaciones recursivas sean resueltas de conformidad con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su interposición.

CFCasación Penal, sala I, 26/02/2021. - S. B., H. C. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3662/2021]

FSM 25125/2020/1/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 26 de 2021.

Considerando:

I. Que el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Tres de Febrero, Provincia de Buenos Aires, en fecha 23 de octubre de 2020, resolvió: "(D)enegar la excarcelación a H. C. S. B. bajo cualquier tipo de caución en el presente sumario FSM 25125/2020 (arts. 316, 317 *a contrario sensu* y art. 319 del CPPN y art. 221, inc. 'b', del CPPF)".

II. Que contra esa decisión, la defensa pública oficial del nombrado interpuso el recurso de casación a estudio, el que fue concedido por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Tres de Febrero en fecha 5 de noviembre de 2020.

III. Llegado el momento de resolver, corresponde recordar que, según jurisprudencia inveterada de nuestro máximo Tribunal de Justicia, resulta un principio ineludible en la teoría de los recursos aquel que ordena que las presentaciones recursivas sean resueltas de conformidad con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su interposición (cfr. Fallos: 285:353, 310:819 y 315:584, entre muchos otros).

En la misma línea, es criterio de esta Cámara que sus decisiones deben atender a las circunstancias existentes al momento de su pronunciamiento, aunque sean distintas a las verificables en oportunidad

de la interposición del recurso respectivo (cfr. de esta Sala, causas FCT 10809/2018/1/CFC1, caratulada "Ramírez Ramos, Carlos G. s/ recurso de casación", rta. el 22/11/2019, Reg. 2068/19; FRO 009491/2013/TO01/7/CFC004, caratulada "Tabares, Darío H. O. s/ legajo de casación", rta. el 05/11/2019, Reg. 1981/19; CPE 16/2016/TO2/42/CFC25, caratulada "Tolos, Matías S. s/ recurso de casación", rta. el 01/11/2019, Reg. 1968/19; entre muchas otras).

IV. Ahora bien, cabe señalar que, mediante Oficio Electrónico Judicial N° 1470328 remitido por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Tres de Febrero, Secretaría N° 3, al que tuvimos acceso a través del Sistema de Gestión Judicial LEX100, se comunicó a esta Cámara acerca de la excarcelación concedida a S. B., en fecha 23 de diciembre de 2020, en el expediente: FSM 25125/2020/4 —Incidente N° 4 Imputado: "S. B., H. C. s/ incidente de excarcelación"—.

V. En virtud de lo expuesto, atento a que el planteo en estudio ha perdido virtualidad, la cuestión sometida a inspección jurisdiccional se ha tornado abstracta, lo que así debe declararse.

Por ello, el Tribunal resuelve: Declarar abstracto el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de H. C. S. B. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ana M. Figueroa. — Daniel A. Petrone. — Diego G. Barroetaveña.*

RECURSO DE CASACIÓN

Requisitos. Existencia de sentencia definitiva o equiparable. Existencia de cuestión federal. Denegación.

> Debe confirmarse el criterio denegatorio del recurso de casación interpuesto contra la sentencia que decretó la nulidad del procesamiento del imputado por los delitos de abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público, pues el recurrente no logra rebatir lo expuesto por el tribunal de mérito en punto a que el pronunciamiento recurrido no reviste el carácter de sentencia definitiva ni equiparable a tal. Por lo demás, no se ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de la Cámara de Casación como tribunal intermedio.

CFCasación Penal, sala II, 25/02/2021. - D., N. s/ recurso de queja.

[Cita on line: AR/JUR/3809/2021]

Causa N° CFP 4730/2019/16/RH1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Ciudad declaró la nulidad de la decisión del juez instructor que dispuso el procesamiento de N. D. por el delito de abuso de autoridad y violación de deberes de funcionario público (art. 248 del CP), trabando un embargo de $100.000.000 (cien millones de pesos) sobre sus bienes (art. 518, CPPN).

Contra dicho pronunciamiento dedujo recurso de casación la querella (UIF), cuya denegatoria motivó la presentación directa en estudio.

2°) Que habrá de confirmarse el criterio denegatorio, pues el recurrente no logra rebatir lo expuesto por el tribunal de mérito en punto a que el pronunciamiento recurrido no reviste el carácter de sentencia definitiva ni equiparable a tal (art. 457 del CPPN).

Por lo demás, no se ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio, en los términos de la doctrina establecida por el Alto Tribunal in re "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

En mérito a las consideraciones efectuadas, el Tribunal resuelve: Declarar inadmisible la queja deducida por la querella, con costas (arts. 478, 530 y cc. del CPPN). Regístrese, comuníquese, hágase saber y, remítase al tribunal de origen mediante pase digital, quien practicará las notificaciones que correspondan. Sirva lo proveído de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar. — Carlos A. Mahiques. — Guillermo J. Yacobucci.*

RECURSO DE CASACIÓN

Requisitos. Existencia de sentencia definitiva o equiparable. Existencia de cuestión federal. Denegación.

> Debe confirmarse el criterio denegatorio del recurso de casación interpuesto contra la sentencia que decretó la nulidad del proce-

samiento de los imputados por el delito de defraudación infiel en perjuicio de la administración pública, pues el recurrente no logra rebatir lo expuesto por el tribunal de mérito en punto a que el pronunciamiento recurrido no reviste el carácter de sentencia definitiva ni equiparable a tal. Por lo demás, no se ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de la Cámara de Casación como tribunal intermedio.

CFCasación Penal, sala II, 25/02/2021. - I., J. y otro.

[Cita on line: AR/JUR/3808/2021]

Causa N° CFP 4730/2019/17/RH2

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Ciudad declaró la nulidad de la decisión del juez instructor que procesó a J. A. I. y B. S. F. como coautores del delito de defraudación por administración infiel en perjuicio de la administración pública (art. 173 inc. 7° y art. 174 inc. 5° del CP), trabando un embargo de$500.000.000 (quinientos millones de pesos) sobre sus bienes (art. 518, CPPN).

Contra dicho pronunciamiento dedujo recurso de casación la querella (UIF), cuya denegatoria motivó la presentación directa en estudio.

2°) Que habrá de confirmarse el criterio denegatorio, pues el recurrente no logra rebatir lo expuesto por el tribunal de mérito en punto a que el pronunciamiento recurrido no reviste el carácter de sentencia definitiva ni equiparable a tal (art. 457 del CPPN).

Por lo demás, no se ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio, en los términos de la doctrina establecida por el Alto Tribunal in re "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

En mérito a las consideraciones efectuadas, el Tribunal resuelve: Declarar inadmisible la queja deducida por la querella, con costas (arts. 478, 530 y cc. del CPPN). Regístrese, comuníquese, hágase saber y, remítase al tribunal de origen mediante pase digital, quien practicará las notificaciones que correspondan. Sirva lo proveído de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar. — Carlos A. Mahiques. — Guillermo J. Yacobucci.*

RECURSO DE REVISIÓN

Finalidad. Requisitos. Iniquidad manifiesta. Cuestionamiento de una multa. Inadmisibilidad.

1. — El recurso de revisión es inadmisible, ya que el intento de modificar el fallo condenatorio en cuanto al monto de multa padece de insuficiencia argumental si, como en el caso, el presentante se remite a argumentaciones propias de un recurso de casación. Ello, pues las cuestiones propuestas no pueden adecuarse a los requerimientos de evidencia que rigen el art. 479, inc. 4° del Cód Proc. Penal, en tanto el planteo de la parte no resultan una derivación de hechos nuevos y desconocidos al momento de la sentencia.

2. — El recurso de revisión no se trata de un nuevo recurso ordinario para impugnar la condena, sino que es un remedio de carácter excepcionalísimo con aptitud de remover una decisión penal pasada en autoridad de cosa juzgada, solo justificado ante situaciones que enfrentan una iniquidad manifiesta y que deben derivar necesariamente de las exclusivas previsiones del art. 479 del ritual.

CFCasación Penal, sala II, 25/02/2021. - A., V. L. s/ recurso de revisión.

[Cita on line: AR/JUR/3807/2021]

Causa N° CPE 873/2016/TO1/13/RH4

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

Considerando:

1°) Que, la defensa de V. L. A. deduce recurso de revisión contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3, que en cuanto aquí interesa, condenó a la nombrada al pago de la "multa de pesos ocho millones quinientos tres mil doscientos cuarenta y tres con 20/100 ($8.503.243,20) —art. 303 inc. 1° del CP—".

2°) Que con invocación del art. 479, inc. 4 del CPPN, el presentante entendió que "fueron secuestrados (U$S115.848) y existe un hecho nuevo cual es la nueva cotización del dólar, que indudablemente modifica por tratarse de un tipo de cambio legal, la situación de la pena de multa impuesta".

Señala que "al aplicarse una condena en el año 2018, se tomó un índice cambiario regulado por ley, distinto al del secuestro efectuado en el año 2016" y que "De hecho el valor de la pena aplicada el 10 de

diciembre de 2018 por la suma de ($8.503.243,20) es correspondiente con una cotización de un dólar a ($36,70), es decir sin duda alguna que en ese acto jurisdiccional, se aplicó una pena conforme una ley más gravosa, a un hecho anterior contradiciendo la irretroactividad de la ley penal, en otros términos se aplicó una pena más grave sobre un hecho anterior".

Explicó que "la realidad es que el valor de la moneda extranjera a la comisión del hecho era de ($14,91) conforme BNA, a la fecha de la condena el valor era de ($36,70) y al día de la fecha cerró en (60,00), sin embargo la aplicación de la multa se tradujo en pesos, por el mínimo previsto por el art. 303, inc. 1 del CP equivalente a dos veces el valor de la operación objeto de autos, cuyo monto a la cotización del dólar de ese día era de ($36,70, conf. http//www.bna.com.ar)".

Agregó que "conforme a la figura penal elegida por la Fiscalía y aceptada por los imputados, el delito ha quedado excluido de la aplicación en términos de la ley 22.415, por lo que en términos de la ley aduanera, el dólar podría haber asumido bajo ciertas reservas el concepto de mercadería, sin embargo, ante la aplicación de la figura legal propuesta, el dólar es un medio de pago y un bien de cambio equiparable a cualquier título que produzca frutos, sujeto a variables económicas y a leyes cambiarias".

A su entender, "de hecho en la condena se aplica un tipo de cambio distinto al existente al momento de la comisión del hecho, lo que implica indefectiblemente, el haber agravado la situación del imputado en cuanto a la pena accesoria en mérito de leyes accesorias a la ley penal, como lo es en la aplicación de multa por el secuestro de dólares, retrotraer un cambio a ($36,70) cuando la comisión del delito implicaba una pena accesoria traducida al cambio en esa fecha de ($14,91)".

En definitiva, afirma que "la deuda de mi cliente y sus consortes de causa frente al Estado es de ($3.454.587,36) tomada legalmente al tipo de cambio al día de la comisión del hecho".

3°) Que las consideraciones efectuadas por el impugnante no reúnen los requisitos previstos en el art. 479 del CPPN, por no encuadrar en ninguno de sus supuestos.

Al efecto, resulta oportuno recordar que el recurso de revisión no se trata de un nuevo recurso ordinario para impugnar la condena, sino que es un remedio de carácter excepcionalísimo —con aptitud de remover una decisión penal pasada en autoridad de cosa juzgada— solo justificado ante situaciones que enfrentan una iniquidad manifiesta y que deben derivar necesariamente de las exclusivas previsiones del art. 479 del ritual —lo que no se da en el presente—.

Así, las condiciones que dan sustento a esta vía, requieren como presupuesto que el remedio se funde en la aparición de nuevos elementos o evidencias, obtenidos con posterioridad al pronunciamiento condenatorio, por ser antes desconocidos o por derivar de acontecimiento producidos luego del pronunciamiento impugnado, que por sí o solos o unidos a los ya examinados modifiquen sustancialmente la situación procesal del nocente (Sala I, causa N° 58/93, "Antón, Juan Carlos s/ rec. de revisión", rta. el 11/11/1993, entre otras; Sala II, causa N° 25 "Pavón, Roberto O.", rta. 09/11/1993 y Sala III, causa N° 232 "Bruncini, Héctor A. s/ rec. de revisión", Reg. N° 130, rta. 06/10/1994).

En tal inteligencia, el intento de modificar el fallo condenatorio en cuanto al monto de multa padece de insuficiencia argumental si, como en el caso, el presentante se remite a argumentaciones propias de un recurso de casación. Ello, pues las cuestiones propuestas no pueden adecuarse a los requerimientos de evidencia que rigen el invocado art. 479 inc. 4° del CPPN, en tanto el planteo de la parte no resultan una derivación de hechos nuevos y desconocidos al momento de la sentencia.

En razón de lo expuesto, dado el carácter excepcional del remedio interpuesto, que impone un temperamento particularmente restrictivo para examinar su procedencia, y toda vez que el recurso intentado no cumple con los recaudos previstos en el digesto ritual, corresponde declarar inadmisible el recurso de revisión interpuesto.

En mérito a las consideraciones efectuadas, el Tribunal resuelve: Declarar inadmisible el recurso de revisión articulado, con costas (arts. 482, 530 y cc. del CPPN). Regístrese, comuníquese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones al tribunal de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar. — Carlos A. Mahiques. — Guillermo J. Yacobucci.*

RECURSO DE CASACIÓN

Requisitos. Existencia de sentencia definitiva o equiparable. Existencia de cuestión federal. Denegación.

Debe confirmarse el criterio denegatorio del recurso de casación interpuesto contra la sentencia que decretó la nulidad del procesamiento del imputado por el delito de de-

fraudación infiel en perjuicio de la administración pública, pues el recurrente no logra rebatir lo expuesto por el tribunal de mérito en punto a que el pronunciamiento recurrido no reviste el carácter de sentencia definitiva ni equiparable a tal. Por lo demás, no se ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de la Cámara de Casación como tribunal intermedio.

CFCasación Penal, sala II, 25/02/2021. - D., G. s/ recurso de queja.

[Cita on line: AR/JUR/3806/2021]

Causa N° CFP 4730/2019/18/RH3

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Ciudad declaró la nulidad de la decisión del juez instructor que procesó a G. D. como coautor del delito de defraudación por administración infiel en perjuicio de la administración pública (art. 173 inc. 7° y art. 174 inc. 5° del CP), trabando un embargo de $500.000.000 (quinientos millones de pesos) sobre sus bienes (art. 518, CPPN).

Contra dicho pronunciamiento dedujo recurso de casación la querella (UIF), cuya denegatoria motivó la presentación directa en estudio.

2°) Que habrá de confirmarse el criterio denegatorio, pues el recurrente no logra rebatir lo expuesto por el tribunal de mérito en punto a que el pronunciamiento recurrido no reviste el carácter de sentencia definitiva ni equiparable a tal (art. 457 del CPPN).

Por lo demás, no se ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio, en los términos de la doctrina establecida por el Alto Tribunal in re "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

En mérito a las consideraciones efectuadas, el Tribunal resuelve: Declarar inadmisible la queja deducida por la querella, con costas (arts. 478, 530 y cc. del CPPN). Regístrese, comuníquese, hágase saber y, remítase al tribunal de origen mediante pase digital, quien practicará las notificaciones que correspondan. Sirva lo proveído de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar. — Carlos A. Mahiques. — Guillermo J. Yacobucci.*

RECURSO DE CASACIÓN

Requisitos de la expresión de agravios. Mera disconformidad. Existencia de doble conformidad judicial. Inadmisibilidad. Disidencia.

1. — El recurso de casación interpuesto contra la resolución que sobreseyó a los imputados por el delito de evasión impositiva es inadmisible, ya que el recurrente limitó la expresión de sus agravios a meros juicios discrepantes con el decisorio cuya impugnación postula, todo lo cual no alcanza para desvirtuar el razonamiento que sobre el particular realizó la Cámara y cuyos fundamentos no logra rebatir. Asimismo, el pronunciamiento atacado ha sido dictado por la Cámara de Apelaciones en su carácter de órgano revisor de las resoluciones emanadas de los magistrados, es decir que en el caso existe doble conformidad judicial. Finalmente, el impugnante no ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de la Cámara de Casación como tribunal intermedio.

2. — Corresponde habilitar la instancia recursiva, ya que la presentación reúne los requisitos de admisibilidad formal previstos en el art. 463 y cc. del Cód. Proc. Penal (del voto en disidencia del Dr. Mahiques).

CFCasación Penal, sala II, 25/02/2021. - Genox Argentina SA y otros s/ recurso de queja.

[Cita on line: AR/JUR/3805/2021]

Causa N° CPE 963/2019/1/RH1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

Los doctores *Slokar y Yacobucci* dijeron:

1°) Que la Sala "B" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de esta Ciudad confirmó el pronunciamiento del juez instructor que dispuso "...sobreseer en la presente causa a L. A. G. ... y a Genox Argentina SA...en orden a la presunta evasión del pago del impuesto al Valor Agregado y del impuesto a las Ganancias correspondientes al ejercicio 2015 de Genox Argentina SA [cuyos montos ascienden a $419.305,94 y $698.843,10, respectivamente],por cuanto los hechos mencionados no encuadran en una figura legal...".

Contra dicho pronunciamiento dedujo recurso de casación el representante del Ministerio Público Fiscal, cuyo rechazo motivó la presentación directa en estudio.

2°) Que, aunque por otros motivos, el recurso de casación interpuesto resulta inadmisible, y en consecuencia habrá de confirmarse su denegatoria.

Ello pues el recurrente limita la expresión de sus agravios a meros juicios discrepantes con el decisorio cuya impugnación postula, todo lo cual no alcanza para desvirtuar el razonamiento que sobre el particular realizó la Cámara y cuyos fundamentos no logra rebatir.

Asimismo, el pronunciamiento atacado ha sido dictado por la Cámara de Apelaciones en su carácter de órgano revisor de las resoluciones emanadas de los magistrados, es decir que en el caso existe doble conformidad judicial.

Finalmente, en las condiciones expuestas, el impugnante no ha argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal, que habilite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio, en los términos de la doctrina establecida por el Alto Tribunal in re "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

El doctor *Mahiques* dijo:

La presentación en trato reúne los requisitos de admisibilidad formal previstos en el art. 463 y cc. del CPPN, conforme los lineamientos que expuse al votar en la Sala III de esta Cámara, *in re* "Carrizo, Carlos A. s/ recurso de casación" (causa N° 1876/2013/T02/CFC1, reg. N° 1403/18, rta. el 19/10/2018); y "Gulisano, Héctor F. s/ recurso de casación" (causa N° CPE 36/2013/T01/6/CFC1, reg. N° 1382/18, rta. el 18/10/2018).

En tales condiciones, corresponde habilitar la vía recursiva.

En merito a las consideraciones efectuadas, el tribunal, por mayoría, resuelve: Declarar inadmisible la queja por recurso de casación denegado deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 478, 530 y cc. del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envió. — *Alejandro W. Slokar.* — *Carlos A. Mahiques* (en disidencia). — *Guillermo J. Yacobucci.*

CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Necesidad de resolver los recursos conforme las circunstancias existentes al momento de su tratamiento. Concesión de la libertad condicional. Cuestión abstracta.

Toda vez que resulta ineludible que los recursos sean resueltos de conformidad con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su interposición, y, en el caso, el tribunal resolvió conceder la libertad condicional al imputado, deviene inoficioso pronunciarse en punto a la cuestión planteada, consistente en el plazo de la pena.

CFCasación Penal, sala II, 25/02/2021. - T., C. O. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3804/2021]

Causa N° FRO 23.772/2014/TO1/115/2/CFC28

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

Considerando:

1°) Que con fecha 17 de septiembre del año 2020, el Tribunal Oral Federal de Rosario N° 3 a cargo de la ejecución penal, resolvió: "I) Reducir en dos (2) meses los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario aplicable a C. O. T., de conformidad a lo dispuesto en el inciso c) del art. 140 de la ley 24.660". Contra dicho pronunciamiento la defensa oficial interpuso recurso de casación, que fue concedido y mantenido en la instancia.

2°) Que resulta ineludible principio en la teoría de los recursos el que ordena que sean resueltos de conformidad con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su interposición (Fallos: 285:353; 310:819; 331:2628, entre muchos otros).

En ese sentido, siendo que el Tribunal Oral Federal de Rosario N° 3, con fecha 29 de enero ppdo., resolvió conceder la libertad condicional a C. O. T. (cfr. Actuaciones Lex), deviene inoficioso pronunciarse en punto a la cuestión planteada, por lo que corresponde declarar abstracto el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, lo que así se resuelve. Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase mediante pase digital a su origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar.* — *Carlos A. Mahiques.* — *Guillermo J. Yacobucci.*

REINCIDENCIA

Apartamiento del acuerdo abreviado. Pronunciamiento *ultra petita*. Disidencia.

1. — El tribunal de juicio carece de facultades para expedirse con relación a cuestiones que no integran el acuerdo celebrado y, por lo tanto, resultan ajenas al marco del procedimiento previsto en el art. 431 bis del código de forma. La introducción unilateral de cuestiones de toda índole, en este caso la declaración de reinci-

dencia del imputado por parte del tribunal conduce a una falta de congruencia entre los términos del acuerdo suscripto y la sentencia dictada y, en definitiva, a un pronunciamiento *ultra petita* que, no puede sostenerse como acto jurisdiccional válido.

2. — La reincidencia es una circunstancia que depende de la verificación de ciertos hechos, y justamente por ello, los datos necesarios para que se configure y su correspondiente valoración jurídica a la luz de las disposiciones legales debe ser, introducida en la propuesta del acuerdo abreviado, sin que sea posible su posterior debate, evitando, de ese modo, perjudicar la situación del imputado.

3. — Una vez arribado el acuerdo entre las partes, correspondía al a quo homologarlo tal como había sido acordado por las partes, en el entendimiento de que ese era el límite de su jurisdicción o bien, si consideraba que la propuesta de juicio abreviado era deficiente por no haberse acordado una condición necesaria para su procedencia, como en el sub examine lo era la declaración de reincidencia, optar por rechazarlo por carecer de las consecuencias legales ineludibles.

4. — La existencia o no de reincidencia no es constituida por la sentencia de condena, en la medida que ella simplemente está sujeta a la constatación de los presupuestos que la conforman y su declaración puede hacerse en la sentencia condenatoria o incluso con posterioridad a ella (del voto en disidencia del Dr. Yacobucci).

5. — En tanto la reincidencia no es una pena sino un estado en función de la previa comisión de un delito por el cual se cumplió pena en calidad de condenado de forma total o parcial, la jurisdicción no se encuentra delimitada por no haber sido acordado entre las partes (del voto en disidencia del Dr. Yacobucci).

CFCasación Penal, sala II, 25/02/2021. - I., R. A. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3803/2021]

Causa N° FCB 2471/2020/TO1/CFC2

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

El doctor *Mahiques* dijo:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba, provincia homónima, el 18 de septiembre de 2020, condenó a R. A. I. a la pena de cinco (5) años de prisión, multa de cuarenta y cinco (45) unidades fijas, accesorias legales y costas del juicio, como autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, declarándolo reincidente (arts. 5, inc. "c" de la ley 23.737, 40, 41, 45, 50 del CP; 530 y 531 del CPPN). A su vez, unificó dicha sanción con la de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, multa de pesos ochocientos ($800), dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta en la causa N° FSA 14295/2015/TO1, el 17 de mayo del año 2016, e impuso la pena única de siete (7) años y tres (3) meses de prisión y multa de cuarenta y cinco (45) unidades fijas, más la declaración de reincidencia.

Contra esa decisión, la defensa pública oficial del nombrado interpuso recurso de casación, que fue concedido por el tribunal *a quo* el 7 de octubre de ese mismo año.

II. El recurrente fundó sus agravios de conformidad con lo dispuesto en los arts. 456, incisos 1° y 2°, y 457 del CPPN Sostuvo que la sentencia impugnada carecía de la debida fundamentación, exigida por el art. 123 del código mencionado, por lo que no podía ser considerada como acto jurisdiccional válido.

Expresó, en lo medular, que el tribunal al declarar reincidente a I., en los términos del art. 50 del ordenamiento de fondo, se excedió en las facultades que le eran propias. En ese orden de ideas, destacó que, en el acuerdo de juicio abreviado celebrado entre las partes, y presentado ante dicho órgano jurisdiccional, la reincidencia no se encontraba pactada y que en la audiencia de visu llevada a cabo, expresamente el fiscal general y esa defensa, consideraron que, en el caso, no resultaba procedente su aplicación.

Remarcó, sobre el punto, que el *a quo* no se encontraba habilitado para ir más allá de la pretensión fiscal, en tanto es la solicitud de aquel la que impone el límite que tiene el órgano jurisdiccional para pronunciarse.

Adujo el recurrente que el proceder del tribunal de grado importó una vulneración a la garantía de imparcialidad, al debido proceso penal y a la de defensa en juicio (artículo 18 CN), toda vez que no se resguardó la congruencia del pronunciamiento con la base fáctica que fue objeto del acuerdo.

Manifestó, por último, que dicha decisión tenía graves implicancias en lo referido al cumplimiento de la pena, en tanto imposibilitaba a I. acceder al régimen de libertad condicional.

Hizo reserva del caso federal.

III. Durante el término de oficina previsto por los arts. 465 y 466 del CPPN se presentó el defensor oficial ante esta instancia y solicitó que se haga lugar al recurso de casación en trato, se case la sentencia, y se

deje sin efecto la declaración de reincidencia dispuesta respecto de I. Solicitó, además, que en caso contrario, se exima del pago de costas a su defendido.

El representante del Ministerio Público Fiscal, a su turno, entendió que la declaración de reincidencia no se encuentra prevista como circunstancia susceptible de convenio, lo que evidenciaba que, en el presente caso, el tribunal no se extralimitó en sus funciones, sino que resolvió de conformidad con lo dispuesto en el art. 50 del código sustantivo. Por dicho motivo, solicitó se rechace el recurso de casación y, en consecuencia, se confirme la resolución impugnada.

El día 23 del corriente mes y año, se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del CPPN.

Así pues, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

IV. El recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456 del CPPN es formalmente admisible, toda vez que del estudio de las cuestiones sometidas a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 ibidem.

V. En las presentes actuaciones se le atribuyó a R. A. I. haber transportado, el 20 de febrero de 2020, desde la provincia de Tucumán —con destino a la ciudad de Córdoba— 4987,5 gramos de cocaína acondicionada en cinco paquetes rectangulares envueltos en cinta.

Una vez radicadas las actuaciones en el *a quo*, conforme surge del acta de juicio abreviado celebrado el 13 de agosto de 2020 y suscripto por el Auxiliar Fiscal de la Fiscalía General N° 2 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba, doctor Gustavo A. Yofre, el imputado R. A. I. y la Defensora Pública Oficial Coadyuvante, doctora Evangelina Pérez Mercau, se solicitó se imponga al imputado la pena de cinco (5) años de prisión, multa de cuarenta y cinco (45) unidades fijas, accesorias legales y costas del juicio, la que debiera ser unificada con la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión impuesta en la causa N° FSA14295/15 de fecha 17 de mayo de 2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, en la pena única de siete (7) años y tres (3) meses de prisión y multa de cuarenta y cinco (45) unidades fijas; más la imposición de las costas del juicio.

En ocasión de celebrarse la audiencia de visu (art. 431 bis, tercer párrafo) el imputado y su defensa ratificaron la conformidad prestada oportunamente con el auxiliar fiscal respecto a la existencia del hecho imputado, su participación en él y la calificación legal propuesta. Allí, el *a quo*, habida cuenta que I. registraba un antecedente condenatorio, corrió traslado a las partes, a los efectos de que se expidan sobre su posible declaración de reincidencia.

El fiscal sostuvo la improcedencia de la aplicación del art. 50 CP en el caso, lo que fue acompañado por la defensa oficial, quien agregó que una resolución adversa por parte del órgano jurisdiccional implicaría una vulneración al principio acusatorio, en tanto el límite del tribunal para condenar, resultaba ser la pena solicitada en el acuerdo presentado.

De seguido, al homologar el acuerdo de juicio abreviado, el *a quo* resolvió imponer a I. la pena acordada por las partes en la referida acta, con más la declaración de reincidencia, cuestión esta última que, como se mencionó precedentemente, no había sido pactada.

Para así resolver, sostuvo que nuestro Máximo Tribunal acuñaba la tesis conforme la cual a los efectos de la declaración de reincidencia solo se requiere el antecedente objetivo de que la pena impuesta se haya cumplido total o parcialmente, independientemente de su duración (Fallos: 311:1209).

Agregó el sentenciante que la correcta interpretación de la expresión "cumplimiento" del párrafo final del art. 50 CP no puede aludir al "cumplimiento total" de la pena impuesta en la sentencia anterior, como lo pretendía el fiscal con adhesión de la defensa técnica, "porque ello implicaría desvirtuar el sistema de ese mismo artículo, cuyo primer párrafo expresamente se refiere a que el condenado hubiere cumplido 'total o parcialmente' pena privativa de libertad".

En efecto, en tanto surgía del informe remitido por el Registro Nacional de Reincidencia, que I. cumplió pena como condenado en el marco de una causa anterior, correspondía concluir que existiendo cumplimiento parcial de la pena en los términos del art. 50 CP, resultaba correcta la declaración de reincidencia. Remarcó, a modo de conclusión, que ello no importaba la alegada vulneración al principio acusatorio, toda vez que dicha declaración es una obligación impuesta por el Código Penal y que, por lo demás, tampoco se había solicitado, en el caso, su declaración de inconstitucionalidad.

VI. Conforme sostuve en anteriores precedentes (cfr. causa N° CCC 58887/2013/TO1/CNC1, Antonio, Franco s/ encubrimiento, rta. el 29 de junio 2016; reg. N° 667/2016 y causa N° CCC 2020/2015/TO1/CNC1, De María Rincones, Emanuel y otros s/ robo en poblado y en banda, rta. el 19 de septiembre de 2016; reg. N° 726/2016, ambas como juez integrante de la Sala

III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional), en supuestos como el presente, el tribunal de juicio carece de facultades para expedirse con relación a cuestiones que, en lo que aquí interesa, no integran el acuerdo celebrado y, por lo tanto, resultan ajenas al marco del procedimiento previsto en el art. 431 bis del código de forma. La introducción unilateral de cuestiones de toda índole, en este caso la declaración de reincidencia de I. por parte del tribunal, conduce a una falta de congruencia entre los términos del acuerdo suscripto y la sentencia dictada y, en definitiva, a un pronunciamiento ultra petita que, en este punto, no puede sostenerse como acto jurisdiccional válido. Precisamente esta situación se verifica en el caso conforme fue reseñado en el apartado precedente.

Es que, la reincidencia es una circunstancia que depende de la verificación de ciertos hechos, y justamente por ello, los datos necesarios para que se configure y su correspondiente valoración jurídica a la luz de las disposiciones legales debe ser, en casos como el presente, introducida en la propuesta, sin que sea posible su posterior debate, evitando, de ese modo, perjudicar la situación del imputado.

Así entonces, una vez arribado el acuerdo entre las partes, correspondía al *a quo* homologarlo —de ajustarse a las pautas legales— tal como había sido acordado por las partes, en el entendimiento de que ese era el límite de su jurisdicción o bien, si consideraba que la propuesta de juicio abreviado era deficiente por no haberse acordado una condición necesaria para su procedencia, como en el *sub examine* lo era la declaración de reincidencia, optar por rechazarlo por carecer de las consecuencias legales ineludibles.

Llevo dicho, en casos como el presente, que el órgano jurisdiccional que va a dictar la resolución, debe asegurarse de que las condiciones legales que se derivan de ella se encuentren incluidas en los términos del acuerdo, indicando, en un primer control, lo que fuera menester para evitar un rechazo automático por no cubrir ese aspecto o, directamente, rechazar el acuerdo cuando se disponga de ellas en forma ilegal o cuando consideren que lo pactado sobrepasó las facultades de la fiscalía para condicionar la decisión. Resulta prudente destacar que no pueden incluirse mayores consecuencias en perjuicio del imputado, que las pactadas por la fiscalía con él, como en este caso resulta la declaración de reincidencia (cfr. entre muchas otras, causa N° FSA 5792/2017/TO1/CFC2 Blanco Ramos, Petrona y otros s/ recurso de casación, reg. N° 1040/18, rta. el 29 de agosto de 2018, Sala III de este Tribunal).

Por ello, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa y, en consecuencia, casar y anular parcialmente la decisión recurrida, en lo referido a la declaración de reincidencia de R. A. I., la que se deja sin efecto, sin costas en la instancia (arts. 50 CP y 471, 530 y 531 del CPPN).

El doctor *Slokar* dijo:

Que en las circunstancias de la especie, comparte en lo sustancial la solución que propicia al acuerdo el colega preopinante.

Así lo voto.

El doctor *Yacobucci* dijo:

En las particulares circunstancias del caso, habré de dejar sentada mi disidencia con los colegas que me preceden en el orden de votación. Ello, en tanto entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial debe ser rechazado.

Cabe memorar que en las presentes actuaciones las partes presentaron un acuerdo de juicio abreviado y, realizada que fuera la correspondiente audiencia de visu, el tribunal dictó sentencia condenatoria y declaró la reincidencia de I., aun cuando esto último no había sido objeto de acuerdo entre las partes y que, también, se habían opuesto a su declaración en ocasión de celebrar la audiencia ya referida.

Al respecto, en la resolución recurrida se sostuvo que "la correcta interpretación de la expresión 'cumplimiento' del párrafo final del art. 50 CP no puede aludir a 'cumplimiento total' de la pena impuesta en la sentencia anterior —como pretende en autos el Señor Auxiliar Fiscal con adhesión de la Señora defensora técnica— porque ello implicaría desvirtuar el sistema de ese mismo artículo, cuyo primer párrafo expresamente se refiere a que el condenado hubiere cumplido 'total o parcialmente' pena privativa de libertad. Sobre esta base, toda vez que, conforme surge del Informe del Registro Nacional de Reincidencia, I. cumplió pena como condenado en el marco de la causa decidida por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, corresponde concluir que existiendo cumplimiento parcial de la pena en los términos del art. 50 CP, es correcta la declaración de reincidencia".

Considero que lo resuelto por el tribunal de origen, aun cuando no había sido pactado por las partes, no implica que se trascendiera de manera ilegal el acuerdo suscripto en los términos del art. 431 bis del CPPN. Ello, en tanto la existencia o no de reincidencia no es constituida por la sentencia de condena, en la medida que ella simplemente está sujeta a la constatación de los presupuestos que la conforman y su declaración puede hacerse en la sentencia condenatoria o incluso con posterioridad a ella.

La constatación de reincidencia no tiene, según el art. 50 CP, ninguna incidencia modificadora del marco penal, sino que se refiere únicamente al modo de ejecución de la pena fijada con referencia a un marco penal que permanece inalterado y que abarca por igual hechos cometidos por agentes que no son considerados por la ley como reincidentes (confr. causa N° 12.211, "Actis, Miguel Ángel s/ recurso de inconstitucionalidad", ya citada), y sus efectos se operan con independencia de que el Ministerio Público Fiscal hubiese promovido esa constatación.

En ese orden de ideas, es menester poner de resalto que la declaración de reincidencia en la sentencia de condena no implicó una agravación de la pena impuesta —nótese que el tribunal impuso la misma pena que habían solicitado las partes en el acuerdo de juicio abreviado—, sino, en todo caso, una verificación que eventualmente podrá tener efecto sobre la modalidad de su ejecución.

De esta manera, en tanto la reincidencia no es una pena (art. 5, CP) sino un estado en función de la previa comisión de un delito por el cual se cumplió pena en calidad de condenado de forma total o parcial (art. 50, CP), la jurisdicción no se encuentra delimitada por no haber sido acordado entre las partes. Antes bien, en el caso de que el tribunal constate los presupuestos para su declaración, así debe hacerlo.

Ello es lo que ocurrió en autos pues el tribunal, al advertir el antecedente condenatorio de I., dio la debida intervención a las partes sobre este punto y resolvió de forma ajustada a derecho.

Finalmente, resta señalar que, aun en el marco de un sistema acusatorio de derecho, la jurisdicción no puede verse limitada en función de una posición fiscal que desatiende la exigencia de que sus requerimientos sean motivados (art. 69 del CPPN y 90 del CPPF). En efecto, se advierte en el caso que la postura asumida por el acusador público en la instancia de origen no se adecua a la legislación vigente.

Por lo demás, corresponde resaltar que el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara de Casación, doctor Mario A. Villar, en ocasión de dictaminar en el término de oficina, postuló el rechazo del recurso de casación de la defensa y, de conformidad con lo que aquí se sustenta, indicó que "la condición de reincidente configura un estado o una situación de hecho que surte efectos sin necesidad de declaración alguna. La sentencia que eventualmente la contenga no es constitutiva sino meramente declarativa de ese estado" y continuó "el tribunal de la instancia anterior no hizo más que plasmar en la resolución un estado ya adquirido por el condenado que resulta de la comprobación de las condiciones de hecho establecidas en el art. 50 del CP".

En virtud de lo expuesto, propicio al acuerdo, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de I., sin costas (arts. 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN).

Así voto.

En mérito a la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: Hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa y, en consecuencia, casar y anular parcialmente la decisión recurrida, únicamente en lo referido a la declaración de reincidencia de R. A. I., la que se deja sin efecto, sin costas en la instancia (arts. 50 CP y 471, 530 y 531 del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar.* — *Carlos A. Mahiques.* — *Guillermo J. Yacobucci* (en disidencia).

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES

Valoración crítica de la prueba. Determinación de la pena. Unificación de la pena. Decomiso. Reincidencia. Deber de fundamentar las sentencias. Anulación de la absolución.

1. — El plexo probatorio colectado, razonadamente analizado por los integrantes del tribunal a quo, conforma un conjunto de elementos serios, precisos y concordantes que conjuntamente analizados sustentan debidamente el resultado condenatorio arribado y la significación jurídica escogida respecto del delito de comercialización de estupefacientes.

2. — La graduación de la pena solo compete —como principio y salvo manifiesta arbitrariedad— al tribunal de mérito en la medida en que importa la ponderación de situaciones tales como la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño y el peligro causado, las condiciones personales del autor, su educación, costumbres y las circunstancias de tiempo, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

3. — La falta de apego a las normas sociales de convivencia y el respeto al orden jurídico resulta una circunstancia incuestionable para quien,

al encontrarse cumpliendo condena, insiste en una conducta al margen de la ley.

4. — Si la comisión del hecho es anterior al dictado de la primera sentencia firme, habrá una unificación de condenas, mientras que, si es posterior a la firmeza del primer fallo, pero anterior a su vencimiento, se tratará de una unificación de penas. Se exige, como presupuesto para la unificación, que luego de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto.

5. — El art. 58, Cód. Penal, consagra y garantiza la unidad de la pena en todo el país, evita que un individuo condenado reiteradamente, pero en distintas jurisdicciones o épocas sucesivas, quede sometido a un régimen punitivo plural.

6. — Si bien la legislación admite el decomiso de aquellos instrumentos o bienes empleados para su comisión como así también los beneficios económicos obtenidos y lo adquirido con su producido; no es menos cierto que ello debe conciliarse con una regla de naturaleza superior que exige la observancia de las formas sustanciales del proceso relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia. En el caso, corresponde confirmar el decomiso, porque la nombrada fue encontrada culpable lo cual fue declarado mediante la sentencia condenatoria y ha sido probada la conexidad de los bienes con el tráfico de estupefacientes por el que resultó condenada.

7. — El esquema que prevé el art. 9° de la ley 27.302, teniendo en cuenta la situación económica de los penados, ofrece una cantidad de opciones a fin de que aquellos puedan solventar la multa. Pues no sin antes procurar su ejecución y agotar todas las instancias, podrá operar la conversión en prisión.

8. — Los jueces tienen el deber de motivar las sentencias y ello se realiza cuando se expresan las cuestiones de hecho y de derecho que los llevan a concluir en un caso concreto de un determinado modo. Se cumple así con un principio que hace al sistema republicano, que se trasunta en la posibilidad que los justiciables, al ser absueltos o condenados puedan comprender claramente porque lo han sido.

9. — En lo tocante a las absoluciones de dos de los imputados, en la sentencia se ha efectuado un sesgado análisis de las probanzas arrimadas, circunstancia que provoca la imposibilidad de tomarla como un acto jurisdiccional válido en los términos exigibles a la luz de las normas establecidas por el Código Procesal Penal de la Nación. El Tribunal desatendió la cronología de las escuchas e incluso omitió la consideración de algunas de las conversaciones emergentes de las mismas, de particular relevancia a los fines del tratamiento sobre la intervención en los hechos de los acusados.

10. — La circunstancia de que los acusados hayan negado cualquier vinculación con el ingreso de estupefacientes y hayan reconocido únicamente el ingreso de cigarrillos y otros elementos, actividad en si misma desajustada a las normas, no puede resultar determinante frente a las restantes probanzas indicadas.

11. — La reincidencia puede ser declarada de oficio por los jueces intervinientes, en tanto se verifiquen los presupuestos legales exigidos al momento de dictar el fallo, con total prescindencia de las pretensiones de las partes (del voto de la Dra. Catucci).

CFCasación Penal, sala III, 17/02/2021. - N., M. E. y otros s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/2933/2021]

Causa N° FCB 2207/2018/TO1/CFC2

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 17 de 2021.

El doctor *Riggi* dijo:

Primero:

1. Llega la causa a conocimiento de esta Alzada a raíz de los recursos de casación interpuestos, a fs. 3007/3019 por la asistencia letrada de M. E. N., M. A. A., R. F. B. y P. E. A. a cargo del Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba, doctor Jorge Perano; y a fs. 3020/3029 por los doctores Carlos Gonella y Facundo Trotta, Fiscal y Auxiliar fiscal respectivamente de la Fiscalía General N° 2 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba, cada uno de ellos, lo pertinente, contra la sentencia dictada el 1° de octubre de 2019 cuyos fundamentos fueron dados el 8 de octubre siguiente por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal 2 de Córdoba, en cuanto resolvió "...2. No hacer lugar a la inconstitucionalidad de la pena de multa determinada en Unidades Fijas planteada por el señor Defensor Oficial doctor Jorge Perano.... 4. Absolver a C. A. J.,..., del delito de comercialización de estupefacientes agravado por el número de personas intervinientes (art. 5°, inc. "c", y 11, inc. "c", de la ley 23.737 y 45 del CP) que le atri-

buía el requerimiento de elevación de la causa a juicio de fs. 2170/2178 y el auto de elevación de la causa a juicio de fs. 2264/2289 por aplicación del principio de la duda (art. 3 del CPPN). 5. Absolver a J. I. L.,..., del delito de comercialización de estupefacientes agravado por el número de personas intervinientes y por su condición de funcionario público encargado de la guarda de presos (art. 5°, inc. "c", "d" y 11, inc. "c", de la ley 23.737 y 45 del CP) que le atribuía el requerimiento de elevación de la causa a juicio de fs. 2170/2178 y el auto de elevación de la causa a juicio de fs. 2264/2289 por aplicación del principio de la duda (art. 3 del CPPN). 6. Condenar a M. E. N.,..., como coautora penalmente responsable del delito de confabulación para cometer delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y del delito transporte de estupefacientes, ambos en concurso real, previstos y penados por los arts. 29 bis y 5°, inc. "c", la ley 23.737, 45 y 55 del CP, e imponerle... la pena de 8 años y 6 meses de prisión, multa de 60 Unidades Fijas la que deberá verificarse dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente (art. 501 del CPPN), accesorias legales (art. 12 del CP) y costas (art. 530 del CPPN). 7. Condenar a M. A. A.,..., como coautor penalmente responsable del delito de confabulación para cometer delitos de tráfico de estupefacientes, previsto y penado por el art. 29 bis de la ley 23.737, y art. 45 del CP e imponerle... la pena de 3 años de prisión, accesorias legales (art. 12 del CP) y costas (Art. 530 del CPPN). 8. Condenar a R. F. B.,..., como coautora penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes y como autora penalmente responsable del delito comercialización de estupefacientes, ambos en concurso real, previstos y penados por el art. 5°, inc. "c" de la ley 23.737, arts. 45 y 55 del CP e imponerle... la pena de 6 años y 6 meses de prisión, multa de 45 Unidades Fijas, la que deberá verificarse dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente (art. 501 del CPPN), accesorias legales (art. 12 del CP) y costas (art. 530 del CPPN)....10. Condenar a P. E. A.,..., como autor penalmente responsable del delito de comercialización de estupefacientes (art. 5°, inc. "c", de la ley 23.737 y 45 del CP) e imponerle... la pena de 4 años de prisión, con declaración de reincidencia (art. 50 del CP), multa de 45 Unidades Fijas la que deberá verificarse dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente, (art. 501 del CPPN), accesorias legales (art. 12 del CP) y costas (art. 530 del CPPN). 11. Proceder al decomiso de la caja de seguridad en forma rectangular de color beige, la documentación secuestrada, esto es tres recibos tipo pagaré, documentos relativos al vehículo Peugeot 207, dominio ..., entre otros, la computadora portátil, la computadora, la cámara de seguridad de circuito cerrado con modem y batería, el Peugeot 207, dominio ..., la balanza digital marca Maxon de color verde claro, el GPS marca Garmin, el estéreo con pantalla DVD marca Pyramid color negro, el parlante portátil marca Panacom color blanco, la potencia de audio para auto marca Megastart color plateado y dorado, el DVD portátil marca Napoli color negro y rojo, la máquina de cortar pelo marca Target, la balanza de precisión color plateada, sin marca visible, el revolver calibre 32 long, color negro marca Trade Mark, sin cartuchos, una pistola marca Colt, modelo Governmeny, calibre 45, con un cargador colocado con cinco cartuchos y otro con siete cartuchos del mismo calibre que el arma y finalmente la totalidad de los aparatos celulares secuestrados en la presente investigación y la suma total de pesos seis mil setecientos setenta y tres ($6.773), doscientos cincuenta dólares estadounidenses (U$D 250,00) y cinco Euros (€ 5,00), elementos estos que fueran secuestrados y que guardan relación con los hechos aquí juzgados y condenados y a la destrucción del material estupefaciente incautado (art. 23 del CP y art. 30 de la Ley 23.737)...".

Asimismo, corresponde el tratamiento en la presente del recurso de casación interpuesto a fs. 3050/3061 por el doctor Perano respecto del acusado M. A. A., contra el decisorio de fs. 3043/3046 que dispuso "1. Unificar la pena impuesta por este Tribunal Oral Federal N° 2 de Córdoba con fecha 8 de octubre de 2019 a A. M. A., de tres años de prisión por ser coautor penalmente responsable del delito de confabulación para cometer delitos de tráfico de estupefacientes, previsto y penado por el art. 29 bis de la ley 23.737, y art. 45 del CP, con la impuesta por sentencia N° 161 de fecha 28 de diciembre del año dos mil cinco, de la Cámara en lo Criminal de la ciudad de San Francisco, por los delitos de homicidio en ocasión de robo agravado por empleo de armas de fuego y violación de domicilio, en concurso real (arts. 45, 165, 41 bis, 150 y 55 del CP) de veinte años de prisión, unificada asimismo con la condena a tres años de prisión de ejecución condicional que le impusiera esa misma Cámara, mediante sentencia N° 35 de fecha 5 de mayo de 2003 de veintitrés años de prisión, en la sanción penal única de veinticinco años de prisión, con declaración de reincidencia. 2. No hacer lugar a la libertad condicional solicitada por el señor Defensor Oficial, doctor Jorge Perano en favor de M. A. A., por improcedente (art. 14, 1° párrafo del CP)... 4. Disponer que la presente sentencia integra la dictada con fecha 8 de octubre de 2019 en los presentes autos y que una vez firme se ordene la puesta a disposición exclusiva de este Tribunal del interno M. A. A....".

2. El Tribunal de mérito concedió los remedios impetrados (cfr. fs. 3062/3064), los que fueron mantenidos en esta instancia a fs. 3096/3097.

3. a.1 La defensa técnica de N., M. A., B. y P. A., invocando las dos causales previstas en el artículo 456 del CPPN, plantea, cómo agravio común para todos sus asistidos, la inconstitucionalidad de la pena de multa impuesta a los nombrados.

a.2 Alega arbitrariedad por falta de fundamentación en la determinación de las penas impuestas y propone para sus asistidos unas que no superen el mínimo legal.

a.3 Aduce que de la prueba recabada no surge la existencia de los elementos estructurantes del tipo previsto en el artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737 por el que resultaron condenados R. F. B. y P. E. A.

a.4 Refiere que en el caso ha existido una vulneración del principio acusatorio en tanto se declaró a P. E. A. reincidente sin que ello fuera postulado por el representante del Ministerio Público Fiscal; a lo que suma que en este punto no se justificó la procedencia del referido instituto.

a.5 Por último afirma la improcedencia del decomiso del automóvil dominio ... en tanto es propiedad de la Sra. D. E. P., DNI ... y M. N. resultó simple autorizada a conducirlo, y de la computadora Marca Compaq, Serie ..., modelo 18-2004, que pertenecía a los hijos de N., por cuanto ello afecta el derecho de propiedad de terceros.

Solicita en definitiva que se haga lugar al recurso de casación y consecuentemente "...se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 9 de la ley 27.302 en tanto modifican la ley 23.737 y se imponga a [sus] defendidos una pena de multa acorde a su capacidad económica."; que "...a M. E. N. se le imponga el mínimo de la escala penal por los delitos que resultara condenada —transporte de estupefacientes y confabulación, art. 5 inc. "c" y 29 bis de la ley 23.737. A M. A. A. se lo condene al mínimo legal por el delito de confabulación (art. 29 bis ley 21.737). A R. F. B. se la absuelva por el delito de comercialización de estupefacientes y se le imponga el mínimo penal por el delito de transporte de estupefacientes art. 5 inc. "c" de la ley 23.737. A P. E. A. se lo absuelva del delito de comercialización de estupefacientes y se revoque su declaración de reincidencia." y "Finalmente, se deje sin efecto el decomiso del automóvil dominio ... y de la computadora Marca Compaq, Serie ... modelo 18-2004.".

Hace reserva del caso Federal.

b.1 Por otra parte, en el recurso de casación de fs. 3050/3061 referido a la posterior unificación de sentencia de M. A., plantea que existió una violación del debido proceso por cuanto el artículo 43 *in fine* del CPPN establece que "si correspondiere unificar las penas, el tribunal lo hará al dictar la última sentencia" de donde infiere que no estaba legalmente habilitado para emitir un auto interlocutorio que modifique las omisiones de la sentencia, y tampoco resulta aplicable la segunda regla del artículo 58 en tanto en el caso no se trata de dos sentencias firmes y respecto de la que es motivo de tratamiento en la presente le asiste la presunción de inocencia.

Considera que la unificación dispuesta resulta en el caso improcedente e inoportuna y consecuentemente postula la nulidad del auto que la dispone.

b.2 Por otra parte se agravia de la declaración de reincidencia de M. A.

Al respecto señala que si bien el *a quo* afirma que la reincidencia puede declararse en la sentencia de unificación, la resolución emitida no reúne tal carácter, resultando un mero auto interlocutorio al que no podrá asignársele el carácter de sentencia.

b.3 Plantea la inconstitucionalidad del art. 50 del CP en cuanto prevé el instituto de la reincidencia y las consecuencias que su declaración acarrea en el art. 14 del mismo ordenamiento.

b.4 Postula que, habiéndose acreditado el cumplimiento de los requisitos legales, se conceda la libertad a Moisés Alexis en los términos del artículo 317 inciso 5.

Solicita en definitiva que se case el auto interlocutorio recurrido, se declare su nulidad en función del arts. 167 inc. 2° del CPP.N por violentar los dispuesto en los art. 398, 21 y 43 del mismo cuerpo legal y 58 del CP y deja planteada la inconstitucionalidad de la reincidencia art. 50.

Hace reserva del caso federal.

c.1 Finalmente, los representantes del Ministerio Público Fiscal, invocando las dos causales previstas en el artículo 456 del CPPN cuestionan la sentencia, en cuanto dispuso la absolución de J. I. L. y C. A. J.

En esa dirección argumentan la arbitrariedad del decisorio por errónea valoración de la prueba y omisión de considerar elementos de prueba dirimentes.

Al respecto señalan que la Fiscalía acusó a J. y L. por la figura contenida en el art. 29 bis de la ley 23.737 que implica tomar parte en una confabulación dos o más personas para cometer otros delitos de la ley, figura que no exige la consumación de alguno de los delitos para los que el colectivo se confabuló, sino la existencia de actos reveladores por parte de algún miembro en tal sentido y destacan que en esa dirección convergen el contenido de las escuchas.

Propician en definitiva que se anule la sentencia, remitiendo el proceso al tribunal que corresponda, para que dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho, o bien case la sentencia, aplicando la ley

que corresponde para resolver el caso de acuerdo a la postura de la fiscalía.

Hacen reserva del caso federal.

4. a. Durante el término de oficina previsto por los artículos 465 y 466 del CPPN, mediante la presentación de fs. 3100/3104, la Defensa de N., B., M. y P. A. y tras profundizar en los agravios propuestos por su colega de la anterior instancia, agrega que en cualquiera de los supuestos del artículo 58 del CP la ley dispone que el juez construya una escala compuesta según las reglas del art. 55 del mismo código, es decir que está habilitado a fijar la pena total que estime pertinente teniendo en cuenta la culpabilidad y el reproche merecido por todos los injustos de los que el condenado ha sido responsable según las pautas de los arts. 40 y 41 del CP y que el *a quo* tenía como límite inferior el mínimo mayor y como límite superior el resultante de la acumulación aritmética de las penas de prisión singulares —en el caso, veintitrés años—, pero ninguna circunstancia puede autorizar a que, en el caso de penas divisibles, se imponga al condenado una pena única que supere la suma aritmética de las penas singulares que se integran.

En esa línea destaca que el razonamiento del *a quo* se evidencia como arbitrario, toda vez que la pena única de veinte años que fue unificada también comprendía a la pena de tres años de ejecución condicional y que bajo estas consideraciones, se advierte que la pena única finalmente impuesta resulta arbitraria y debe ser dejada sin efecto.

Solicita en definitiva que se haga lugar a los recursos interpuestos y, se anulen las sentencias impugnadas en los términos solicitados.

Mantiene la defensa del caso federal.

b. A su turno, la asistencia letrada de J. y L., mediante la presentación de fs. 3105/3112 postula la inadmisibilidad del recurso Fiscal por cuanto no puede invocarse "Casal" como constitutivo de un derecho que abarca también a las partes acusadoras para obtener una revisación integral del fallo.

Expresa que el recurso de casación no convierte a la cámara de casación en una segunda primera instancia, sino que, limita su actuación a la revisación de la sentencia.

Sostiene que otorgarle al acusador el derecho al recurso contra la sentencia violenta el principio del ne bis in idem y que de lograr con éxito que se condene a los imputados esto supondrá para el imputado una "primer condena" lo que activará nuevamente su derecho al recurso y, consecuentemente, el derecho a una nueva revisión amplia de la condena dictada, en palabras de Maier un "Regressus ad infinitum". En consecuencia, se pone también en crisis la bilateralidad del recurso.

Afirma que la CFCP está imposibilitada —por su carácter de tribunal intermedio de revisión— a condenar y que la creación de un procedimiento sui generis de revisión de sentencias de condena en segunda instancia por otra Sala de la CFCP, no convalidó la posibilidad de que las condenas en casación sean legítimas.

Considera en definitiva que el recurso fiscal interpuesto en estos actuados contra el veredicto absolutorio dictado debe ser declarado inadmisible.

A su vez expresa que de la lectura del recurso fiscal se desprende que el mismo no está fundado y que no logra rebatir los argumentos del TOF, no advirtiéndose tampoco cuestión federal alguna que habilite la jurisdicción de esa CFCP, como tribunal intermedio, conforme lo estableció el precedente "Di Nunzio" de la CSJN. Afirma que toda la crítica que efectúa la parte acusadora se centra en el modo en que fueron valoradas las escuchas telefónicas.

Señala que si bien tal como indica el Fiscal la confabulación no exige comprobar necesariamente que se hubieran cometido delitos de narcotráfico, sí exige que ese "acuerdo" sea para realizar delitos reprimidos por la ley de drogas; y que ni de las escuchas telefónicas ni de los testimonios ni de los allanamientos puede concluirse que C. J. y J. I. L. hubieran realizado algún tipo de planificación menos aun conductas relacionadas con la ley 23.737.

Concluye que en el caso, la absolución de C. J. y de J. I. L. se encuentra debidamente motivada en los fundamentos brindados por el Tribunal Oral y las críticas de la Fiscalía se plantean como una mera disconformidad con ello que no se funda más que en apreciaciones abstractas y dogmáticas que como tales deben ser rechazadas.

Solicita en definitiva que se rechace por inadmisible el recurso presentado por el Ministerio Público Fiscal y para el hipotético caso de que se adopte una decisión adversa respecto de J. y L., se le otorgue a la misma efecto suspensivo en los términos del art. 442 del CPPN.

Hace reserva del caso federal.

c. Por último, el Fiscal General ante esta sede, a través del escrito glosado a fs. 3113/3120, tras compartir los argumentos de su colega la anterior instancia y profundizar en los mismos, destacó que el *a quo*,

luego de haber descartado erróneamente la aplicación del tipo penal de confabulación, tampoco aplicó el tipo penal que subsistía a modo de imputación residual contra el acusado L., es decir, violación de sus deberes de funcionario público, previsto en el art. 248 del CP.

En ese orden precisó que durante el debate quedó demostrado que él le proporcionaba a A. productos para su "kiosco" —celulares, cigarrillos—, comportamiento cuya materialidad y autoría no se encuentra en discusión y respecto del que no se adoptó ningún temperamento.

Consecuentemente postula que se haga lugar a su pretensión, correspondiendo la anulación de la sentencia en cuanto absuelve a los imputados en orden al delito de confabulación para el tráfico de estupefacientes, dictándose un nuevo pronunciamiento conforme las consideraciones efectuadas, sin necesidad de reeditar el debate, previa realización de la correspondiente audiencia *de visu* de los imputados prevista en el art. 41 del CP

Solicita en definitiva que se case la sentencia y se condene a C. A. J. y J. I. L. según lo requerido por la Fiscalía al momento de los alegatos.

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 conforme se señala en la sentencia, oportunamente se requirió la elevación a juicio de la causa por los siguientes hechos "...1, que: a. cuanto menos entre febrero de 2016 y el 25 de enero de 2018, M. E. N., R. F. B., D. A. R., D. J. N., P. E. A., C. A. J., el funcionario público J. I. L. y M. A. A., conformaron un conjunto de personas que intervino organizadamente para comercializar estupefacientes, principalmente, en las localidades de Arroyito y San Francisco, ambas de la provincia de Córdoba, y en Frontera, provincia de Santa Fe; b. dicha organización se encontraba activa y funcionando ya en febrero de 2016;...".

Tras la realización del debate, el *a quo* concluyó en la existencia de los hechos y la responsabilidad en los mismos de los imputados D. A. R., M. E. N., R. F. B., P. E. A. y M. A. A.

Tercero:

1.a Sentado ello, corresponde adentrarnos a los distintos agravios invocados por la defensa técnica de N., M. A., B. y P. A.

El orden de tratamiento atenderá a la posible incidencia de cada uno de los cuestionamientos respecto de los restantes, y por ese motivo no habrá de seguirse el orden expositivo de la parte.

Así, en lo concerniente al agravio referido a la pretendida inexistencia de los elementos estructurantes del tipo previsto en el artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737 en relación con los condenados R. F. B. y P. E. A. (descripto en el considerando primero a.3); advertimos que más allá de las argumentaciones utilizadas, lo cierto es que las objeciones se relacionan con un disenso en la valoración de los hechos y la prueba que efectúa el tribunal de mérito.

En relación a la cuestión vinculada 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 reseñada, 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 por el tribunal de grado.

En efecto, conforme surge de la sentencia el *a quo* tuvo en consideración, entre otros, el relato del policía R. D. P. que aludió a un llamado telefónico recibido en el 0800 de la fuerza, en el que indicaban que R. B., cuyo domicilio fue aportado, se dedicaba a la venta al menudeo de droga.

Expuso que con el devenir de la investigación se pudo comprobar la existencia de una actividad de narcomenudeo, que "existieron movimientos típicos y compatibles con la venta" y que la nombrada comenzó a relacionarse con M. N., pareja de M. A. A. y cuñada de P. E. A.

Aludió, entre otras cosas, al procedimiento realizado en el vehículo en el que se trasladaban B. junto a N. como aquel en que se secuestró la mayor cantidad de droga.

Específicamente en lo que aquí interesa, en la sentencia se ponderó lo indicado por este preventor en cuanto "refirió que vio a B. realizar actividades compatibles con el narcotráfico en los domicilios que habitaba" y puntualmente que "estando en pareja con el 'I.' O., viviendo en un garaje por calle ..., se la observó vendiendo estupefaciente,...".

Este testigo recordó que "R. recibe una llamada de una persona de sexo masculino que le pregunta si tiene 'A.' (se considera que le pregunta si tiene alita de cocaína), que le compra diez, pero bien suculentas, a lo que ella le dice que sí, que pase a ver, si le pinta bien, sino no hay drama, indicándole ella cómo llegar a su casa", y que en otra conversación del día 10/09/2016 "...un masculino llama a R. y le pregunta —tenés algo?—, respondiéndole ella —sí, de cien nomás tengo—, entonces él le pregunta —estás en los departamentos de P.?— a lo que ella le contestó que sí, que le avise y sale.".

En cuanto a P. E. A., alias "P" explicó que era quien le avisaba a N. cuando veía en el Pueblo una camioneta de las fuerzas de seguridad; que también se dedicaba a la venta de estupefacientes, y se lo menciona en una conversación del 30/08/2016 en la que B. le dice a N. "-el otro día le armé uno que era para P., saque 38, estaba chocho el negro-" y N. en la misma conversación le dice "—...yo ponele la ves pasada viste que era 16 te lo dejaba a vos y P. también, los dos era el mismo precio. Ahora la aumentaron algo que yo le sacaba 500 pesos y ahora le sigo ganando 500 pesos-" de donde infirió que N. proveía de estupefacientes tanto de R. B. como a P. "P.", alias "el negro".

En igual sentido aludió a las conversaciones en las que R. B. habla con "P. P." y "...le manifiesta a B. que -anda todo el mundo precintado, menos yo que ando con todo encima ahora", aclarando, el testigo que cuando dice que tenía todo encima refería a que llevaba todo consigo por temor a que lo allanaran, "...estaba perseguido en la actividad que realizaba.".

A su vez en la sentencia se ponderó el relato de N. O. V., miembro de la Fuerza Policial, que expuso que a través de un llamado de alerta roja al 0800 se supo que desde la ciudad de Chaco o Corrientes, venía un vehículo Peugeot 207, con M. N. y R. B. a bordo, quienes se dirigían a la ciudad de San Francisco y a la casa de D. R. a dejar sustancia y luego seguir su rumbo hacia la ciudad de Arroyito.

Este testigo relató cómo mediante las intervenciones telefónicas dispuestas se determinó que B. acompañaba a N. a buscar estupefaciente a Corrientes. Puntualizó que "...en la investigación en curso había intervenciones y escuchas viejas de R. B.", que "... el día 8 N. le comentó a su pareja A. que se iba a ir de viaje a Corrientes, cosa que efectivamente hizo ya que las celdas que les impactaban en las comunicaciones con su pareja allí la ubicaban.", que en dichas conversaciones N. le decía a A. que se encontraba junto a R. B. que la había acompañado y que le expresó a su marido que estaba muy preocupada porque en el vehículo se sentía mucha "baranda", en alusión a la marihuana que transportaba.

Dijo que en otra ocasión, al regreso del viaje, ella lo llamó y le manifestó que se estaba por ir a San Francisco con R. —B.—, porque había terminado de fraccionar las cosas y que las iba a repartir porque se las quería sacar de encima; y frente a la pregunta de A. sobre "cuanto había traído para él de allá?", ella le respondió que había traído 24, 23 ½ y a R. le quedaron 3 ½. De donde dedujo que hablaban de kilos de marihuana que habían traído del viaje.

Recordó que dentro del vehículo en el que se conducían N. y B., se observó a simple vista, en el asiento de atrás, un oso grande y una bolsa con panes de marihuana; y sobre la alfombra, debajo de donde venía B., también había panes de marihuana. Asimismo, en el baúl, había un paquete con alrededor de 50 ladrillos de marihuana.

Explicó que durante la pesquisa se vio a las investigadas relacionarse con gente con antecedentes o presos de causas de drogas, tales como la señora M. P. y P. Z., ambos detenidos por causas de droga y el interno E. R.; y que en la Ferretería de propiedad de M. N., se los observó juntarse a M. y D. N., R. B. y P. A.

Expresó que el inicio de estas actuaciones fue una denuncia al 0800 por narcomenudeo en el año 2016, en la cual se denunció que B. vendía droga en un garaje; que se observaron diferentes ventas de estupefacientes y que con el correr del tiempo se encontraron con que ya viajaban y bajaban 30 kilos de marihuana, entendiendo en consecuencia que habían pasado de ser vendedoras a distribuidoras.

Los referidos relatos fueron confrontados por el *a quo* con los restantes elementos de prueba acumulados que convalidaron esas versiones.

Así, la impresión de la comunicación recibida por la Secretaria de la Fiscalía de Lucha contra el Narcotráfico Bettina Peretti, da cuenta que efectivamente en el mes de Febrero del año 2016, se recibió una comunicación telefónica mediante la que se expresaba que en la localidad de Arroyito, Provincia de Córdoba, se encontraba un domicilio donde vivía una mujer que vendía droga y que la denunciada era R. B.

También se atendió a aquellas constancias de autos de las que surge que la acusada B. cambiaba perma-

nentemente de domicilio; que ya en el mes de Abril del año 2016 cambió su domicilio y número de celular y en el mes de agosto del mismo año volvió a mudar su domicilio.

Especificaron los magistrados de la anterior instancia que de las constancias de fs. 131 se desprende que M. E. N. era parte activa del comercio ilegal de estupefacientes, proveyéndole a R. y "P." —P. A.—.

Explicaron que luego que la Policía Caminera de la Provincia de Córdoba, a fines del mes de Septiembre, detuviera la marcha del vehículo marca Peugeot, modelo 207, de color gris, dominio ..., conducido por M. N., secuestrando en la oportunidad, por orden de la Fiscalía de 2do Turno, aparte de un arma de fuego, dos teléfonos celulares, uno marca Samsung y el otro marca Huawei, la Fiscalía de Lucha contra el Narcotráfico le solicitó, con fecha 03/11/2017, a la Fiscalía de 4to Turno, quien tenía los aparatos (fs. 260), que los ponga a su disposición y finalmente los mismos fueron recepcionados el 15/11/2017 (fs. 261).

Puntualizaron que en el lapso del tiempo transcurrido entre la solicitud y recepción de los aparatos se recibió aquella denuncia anónima que daba cuenta que en la ciudad de Arroyito, vivía M. N. con R. B. y que ambas estaban volviendo desde la Provincia del Chaco, en un Peugeot, modelo 207, de color gris, dominio ... con aproximadamente 30 kilos de marihuana, que en parte dejarían en la ciudad de San Francisco, en el domicilio de D. R. (fs. 262).

Atendieron al informe de fs. 289/299 correspondiente a aquellos aparatos de telefonía secuestrados y a que de las escuchas realizadas al comienzo se desprende la actividad de los distintos imputados.

Puntualmente se indicó que del número utilizado originariamente por R. F. B., ..., surgen mensajes de texto y conversaciones orales a través de las cuales los compradores ocasionales le solicitaban drogas y se ponían de acuerdo en el sitio a llevarse a cabo el intercambio de estupefacientes por dinero, especificándose fecha y hora de las mismas y los cd en que fueron grabadas.

Tuvieron además en consideración que, conforme surge de alguna de esas grabaciones, R. no contaba con vehículo propio y le solicitaba a los clientes que se acercaran a un lugar próximo a donde ella se encontraba residiendo, dando cuenta de ello aquella incluida en el CD N° 8, conversación N° 35 fecha de inicio 18/06/2016 a las 19:15, entre otras.

También se aludió a la existencia conversaciones telefónicas entre B. y dos detenidos en los establecimientos penitenciarios N° 5 y 7 de esta provincia, a raíz de diálogos acerca del precio comparativo del 'pase' de estupefacientes en ambas unidades carcelarias, conforme surge del CD N° 5, conversación N° 14 fecha de inicio 15/06/2016 a las 23:21 hs.

Destacaron una llamada grabada en el CD N° 9, conversación N° 11 con fecha de inicio 19/06/2016 a las 14:23, donde B. le contó a un sujeto, que otra persona la cuidaba y le avisaba cuándo estaban los federales y que le decía que guardara todo, que no quería que vendiera y que en esa charla le comentó al mismo que con la plata de la venta del rastrojero de Cintia (su hermana) iban a invertir la plata en "lo que ya sabes" y la iban a duplicar, que lo iban a manejar las dos juntas, B. se encargaría de la venta y Cintia "la guardaría", lo que surge del CD N° 14, conversación N° 26 y 27 del 24/06/2016 a las 21:50 y 22:18 respectivamente.

Los sentenciantes indicaron además que surge de la llamada del CD N° 31, conversación N° 02 fecha de inicio 25/08/2016 a las 20:43, que le preguntó a B. "si tenía y cuanto salía"; de lo que infirieron que la misma se dedicaba a la venta de estupefacientes.

En la sentencia se atiende a su vez a otras conversaciones indicativas del vínculo entre R. B. y M. N., y entre las mismas se valora la llamada del CD N° 45, conversación N° 13 fecha de inicio 08/09/2016 a las 23:39, oportunidad en la que B. se comunicó con M. N. y le dijo que "tenía los mil de ella para darle pero que necesitaba más" y le pidió que la "aguantara hasta mañana para comprarle más, para tener esa noche" a lo que M. N. le respondió que "no había drama".

De igual modo, la relación de M. E. N. con R. F. B. y P. E. A. alias 'P.', a la que aludiera el testigo P., se infiere, entre otras, de la conversación registrada en el CD N° 36, conversación N° 05 fecha de inicio 30/08/2016 a las 16:40 en la que B. refirió "...había armado uno que era para el P., que había sacado 38, que estaba chocho el negro".

A su vez, se refirió en la sentencia que M. E. N. proveía de material estupefaciente tanto a R. F. B. como a P. E. A., alias "P." y que ello surgía de aquel diálogo en el que N. dice que le había dejado al mismo precio a B. y a "P.".

Se tuvieron en consideración además varios chats entre N. con R. B., bajo el contacto "R.", y con el imputado P. E. A., bajo el contacto "P."; este último envió una captura de pantalla de un cliente quejándose del estupefaciente que le habría vendido R., que estaba muy seco, y le pregunta si tendría que ver en eso el lugar donde guardaba la sustancia, a lo que N. le respondió que "seguro ya necesita frío", tratándose concretamente de las conversaciones entre P. E. A. y M. N., entre los días 15/09/2017 y el 18/09/2017.

En esa línea concurre también la charla entre M. N. y M. A., valorada en la sentencia, del día 15/09/2017: "N.: 'Allanamiento de c. y M. M. me lo acaba de mandar P.', M. después de unos mensajes que no interesan a la causa, escribió: 'Mm seguir... xq esos venden a discreción sin ningún tipo de cuidados'..'vos sabes que está cagado P. jaja', N.: 'tengo la tensión re alta', 'yo también' 'tengo la casa re cargada', M. colocó tres emoticones de caras enojadas y puños y escribió: 'cómo vas a ser tan boluda', N.: 'me olvidé', M.: 'No tenes que dejar nada en tu casa'... 'ojalá que no pase nada', 'pero no seas tan boluda', 'deberías agarrar a esta gente para q te guarde las cosas y pagarles x semana como hacen en Córdoba' 'tenes que agarrarlo de a poco', 'tenerlos prendidos prestándoles plata'.".

También se señala otro dialogo en el que M. N. le dice a R. B. que tenía en su poder el dinero que le había dado "P." para ella, a lo que R. le refiere que lo guarde ella, que "eran cinco para ella y cinco para un tercer individuo por lo del viaje".

De todo ello fundadamente concluyó el *a quo* que "...era la imputada M. N., en ocasiones acompañada por R. B., quien buscaba el estupefaciente en la provincia de Corrientes para entregar a otros revendedores, entre los cuales se encuentran los coimputados B., R. y P. E. A. "P.", como así también, otros terceros no identificados por la instrucción....".

Razonadamente estableció que "..., ello permite colegir también el destino de la sustancia que a la postre se les secuestrara a aquellas el día 25 de enero de 2018, esto es la comercialización.".

En tal sentido advirtió que "...del informe confeccionado por personal de la Fuerza Policial Antinarcotráfico en base a los datos obtenidos del aparato de telefonía celular secuestrado a M. N. con fecha 25 de Enero..., surge una conversación mantenida con la imputada D. A. R., en la que tras referirle esta que la sustancias que le habría provisto tenían feo gusto y olor, M. le dice que la saque de la venta nomás, que a ella no le quedó mucho porque mandó a Córdoba, y que también le dio a R. lo que era de ella, y que lo que 'era de San Francisco' se lo dio a su interlocutora D., y le informó que le reclamó 'al chico' que 'el domingo voy a viajar de vuelta', aunque le aclaró que 'todos los de acá me dijeron que estaba bueno y los otros chicos de Tránsito también'".

Al respecto destacaron los sentenciantes la referencia a "los chicos de Tránsito", ello así pues "...no puede soslayarse que el imputado P. E. A. reside en dicha localidad, con lo cual, dado la vinculación ya acreditada con M. N., puede colegirse que se valían de la colaboración de aquel para vender en esa zona.".

Asimismo, tuvieron en consideración, entre otros, el intercambio entre N. y su pareja A., de fecha 11 de enero de 2018 (CD N° 08, conversación N° 2 con fecha de inicio 11/01/2018 a las 09:31), en el que este le preguntó "¿Cuánto trajiste de todo eso, cuánto para mí y cuánto para la R.?", siendo la respuesta de N. "Eh cinco y un poquito para la R. y yo lo otro mío veinticinco...", con lo cual se advierte que se estaban poniendo de acuerdo para repartir la sustancia que N. había traído de su viaje y que quienes la comercializan eran, entre otros, R. B.

A su vez, conforme se indica en la sentencia, en otra comunicación, N. le comentó a M. A. que se encontraba "preparando" las cosas para darle a su hermano P. "P." A. y una chica de Córdoba que "viene a buscar" (CD N° 08, conversación N° 6 con fecha de inicio 11/01/2018 a las 22:50).

Los integrantes del tribunal precisaron que durante los procedimientos practicados, las encartadas M. E. N. y R. F. B. tenían en su ámbito de disposición inmediato setenta y siete envoltorios de picadura de marihuana, con un peso total de 67,650 kilogramos, la que era transportada a bordo del vehículo marca Peugeot 207, color gris claro, dominio ..., desde la ciudad de Corrientes de la provincia homónima y que también se incautó en poder de las mismas $2.305 en efectivo y una balanza digital además de otros aparatos de electrónica.

Indicaron además que en el local de Ferretería se procedió a la detención de P. E. A., alias el "N. P.", y que se le secuestraron dos teléfonos celulares que tenía en su poder, como así también, de ese local, otros aparatos de telefonía celular y dinero en la suma de $1650 que estaban en una misma bolsa; y que del domicilio de B. se incautó dinero en efectivo en la suma de $1.368 y un aparato de telefonía celular.

En lo concerniente a la significación jurídica, puntualmente en lo que aquí interesa recordaron que "...tenemos datos objetivos y verificados en la presente causa, tales como las intervenciones telefónicas, debidamente autorizadas por la autoridad competente, almacenadas en más de 100 CD´s que se encuentran reservados en Secretaria de Cámara; contamos asimismo con el informe de apertura del teléfono celular marca Samsung, modelo J7 Pro, color negro, con chip de la empresa Claro N° ..., con tarjeta de memoria marca SD, DE 16 GB que fuera secuestrado por Policía Caminera de la Provincia de Córdoba en Septiembre del año 2017; el Informe de apertura de teléfono celular Samsung Galaxy J1, propiedad de N., secuestrado en Enero del 2018 obrante a fs. 1013;... el efectivo secuestro de setenta y siete envoltorios de picadura de marihuana, en un peso total de 67,650 kilogramos, en el automóvil marca Peugeot, color gris, dominio ... en

el que se conducían M. N. y R. F. B., realizado en la intersección de calle San Lorenzo y Av. Rosario de Santa Fe de la ciudad de San Francisco; y finalmente contamos con el secuestro del material de estupefacientes realizado en el domicilio de D. A. R. en la calle ... de la localidad de Frontera, Provincia de Santa Fe, oportunidad en la cual se secuestró la cantidad de 10,519 kilogramos de marihuana."

Específicamente se indicó que "De las transcripciones de las escuchas telefónicas se obtiene que efectivamente R. F. B. se dedicaba al comercio de estupefacientes, así lo sostuvo R. D. P., adscripto a la Fuerza Policial Antinarcotráfico, dependiente de la Policía de la Provincia de Córdoba, quien fuera el encargado de realizar las tareas de vigilancia al comienzo de la investigación y como consecuencia de la primer denuncia anónima realizada allá por el año 2016, dejando asentado que no se efectuó ningún control a los eventuales compradores de sustancia ilícita, pese a que fueran observados y filmados, tal el caso del masculino vestido con un chaleco azul, y remera a rayas horizontales de color blancas y naranjas, quien se encuentra parado afuera del domicilio de la investigada B., y quien saca, lo que se ve es dinero de su bolsillo trasero izquierdo del pantalón que vestía, ingresa al domicilio de esta y sale a los 20 segundos, para retirarse a bordo de su motocicleta.", tratándose esta secuencia de una que "...se puede apreciar en uno de los tantos CD aportados por la investigación (fs. 130),...".

Valoraron que "Del informe de apertura del celular secuestrado por Policía Caminera surge un chat en el cual P. E. A., agendado como 'P.' le escribe a M. N. diciéndole que una tercera persona le habría manifestado que 'el de la R. está re seco mal', adjuntando una captura de pantalla donde se visualiza esta conversación mantenida entre él, con esta tercera persona, y en la cual se observa que esta persona le pregunta a 'P.' si se la podía cambiar.".

Acertadamente se infirió que "De esta conversación, y en el contexto descripto precedentemente..., se puede colegir, por un lado que la marihuana que le vendió B. a esta tercera persona estaba seca, y por otro que 'P.' también vendía, por lo que tenía dominio del hecho."; es decir que P. E. A., al igual que R. F. B., se dedicaba al comercio de estupefacientes.

A la luz de todo lo precedentemente indicado, apreciamos que el plexo probatorio colectado, razonadamente analizado por los integrantes del Tribunal *a quo*, conforma un conjunto de elementos serios, precisos y concordantes que conjuntamente analizados sustentan debidamente el resultado condenatorio arribado y la significación jurídica escogida.

En efecto, la figura de "comercio de estupefacientes" —cuya acción típica consiste en actos de venta u oferta de tales sustancias— se encuentra en el caso suficientemente probada por los elementos de prueba colectados, por lo que insistimos, en este sentido, la calificación jurídica que se acordara a las conductas de los acusados R. F. B. y P. E. A. —infracción artículo 5° inciso c) de la ley 23.737, en la modalidad de comercio de estupefacientes— resulta ajustada a derecho.

En suma, a la luz de todo lo precedentemente señalado, apreciamos 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 los hechos conducentes para la solución del litigio, ni ha prescindido de su visión en conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí y de ellos con otras pruebas. Advertimos en definitiva, que el pronunciamiento impugnado se apoya en una selección y valoración de la prueba ajustada a las reglas de la sana crítica racional. Por lo tanto, consideramos que el fallo, en este aspecto, 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 defensa en su recurso, ni tampoco advertidos, en nuestro estudio del caso, 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, "Casal, Matías E. y otro s/ robo simple en grado de tentativa", del 20 de septiembre de 2005).

En las condiciones expuestas, el agravio no podrá tener favorable acogida.

1.b En cuanto a los agravios referidos a la determinación de las penas respecto de los acusados N., M. A., B. y P. A., conforme el considerando primero a.2), hemos de señalar que tampoco en ese aspecto apreciamos que el pronunciamiento sea infundado, ni que se hayan interpretado erróneamente las circunstancias que disponen los artículos 40 y 41 del CP.

Advertimos sobre el particular que, cuando la parte impugnante alega arbitrariedad en la fundamentación de las sanciones, lo cierto es que su crítica responde en realidad a una disconformidad con el monto de las penas impuestas, y en tal sentido cabe recordar que su graduación solo compete —como principio y salvo manifiesta arbitrariedad que no advertimos en autos— al tribunal de mérito en la medida en que importa la ponderación de situaciones tales como la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño y el peligro causado, las condiciones personales del autor, su educación, costumbres y las circunstancias de

tiempo, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

En el caso el Tribunal diferenció las circunstancias que tomó como atenuantes de las que consideró agravantes, precisando en consecuencia los motivos por los que fijó las penas cuestionadas ahora por la defensa de los mencionados N., B. y M. y P. A..

Así, explicó que "...deben tenerse en cuenta ciertos aspectos subjetivos (los que hacen al sujeto en sí) y objetivos (todos aquellos aspectos relacionado con los hechos) a los fines de establecer la pena justa.".

Puntualmente respecto M. E. N., consideró como atenuantes "...que se trata de una persona joven, con hijos, con posibilidades de reinsertarse en la sociedad y no posee antecedentes penales computables." y valoró como agravantes "...el rol protagónico en la conducta atribuida y la gravedad de la misma por la cantidad de droga secuestrada, lo que demuestra la extensión del daño causado; la intención de introducir droga a la cárcel.", por lo que estimó justo imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de ocho años y seis meses de prisión, multa de 60 UF, accesorias legales y costas; es decir una pena muy por de bajo del máximo de 21 años previsto para el concurso de delitos por los que resultó condenada y justificadamente alejada del mínimo de 4 años establecido para la especie.

A su vez, a M. A. A. se le impuso la pena de 3 años de prisión, para un delito cuya escala penal oscila entre 1 y 6 años.

En torno a este acusado se valoro como atenuantes que "...es una persona joven, con un hijo,..." y como agravante, "...la conducta desplegada, la cantidad de droga, la circunstancia de que está cumpliendo condena por otro delito y continúa despreciando el ordenamiento jurídico.".

En tal sentido la parte no explica la incidencia que debería tener en la pena que el acusado sea padre de dos niños y no de uno.

Por otra parte, la falta de apego a las normas sociales de convivencia y el respeto al orden jurídico resulta una circunstancia incuestionable para quien encontrándose cumpliendo condena insiste en una conducta al margen de la ley.

Por último, en cuanto a la cantidad de droga a la que se hace alusión, si bien es cierto que en la celda de este acusado no fue habido material estupefaciente, no puede soslayarse la figura delictual en que se encuadró su conducta, y en este sentido que le propuso a su pareja "...aunque sea podríamos... hacer una inversión grande... de esa que traes vos... llevamos un camión, el gordo C. cuando vaya a Misiones, le vamos a pagar como 100.000 más o menos para que nos traiga una tonelada", es decir, como bien indican los sentenciantes, se trató de una propuesta de tráfico a gran escala.

En lo concerniente a R. F. B., al momento de graduar la pena se tuvieron en cuenta como agravantes "...la cantidad de droga secuestrada, el valor económico de la misma en el mercado, lo cual nos habla de la extensión del daño...", y como atenuantes que "se trata de una persona joven, que posee un oficio de camionera, con una historia de vida complicada, con una madre golpeadora y estuvo durante su infancia institucionalizada"; determinándose en base a ello la pena de 6 años y 6 meses de prisión, es decir, una razonablemente alejada del mínimo de 4 años previsto para el concurso de delitos por el que resultó condenada y muy lejana al máximo de 30 años legalmente establecido.

En este aspecto, tampoco explica la parte cómo la existencia de un hijo menor podría redundar en la disminución de la pena notoriamente mas cercana al mínimo que al máximo legal previsto por la norma para quién destinaba tiempo en largos viajes para procurar la ilegal sustancia y estuvo dispuesta a destinar financiamiento a esa actividad ilegal antes que a algún emprendimiento beneficioso para mejorar su calidad de vida y la de su familia.

Al respecto, recordamos que en la sentencia se destaca la llamada registrada en el CD N° 9, conversación N° 11 con fecha de inicio 19/06/2016 a las 14:23, donde B. le comenta a un sujeto que con la plata de la venta del rastrojero de su hermana iba a invertir la plata en "lo que ya sabes" y que lo que quería comprar era caro, $16.000, conforme se desprende del CD N° 14, conversación N° 26 y 27 fecha de inicio 24/06/2016 a las 21:50 y 22:18 respectivamente.

Finalmente en relación a P. E. A., se le impuso la pena de cuatro años de prisión, es decir, una que no supera el mínimo legal previsto para la especie, circunstancia que determina la inexistencia de agravio a su respecto en lo tocante a la determinación de la pena de prisión finalmente establecida.

A la luz de lo expuesto, entendemos que también en este caso la decisión del judicante cumple en grado suficiente con las exigencias legales sobre el particular y se encuentra ajustada a derecho.

1.c Ahora bien, en el apartado a.4) del considerando primero la defensa invoca la existencia de una vulneración del principio acusatorio en tanto se declaró reincidente a P. E. A. sin que ello fuera postulado por

el representante del Ministerio Público Fiscal; a lo que añade la parte que en este punto no se justificó la procedencia del referido instituto.

Al respecto, resulta oportuno recordar que conforme se indica en el acta de debate, este imputado se encontraba cumpliendo libertad condicional al momento de su detención, habiéndose informado por secretaría que de los datos aportados por el Registro Nacional de Reincidencia a fojas 2568, surgía que por Sentencia N° 161 de fecha 28/12/2005, la Cámara en lo Criminal y Correccional de San Francisco, condenó a P. E. A., como partícipe secundario del delito de homicidio en ocasión de robo, agravado por el empleo de arma de fuego y le impuso 14 años de prisión. El nombrado obtuvo su libertad condicional el 24/06/2014, siendo la fecha de cumplimiento total de la pena el 24/02/2018.

Ahora bien, con respecto a la declaración de reincidencia, en numerosos precedentes de esta Sala —aunque vinculada a la aplicación del instituto en supuestos en los que no hubiera sido incluido en el acuerdo de juicio abreviado celebrado por las partes— inveteradamente sostuvimos que debe ser declarada por los magistrados intervinientes de verificarse los requisitos exigidos por la ley al momento de dictar la sentencia y en modo alguno ello puede ser objeto de pacto del imputado y del representante del Ministerio Público Fiscal, por tratarse de un estado que se ostenta o no con independencia de las pretensiones de las partes (Conf. causa N° 16.738 "Pereyra, Gustavo E. s/ recurso de casación", Reg. 689/13 del 08/05/2013; causa N° 64.706 caratulada "Alvez, Leandro M. s/ recurso de casación", reg. 2924/14, del 30/12/2014); de modo que ninguna afectación al acusatorio podría predicarse si la aplicación del instituto estuvo precedida de la verificación de los requisitos pertinentes.

Sentado ello, no es ocioso señalar que existe reincidencia siempre que el imputado hubiera cumplido total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país; *in re* "Esponda, José R. s/ recurso de casación", rta. el 23 de septiembre de 1994, Registro N° 118 bis/94, extremo que se comprobó en el caso; pues no se encuentra controvertido que con anterioridad a la comisión del presente hecho, el acusado había cumplido parte de la pena anterior en calidad de condenado y que al momento de su detención se encontraba cumpliendo pena en libertad condicional.

En tal contexto, por las razones expuestas, consideramos que habiéndose detallado durante el debate aquellos elementos que motivaron la aplicación del instituto, la declaración de reincidencia en el caso, se ajusta a la normativa aplicable.

1.d En lo que respecta a los agravios vinculados con la unificación de penas de M. A. A. (apartado b.1) del considerando primero), corresponde señalar que en el acta de debate se indica que este imputado se encuentra cumpliendo condena. Que conforme surge del Informe del Registro Nacional de Reincidencia obrante a fojas 2576, por Sentencia N° 161 de fecha 28/12/2005, la Cámara en lo Criminal y Correccional de San Francisco lo condenó como coautor del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por el empleo de arma de fuego y violación de domicilio, en concurso real, y le impuso la pena de 20 años de prisión, pena que fue unificada con la de tres años de prisión de ejecución condicional que le impusiera la misma Cámara mediante sentencia de fecha 05/05/2003 en la pena única de 23 años de prisión; y que de acuerdo al cómputo informado cumplía la totalidad de dicha pena el 24/02/2027.

Asimismo, según se indica en la resolución impugnada, dicha sentencia quedó firme el 10/08/2007.

En el fallo recurrido, como ya se vió finalmente el *a quo* unificó la penad descripta (de 23 años de prisión) con la impuesta en la presente causa en la sanción penal única de veinticinco años de prisión, con declaración de reincidencia; extremo que estimula el agravio en tratamiento.

Ahora bien, el artículo 58 del CP comprende en un primer supuesto tanto la unificación de penas como de condenas.

El elemento distintivo es el espacio temporal en que acontece el injusto penal tratado en la decisión a unificar. Así, si la comisión del hecho es anterior al dictado de la primera sentencia firme, habrá una unificación de condenas, mientras que si es posterior a la firmeza del primer fallo, pero anterior a su vencimiento, se tratará de una unificación de penas.

En ambas situaciones el Código exige, como presupuesto para la unificación, que luego de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto.(Cfr. Ignacio Martínez Murias en Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ - Ejemplar N° 6-ISSN2683-8788).

En la publicación citada *ut supra* se especifica que "Jurisprudencialmente el quid de la cuestión,..., radica en el espacio temporal en que se dicte la nueva condena. Mientras que la última sanción se dicte con anterioridad al vencimiento de la pena primigenia, no existe discusión alguna: corresponde la unificación de las penas e incluso debe dictarse de oficio".

En este sentido, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "...cuando se deba juzgar a una persona que está cumpliendo pena impuesta por sentencia firme en razón de un delito distinto, corresponde al juez que dicte la última sentencia proceder de acuerdo a lo establecido por el artículo 58 del CP". (Fallos: 202:222; 237:537 y 324: 4245, entre otros).

Sentado ello, apreciamos que cómo bien se señala en el decisorio recurrido "...no encontrándose firme la sentencia dictada con fecha 8 de octubre de 2019... en la que se impuso la pena de tres años de prisión corresponde, por aplicación del art. 58 del CPPN primera parte, unificar la misma con la pena impuesta por sentencia firme dictada con fecha 28/12/2005 de veintitrés años de prisión por la Cámara en lo Criminal de San Francisco.".

En efecto, claramente el Tribunal *a quo* estaba llamado a proceder a la unificación. Si bien, en tanto la existencia de aquella condena anterior en cabeza del imputado era un dato conocido para los magistrados, debieron realizarla al momento de pronunciarse respecto de los hechos aquí ventilados y esta falencia que implicó la omisión del cumplimiento de una obligación legal, lo cierto es que la cuestión ha quedado subsanada con el dictado de la pena única que ahora se recurre.

En tal sentido, tenemos especialmente presente que este nuevo pronunciamiento fue emitido dentro de la vigencia del plazo para recurrir la sentencia en la que hubiese correspondido proceder a la unificación, a tal punto ello es así que la impugnación de ambas decisiones —la primera del 8 de octubre de 2019 y la segunda del 5 de noviembre pasado— es materia de tratamiento en el presente acuerdo.

En esa línea, reparamos que la decisión del Tribunal *a quo* en lo que a esta cuestión respecta resultaba ineludible y, no obstante la omisión inicialmente incurrida, en las particulares circunstancias del caso ha quedado resguardado el derecho del procesado a obtener una pronta y definitiva resolución acerca de la sanción que deberá purgar.

Al respecto se ha dicho que "La regla primera del artículo 58 del CP no solo puede sino que debe ser aplicada de oficio por el órgano jurisdiccional que esté en condiciones de hacerlo, en la etapa en que el proceso se encuentre" (Cfr. Causa N° 1434. "Flores, Carlos R. s/ recurso de casación", Reg. N° 1887 del 13/11/1997, Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, con cita de CNACyC: "Delgado, Omar Antonio", causa N° 6452, rta. el 22/11/1977).

También se ha expresado que "...el único juez que puede unificar es el de la última sentencia, ya sea en el mismo acto procesal o en uno posterior que pasará a formar parte de aquella. El juez que tiene el proceso abierto debe unificar de oficio, porque el texto de la ley se lo impone imperativamente al decir 'aplicarán' (Nuñez, Derecho Penal, parte general, T. II, p. 515)." (Cfr. Hugo Arnaldo Bruera y Matilde Marina Bruera "Derecho Penal y Garantías individuales" Editorial Juris, Julio de 1997, p. 140).

Justamente, "El artículo 58, consagra y garantiza la unidad de la pena en todo el país, evita que un individuo condenado reiteradamente, pero en distintas jurisdicciones o épocas sucesivas, quede sometido a un régimen punitivo plural.". (Cfr. nuestro voto en Causa N° 1824 de esta Sala, "Aguirre, Juan C. y otro s/ recurso de casación", Reg. N° 413 del 08/09/1999).

De este modo, apreciamos que dar favorable acogida a la pretensión de la defensa importaría convalidar el cumplimiento simultáneo y paralelo de dos penas impuestas en distintos procesos, tratándose esa precisamente de la situación que la norma quiere evitar.

En definitiva, por todo lo expuesto, consideramos que corresponde rechazar el planteo en lo que a esta cuestión respecta.

1.e En cuanto a las objeciones a la declaración de reincidencia de M. A. (apartado b.2) del considerando primero), resulta de aplicación en lo pertinente lo señalado en el punto 1.c de la presente.

Frente a aquellos señalamientos efectuados *ut supra* y atendiendo a las críticas que realiza la esforzada defensa respecto a la oportunidad en que M. A. fue declarado reincidente, debemos recordar que la Corte Suprema de Justicia ha expresado que "...no hay fundamento en el derecho procesal penal aplicable al caso para postular que el único momento adecuado para la declaración de reincidencia es el del pronunciamiento de la sentencia de condena, de modo que al no declarársela en esa oportunidad, precluiría la posibilidad de alegarla.

Antes bien, el Código Procesal Penal de la Nación reglamenta, para la etapa de ejecución penal, un procedimiento para la evaluación, concesión, rechazo y revocación de la libertad condicional que resulta propicio para resolver la cuestión de la reincidencia: un procedimiento contradictorio, en el que el tribunal cuenta con amplias atribuciones de producción probatoria sobre las condiciones de cumplimiento de la condena actual y sus antecedentes, y cuya decisión es impugnable por la vía del recurso de casación (cf. artículos 491 y 505-510 del CPPN)." (ccc 500000071/2011/T01/20/1/1/RH2 "Aquino, Fernando José y otros" del 22/05/2018).

1.f Finalmente y en lo tocante con el cuestionamiento de la constitucionalidad de la reincidencia (considerando primero, apartado b.3)), corresponde puntualizar, en primer lugar, que invariablemente hemos sostenido y afirmado la validez constitucional del artículo 50 del CP, en las causas N° 189 "Pajón, Armando s/ recurso de casación", rta. el 13 de octubre de 1994, Registro N° 136/94; N° 206; y en especial en la causa N° 1066 "Grimaldi, Oscar s/ recurso de inconstitucionalidad", rta. el 26 de junio de 1997, Registro N° 262/97, entre muchísimas otras —a cuyas consideraciones corresponde remitirse a fin de evitar repeticiones inútiles—; doctrina que, por lo demás, la defensa no ha logrado refutar en su empeñosa presentación, lo que sella la suerte de su recurso en este aspecto.

No está demás destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha confirmado la constitucionalidad del régimen de la reincidencia *in re* "Arévalo, Martín S. s/ causa N° 11.835", Recurso de Hecho A. 558 XLVI, del 27 de mayo de 2014, por lo que las objeciones planteadas en tal sentido resultan a esta altura totalmente improcedentes.

En definitiva, por las razones expuestas, consideramos que la resolución cuestionada se encuentra fundamentada y se ajusta a la ley aplicable.

1.g Por lo demás, en cuanto a los institutos liberatorios que pretende hacer valer la parte recurrente (apartado b.4) del primer considerando), correctamente indicó el *a quo* que atento a la condición de reincidente de M. A. A., "...no corresponde conceder la libertad condicional peticionada...", sin que pueda predicarse a su respecto que, en las condiciones señaladas, se encuentren acreditados los requisitos legales para acceder a la misma, circunstancia que nos exime de mayores explicaciones sobre el tópico.

1.h Por otra parte, en lo que respecta al decomiso del automóvil dominio ... y de la computadora Marca Compaq, Serie ..., modelo 18-2004 (considerando primero, apartado a.5)), recordamos que el rodado fue secuestrado mientras era conducido por M. N. y transportaba setenta y siete envoltorios de picadura de marihuana, conteniendo un peso total de 67,650 kilogramos.

En ese marco, ninguna duda albergamos respecto a que tal como se encuentran acreditados los hechos, resulta evidente que el rodado se encuentra vinculado con el ilícito accionar atribuido.

En este sentido recordamos que el artículo 23 del código penal establece que "En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito,...".

A su vez la ley 23.737 en su artículo 30 dispone que "...se procederá al comiso de los bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso o elementos objetivos acrediten que no podía conocer tal empleo ilícito. Igualmente se procederá a la incautación del beneficio económico obtenido por el delito.".

En el caso, tenemos particularmente presente que más allá de lo alegado por la esforzada defensa respecto a la titular registral del mencionado vehículo, lo cierto es que ya en el procedimiento efectuado durante el mes de septiembre del año 2017, es decir cuatro meses antes de aquel en que se dispusiera el secuestro del mismo, ese automóvil era el utilizado por la condenada N. Ello sumado a que la parte no explica cuál es el vínculo con quien figura como titular en el informe dominial, tratándose de acuerdo a lo verificado mediante la constancias de autos, de la progenitora de la condenada.

Así, la inexistencia de algún reclamo o interés de otra supuesta propietaria distinta de la condenada se explica por la razón indicada, debiendo tenerse especialmente en cuenta que según alude la defensa en su recurso al momento de impugnar la mensuración de la pena, la Sra. P., quien figura cómo titular registral del rodado, a raíz de un ACV se encontraba al cuidado de la aquí condenada hasta el momento de su detención y a partir de allí debió continuar con esta labor la abuela de la mencionada N.; todo lo que evidencia que más allá del dato que arroja el referido informe, quien utilizaba el rodado, incluso para cometer el ilícito que motiva la presente, era la condenada.

Por lo demás, la argumentación referida a que la computadora era de propiedad de los hijos de N. no resiste el análisis a poco que se advierta que se trata de dos menores cuya manutención y bienes era proveída por la persona a cargo de quien se encontraban, en el caso N., dedicada a la ilícita tarea por la que resultó condenada y que le reportaba cuantiosos ingresos, a punto tal que proyectaba con su pareja, M. A., una inversión de alrededor de cien mil pesos para desarrollar la actividad ilícita e inclusive la compra de inmuebles representativos de sumas que no se ven justificadas con los ingresos económicos conocidos de la nombrada.

Finalmente cabe recordar aquí que si bien la legislación en vigor, admite el decomiso de aquellos instrumentos o bienes empleados para su comisión como así también los beneficios económicos obtenidos y lo adquirido con su producido; no es menos

cierto que ello debe conciliarse con una regla de naturaleza superior que exige la observancia de las formas sustanciales del proceso relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia ("Zubieta, Juana y otros s/ recurso de casación" reg. 305 del 17/07/1998; "Arriaga, Ricardo y otros s/ recurso de casación" reg. 574/02 del 03/10/2002 entre muchas otras de esta Sala).

Dichos extremos se encuentran mínimamente reunidos en el caso aunque con mezquino desarrollo por parte de los jueces en el fallo; la nombrada fue encontrada culpable lo cual fue declarado mediante la sentencia condenatoria y ha sido probada la conexidad de esos bienes con el tráfico de estupefacientes por el que resultó condenada. Por ello, proponemos el rechazo del recurso de la defensa también en lo concerniente a este agravio.

1.i Por último, en relación al cuestionamiento a la constitucionalidad de la multa de unidades fijas establecida por el art. 9 de la ley 27.302 (considerando primero, a.1)), advertimos que el mismo planteo ya fue efectuado en la instancia anterior, habiendo dado en su oportunidad los magistrados intervinientes acabada respuesta a las pretensiones en este sentido expuestas.

En tal sentido, las argumentaciones del *a quo* se ajustan a cuanto señalamos al pronunciarnos en las causas FSA 5792/2017/TO1/CFC2 de esta Sala, "Blanco Ramos, Petrona y otros s/ recurso de casación", registro n° 1040/18 del 29/08/2018 y FCR 6416/2017/TO1/CFC3 "Mayor, Víctor R. y otros s/ recurso de casación", reg. 935/19 del 19/06/2019, entre muchas otras, a cuyas constancias nos remitimos y cuya lectura nos permitimos respetuosamente sugerir.

En los referidos precedentes concluimos que "...la remisión efectuada por la norma a otra disposición legal,..., es meramente administrativa, no advirtiéndose que la misma vulnere principio constitucional alguno, por lo que resulta legítima".

También en esa oportunidad expresamos que "...es atribución exclusiva del Poder Legislativo Nacional el determinar qué conductas configuran delitos, cuál es la sanción mínima y máxima que corresponde a cada tipo, determinación respecto a la cual corresponde luego al magistrado efectuar la concreta aplicación al caso traído a su jurisdicción.", que "...no luce irrazonable ni desproporcionada la escala contenida en el artículo 5° de la ley 23.737 que establece un mínimo de cuarenta y cinco unidades fijas para el que incurra en alguna de las figuras allí previstas..., ni se observa que vulnere los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, ni que resulte confiscatoria,...", y que "...en lo atinente a la determinación del pago, el artículo 21 del CP propone una serie de alternativas para lograr su efectivización, presentándose como última instancia la conversión de la multa en pena de prisión.".

En efecto, tal como se señalara en aquel caso, el esquema que prevé la norma, teniendo en cuenta la situación económica de los penados, ofrece una cantidad de opciones a fin de que aquellos puedan solventarla. Pues no sin antes procurar su ejecución y agotar todas las instancias, podrá operar la conversión en prisión.

En tal sentido "La sola circunstancia de no haber respondido el condenado a las intimaciones que se le cursaran a fin de hacer efectiva la pena de multa previamente impuesta no es suficiente para convertirla en prisión, pues conforme lo establece el art. 21, CP debe procurarse su satisfacción mediante la ejecución de sus bienes, o afectación de sueldos u otras entradas (...)" (Romero Villanueva, Horacio J., "Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria y Anotados con Jurisprudencia", p. 80, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012).

Por lo demás, siquiera se advierte que se haya dispuesto en el marco de estos actuados alguna de las alternativas que prevé la norma a efectos de que los condenados puedan satisfacer la pena de multa que les fue impuesto; y menos aún que se haya resuelto adoptar la conversión de la multa en días de prisión; de modo tal, que los agravios traídos por la parte recurrente en este punto, son meramente conjeturales.

Bajo tales presupuestos, las críticas elaboradas se vinculan con cuestionamientos a las razones de política subyacentes en la decisión del legislador, cuestión que excede el campo del control jurisdiccional.

En tales condiciones, tampoco este agravio podrá tener favorable acogida.

1.j Finalmente, en cuanto al agravio introducido durante el término de oficina por la defensa de M. A. A. referido a la arbitrariedad al disponer respecto del nombrado una pena única de veinticinco años, por encima de la suma aritmética de las penas de prisión singulares —que entendió que en el caso correspondía a veintitrés años—; advertimos que de la crítica queda ceñida a un error de la defensa.

En tal sentido, observamos que la parte omite considerar que la pena única aquí dispuesta, resulta comprensiva de la pena de tres años de prisión determinada en esta causa y de la a su vez pena única de veintitrés años de prisión dictada por Sentencia N° 161 de fecha 28/12/2005 por la Cámara en lo Criminal y Correccional de San Francisco.

En efecto, tal como detallamos en el apartado 1.d del presente considerando, la Cámara en lo Criminal y Correccional de San Francisco condenó a M. A. como coautor del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por el empleo de arma de fuego y violación de domicilio, en concurso real, y le impuso la pena de 20 años de prisión, pena que a su vez fue unificada con la de tres años de prisión de ejecución condicional que le impusiera esa misma Cámara mediante sentencia de fecha 05/05/2003, en la pena única de 23 años de prisión.

Así las cosas, resulta evidente que la sumatoria de las penas establecidas importaba un límite máximo de 26 años y no de 23 como refiere la parte.

En tales condiciones, resulta evidente la improcedencia del cuestionamiento en este sentido invocado.

Por lo demás, recordamos 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. y otro 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 I.", causa n° 13.299, reg. 1222/12, rta. el 13/07/2020; 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".

Sin perjuicio de ello, tal como antes expresamos, el evidente error incurrido por la defensa determina la inexistencia de agravio para la parte, por lo que tampoco en este sentido su crítica puede tener favorable acogida.

Cuarto:

1. Finalmente, corresponde adentrarnos al análisis de los planteos efectuados por el Ministerio Público Fiscal.

Los mismos están referidos a la arbitrariedad de la sentencia que, mediante una errónea valoración de la prueba y la omisión de considerar elementos dirimentes, dispuso la absolución de J. I. L. y C. A. J.

En la misma línea se alude a la errónea aplicación de la ley penal sustantiva por cuanto los magistrados de la anterior instancia fundaron la duda absolutoria en que no se pudo acreditar que L. y J. hayan ingresado efectivamente droga a la cárcel, pese a resultar ello irrelevante a los fines del delito de confabulación previsto en el art. 29 bis de la ley 23.737.

Al respecto, conceptuamos oportuno recordar la reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal en cuanto a que la legislación procesal ha impuesto a los magistrados del poder judicial la obligación ineludible de motivar sus decisiones.

Llevamos dicho que "...los jueces tienen el deber de motivar las sentencias y ello se realiza cuando se expresan las cuestiones de hecho y de derecho que los llevan a concluir en un caso concreto de un determinado modo. Se cumple así con un principio que hace al sistema republicano, que se trasunta en la posibilidad que los justiciables, al ser absueltos o condenados puedan comprender claramente porque lo han sido" (conf. causas N° 25 "Zelikson, Silvia E. s/ recurso de casación", Reg. N° 67 del 15 de diciembre de 1993 y sus citas; y causa N° 65 "Tellos, Eduardo A. s/ recurso de casación", Reg. N° 64/94 del 24 de marzo de 1994, ambas de esta Sala).

En ese criterio, vemos que el artículo 123 del CPPN establece que las sentencias deberán ser motivadas bajo pena de nulidad y más aún, el artículo 404 inciso 2° del mismo texto legal dispone que la sentencia será nula si faltare o fuere contradictoria la fundamentación. Esta exigencia comporta una garantía en

beneficio de los eventuales imputados y acusados, como también para el Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia. Motivar o fundamentar las resoluciones judiciales implica asentar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ellas contienen. En otras palabras, importa la obligación de consignar las causas que determinan el decisorio o exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la resolución, esto es, las razones que poseen aptitud para legitimar el dispositivo (conf. nuestros votos en las causas N° 80 "Paulillo, Carlos D. s/ recurso de casación", Reg. N° 111 del 12/04/1994; N° 181 "Sasson Attie, Raúl N. s/ recurso de casación" Reg. N° 177/94 del 17/11/1994; N° 502 "Arrúa, Froilán s/ recurso de casación", Reg. N° 185/95 del 18/09/1995; N° 1357 "Canda, Alejandro s/ recurso de casación", Reg. N° 70/98 del 10/03/1998; N° 2124 "Anzo, Rubén F. s/ recurso de casación", Reg. N° 632/99 del 22/11/1999; N° 1802 "Grano, Marcelo s/ recurso de casación", Reg. N° 186/2002 del 22/04/2002; y asimismo las causas N° 18 "Vitale, Rubén D. s/ recurso de casación" Reg. N° 41 del 18/10/1993; N° 25 "Zelikson, Silvia E. s/ recurso de casación" ya citada; N° 65 "Tellos, Eduardo s/ recurso de casación" ya citada; N° 135 "Risso de Osnajansky, Nelly s/ recurso de casación", Reg. N° 142/94 del 18/10/1994; N° 190 "Ruisanchez Laures, Ángel s/ recurso de casación" Reg. N° 152/94 del 21/10/1994; N° 13.755 "Nicodemo, Eduardo J. D. y otros s/ recurso de casación" Reg. N° 1130/11 del 15/08/2011; N° 15.150 "Quevedo, Marcelo R. s/ recurso de casación" Reg. N° 501/12 del 20/04/2012; N° 15.203 "Lucena, Roque A. s/ recurso de casación" Reg. N° 498/12 del 20/04/2012; N° 651/2013 "Gacitua, Fernando y otro s/ recurso de casación" Reg. N° 2426/13 del 12/12/2013; N° 694/2013 "Díaz, Iván A. s/ recurso de casación" Reg. N° 2577/13 del 27/12/2013; N° 1357/2013 "Gómez, Damián H. s/ recurso de casación" Reg. N° 291/2013 del 12/03/2014; N° FPA 91002271/2012/TO1/CFC1 "Lamas, Emanuel A. C. y otros s/ recurso de casación" Reg. N° 621/15 del 23/04/2015; N° CCC 64290/2013/TO1/1/CFC1 "Baez Gómez, Jonathan G. s/ recurso de casación" Reg. N° 1389/15 del 26/08/2015; N° FRE 75555/2014/TO1/CFC1 "Quiroz, Darío N. s/ recurso de casación" Reg. N° 696/16 del 03/06/2016; N° FMZ 93003252/2012/TO1/CFC1 "García Centurion, Luís E. y otros s/ recurso de casación" Reg. N° 739/16 del 08/06/2016; N° FTU 21346/2014/TO1/CFC1 "Luna, Patricia de los Ángeles s/ recurso de casación" Reg. N° 826/16 del 23/06/2016, todas de esta Sala III, entre muchas otras).

Se trata de un análisis crítico, razonado y circunstanciado de la prueba rendida al debate, pero sin omitir la evaluación de toda aquella que sea conducente o decisiva para el desenlace de la cuestión, ni parcializar o aislar indebidamente el material probatorio. Debe tenerse presente que un análisis parcial de la prueba puede traer aparejado el apartamiento de la solución legal prevista para el caso y, por ende, a un supuesto de arbitrariedad normativa de la sentencia.

A la luz de la referida doctrina, advertimos que en lo tocante a las absoluciones de J. y L., en la sentencia se ha efectuado un sesgado análisis de las probanzas arrimadas, circunstancia que provoca la imposibilidad de tomarla como un acto jurisdiccional válido en los términos exigibles a la luz de las normas establecidas por el Código Procesal Penal de la Nación.

En este sentido, observamos que el Tribunal desatendió la cronología de las escuchas e incluso omitió la consideración de algunas de las conversaciones emergentes de las mismas, de particular relevancia a los fines del tratamiento sobre la intervención en los hechos de los acusados J. y L.

Así, en la sentencia se alude en primer lugar a la conversación del 17/01 en la que M. E. N. le pregunta a la imputada J. si había pasado "todo" —presumiblemente en referencia al ingreso de elementos al Establecimiento Penitenciario donde se desempeñaba la pareja de J., L., y se encontraba alojado el compañero de N., M. A.— a lo que esta responde que pasó "el paquete grande" pero que falta "lo otro", refiriendo N. "ah falta el el", "si si el por lo que estamos hablando", de donde el tribunal concluye que uno de los paquetes era de cigarrillos, mientras que "'lo otro' desconocemos de qué se trata".

Seguidamente el *a quo* se refiere al diálogo de fecha 13/01, que versa sobre cuánto cobraría "el J.", infiriendo de ello que L. todavía no había sido consultado respecto a cuánto cobraría el ingreso de material estupefaciente al establecimiento penitenciario y si aceptaba o no la realización de esa tarea, de donde dedujo que hasta ese momento no habría ingresado sustancias prohibidas, circunstancia que generaba dudas respecto a si en alguna oportunidad habría procedido de ese modo.

Ahora bien, tal como advierte el Fiscal, si se invierten los términos del análisis respetando la cronología de los diálogos y se valoran conjuntamente los mismos, la conclusión podría resultar diametralmente opuesta.

Más aún si se pondera lo que se desprende de las escuchas de fecha 18/01 y 23/01, sobre las que ninguna consideración realizó el *a quo*.

Así, en el primero de los referidos diálogos (de fecha 18/1), ocurrido al día siguiente que N. consultara con J. sobre los ingresos encomendados y que se le indicara que había pasado "el paquete grande" pero faltaba "lo otro", "por lo que estamos hablando" (conversación del 17/1); J. le refiere a L. "habla con ese chi-

co porque no rinde mil doscientos, por eso no" y en el posterior de fecha 23/1 J. refiere a un encargue de perfumes de Avon, que "ella" se los entregaría y que luego habría que mandarle la plata "para Arroyito", es decir la ciudad donde N. tenía el negocio de Ferretería y donde en alguna ocasión habría recibido a J. y a L. En esa charla además se hace alusión a un monto de ciento cincuenta mil pesos que debían entregar a N. referidos a "perfumes de Avon", suma por demás excesiva para una inversión en fragancias por parte de quienes transitaban una muy complicada situación económica.

En ese marco, tal como afirma la parte recurrente, la circunstancia de que estos acusados hayan negado cualquier vinculación con el ingreso de estupefacientes y hayan reconocido únicamente el ingreso de cigarrillos y otros elementos, actividad en si misma desajustada a las normas, no puede resultar determinante frente a las restantes probanzas indicadas.

Al respecto debemos recordar que tal como señalan los impugnantes, la Fiscalía en su alegato acusatorio sostuvo que J. y L. realizaron conductas tendientes a hacer ingresar estupefacientes al Establecimiento penitenciario donde prestaba funciones el segundo, motivo por el que se los acusó por la figura contenida en el art. 29 bis de la ley 23.737 que implica tomar parte en una confabulación dos o más personas para cometer otros delitos de la ley y que esta figura queda configurada a partir del momento en que algún miembro realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el cual se habían concertado.

Esta figura entonces no exige la consumación de alguno de los delitos para los que sus autores se confabulan, circunstancia que desplazaría la aplicación de la misma, sino que la mera existencia de actos reveladores por parte de algún miembro de cometer alguno de los delitos previstos en los artículos 5°, 6°, 7°, 8°, 10 y 25 de la ley 23.737 y el artículo 866 del Código Aduanero, determina la configuración de este delito.

Sentado ello, la imposibilidad de acreditar que estos acusados hayan ingresado efectivamente droga a la cárcel como base para fundar la duda absolutoria, implica un error y una marcada contradicción con la propia doctrina invocada en la sentencia respecto a que "...'La acción típica es integrar, tomar parte de la mentada confabulación, y el delito se ve consumado ante la mera realización de la reunión de dos o más personas organizadas con tales fines; sin embargo, a los efectos de la confabulación deben verse reflejados en la realización de actos reveladores de la decisión común de ejecutar el delito... si entendemos las condiciones de punibilidad como todas aquellas circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad, entonces la realización de los actos con las mentadas características participa de la naturaleza de dicha categoría dogmática. Los actos manifiestamente reveladores son aquellos referidos a la decisión común de ejecutar delitos, y por ello no son necesariamente actos de ejecución' (Mahíques, Carlos. 'Leyes Penales Especiales'. Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2004. pp. 233/4)".

En ese marco, resulta acertada la crítica que realiza el representante del Ministerio Público Fiscal en su recurso en tanto ha quedado evidenciado que el *a quo* consideró de modo fragmentario los elementos de juicio arrimados al proceso, omitiendo una visión conjunta de los mismos, lo que ha redundado en la arbitrariedad de la sentencia en lo que a estos agravios respecta que, consecuentemente, debe ser anulada.

Así las cosas, la totalidad de los elementos reseñados a lo largo de la presente demuestran el desacierto de lo decidido por el tribunal de grado en tanto el fallo impugnado se apartó de elementos de juicio dirimentes para la solución del caso y no hizo mérito adecuado de la prueba de cargo acumulada para descartar la versión de los acusados J. y L.

En las condiciones expuestas, cabe concluir que la sentencia recurrida evidencia graves defectos en su fundamentación, razonamiento y en la valoración de la prueba, con relevancia decisiva para dirimir la controversia planteada, que llevó al apartamiento de la solución legal prevista para el caso, lo que la invalida como acto jurisdiccional e impone su descalificación conforme la doctrina de la CJSN en materia de arbitrariedad (Fallos: 311:1438; 312:1150, entre otros).

Debe recordarse la doctrina que emerge del Alto Tribunal en cuanto a que "...es condición de validez de un fallo judicial que él sea conclusión razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa" (Fallos: 238:550), y que "se le debe acordar primacía a la verdad jurídica objetiva e impedir su ocultamiento ritual, como exigencia del adecuado servicio de justicia, que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional" (Fallos: 247:176; 262:459; 238:550; 249:324; 250:642).

Por otra parte, no es posible soslayar que en el caso el *a quo*, tras descartar la aplicación del tipo penal de confabulación, omitió pronunciarse por la significación jurídica subsistente cómo imputación residual respecto de L., esto es, el delito de violación de sus deberes derivados de la calidad funcionario público, previsto en el art. 248 del CP.

Así, durante el debate no se ha controvertido que L. ingresaba productos como ser celulares y cigarri-

llos para el negocio que A. tenía montado en el Penal, implicando ello la comisión de infracciones reglamentarias perpetradas por este acusado en su rol de funcionario del Servicio Penitenciario de la Provincia de Córdoba.

En tales condiciones, tal como adelantamos, conceptuamos que la resolución impugnada no se ajusta a las prescripciones contenidas en los citados artículos 123 y 404 del ordenamiento.

Por lo demás, en numerosos precedentes hemos sostenido que el reenvío de las actuaciones al tribunal que resulte sorteado para la realización de un nuevo juicio no conculca el principio ne bis in ídem ni garantía constitucional alguna (cfr. causa n° 11.816 "Italia, Luis R. s/ recurso de casación", rta. 15/10/2010, registro n° 1588/10; causa n° 68/2013 "Italia, Luis R. s/ recurso de casación", rta. 13/09/2013, registro n° 1658/13; entre otras).

En definitiva, en tanto en el caso bajo estudio el *a quo* ha desatendido el mandato que bajo pena de nulidad establecen los artículos 123 y 404 inciso 2° del rito penal, corresponde hacer lugar, sin costas, al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

2. Por último, resta decir, con relación al planteo introducido durante el término de oficina por la defensa de J. y L., vinculado con la legitimidad recursiva del representante del Ministerio Público Fiscal— que en los precedentes "Arce" (Fallos: 320:2145) y "Juri" (Fallos: 329:5994), la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó que si bien los acusadores no gozan de la garantía constitucional del derecho a recurrir ante un tribunal superior y que el Estado puede limitar válidamente dicha facultad en los supuestos en que considere que no revisten suficiente relevancia como para justificar su actuación, nada impide —más allá de tales restricciones— su actividad recursiva en los casos establecidos por la ley (artículo 433 CPPN).

En este sentido, consideramos que acoger la posición defensista implicaría dejar vacíos de contenido los artículos 458 inciso 1° y 460 del CPPN, que consagran el derecho al recurso contra la sentencia absolutoria al Ministerio Público Fiscal y al particular ofendido, respectivamente.

En conclusión, por todo lo precedentemente expuesto, propiciamos al acuerdo y votamos por: I. Rechazar los recursos de casación interpuestos por la asistencia letrada de M. E. N., M. A. A., R. F. B. y P. E. A., con costas (artículos 456, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN), II. Hacer lugar, sin costas, al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y consecuentemente, anular parcialmente el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral Federal 2 de Córdoba, en lo tocante a los puntos dispositivos 4° y 5° referidos a los imputados C. A. J. y J. I. L. y apartar del conocimiento de la causa al referido Tribunal, debiendo remitir estas actuaciones a esa sede a efectos de que tome nota de la presente y disponga lo necesario para que se determine el nuevo Tribunal que deberá intervenir para su sustanciación conforme a derecho (artículos 123, 166, 168, 172, 173, 404 inciso 2°, 456 inciso 2°, 471, 530 y 532 del CPPN).

Tal es nuestro voto.

El doctor *Gemignani* dijo:

I. Que coincido en lo sustancial con la extensa y detallada fundamentación realizada por el voto que abre el acuerdo, Dr. Eduardo Rafael Riggi, expuesta en el apartado Tercero en cual se rechazan los agravios traídos a estudio por el Ministerio Público de la Defensa.

Ahora bien, en cuanto al apartado Cuarto referido a los agravios del Ministerio Público Fiscal, sellada la suerte del recurso de acuerdo al voto coincidente de mis colegas conocido luego de la deliberación, solo dejaré a salvo que, de acuerdo a mi criterio expuesto en numerosas ocasiones (cfr. "Cañete, Darío R. y otros s/ recurso de casación", causa N° 1735/13, Registro de la Sala IV de la CFCP N° 3156/2014.4), en la presente causa no correspondería realizar un reenvío del expediente al tribunal de mérito para que realice un nuevo juicio sino que esta Sala, con los elementos obrantes en la causa, debería resolver conforme al art. 470 del CPPN.

II. Por este motivo, propongo al acuerdo: I. Rechazar los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público de la Defensa, sin costas (arts. 530 y 532 —en función del art. 22 inc. d) de la ley 27.149— del CPPN). II. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y consecuentemente, casar parcialmente el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba, en lo tocante a los puntos dispositivos 4° y 5° referidos a los imputados C. A. J. y J. I. L., sin costas en la instancia (530 y 532 del CPPN).

Tal es mi voto.

La doctora *Catucci* dijo:

1. El fallo condenatorio de M. E. N., M. A. A., R. F. B. y P. E. A. se encuentra al amparo de la tacha de arbitrariedad, habida cuenta de que la prueba fue analizada con sujeción a las reglas de la sana crítica racional (art. 123 del CPPN), que conducen a demostrar

sin dudas las distintas participaciones y responsabilidades de los nombrados en los hechos investigados.

De ahí que los argumentos de la Defensa Pública Oficial solo exhiben su discrepancia con la fundamentación de la sentencia y con el resultado alcanzado sin lograr demostrar, ni advertirse vulneración a garantías constitucionales.

Por lo demás, de acuerdo a los episodios probados, las conductas de los nombrados quedaron bien encuadradas en las figuras legales seleccionadas por el órgano sentenciante, ya analizadas en el voto del Dr. Eduardo Riggi.

Finalmente, los montos de las penas impuestas a los nombrados se encuentran debidamente fundados, tal como se expuso en el voto preopinante y al que cabe remitir en razón de brevedad (arts. 40 y 41 del CP).

2. Ajustada a derecho aparece la unificación de las condenas impuestas a M. A. A. pues se adecuan a lo dispuesto en el artículo 58 del CP.

A su respecto el agravio de arbitrariedad introducido durante el término de oficina por la defensa de M. A. A., resulta inadmisible por su extemporaneidad, tal como lo he sostenido en 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 otro 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 R. 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—.

No obstante lo expuesto, cabe señalar que el presente agravio se trata de un error de cálculo de la defensa, sentido en el cual concluyó el Dr. Riggi en su voto, y al que he de remitir en razón de brevedad.

3. En cuanto a los cuestionamientos sobre la constitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50 del CP), cabe señalar que además de carecer de una fundamentación adecuada, no logran superar el criterio sostenido por el Máximo Tribunal en la causa: "Arévalo, Martín S. s/ causa 11.835" (A. 558. XLVI del 27 de mayo de 2014), y sus citas: "Gómez Dávalos" (Fallos: 308:1938), "L'Eveque" (Fallos: 311:1451) y "Gramajo" (Fallos: 329:3680), ni por esta Sala III, *in re:* "Linares, Víctor P. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad" (c. n° 16.729, reg. n° 1789/12, del 14/12/2012), entre muchos otros precedentes.

Además, coincido con el voto que lidera el Acuerdo en que P. E. A. fue bien declarado reincidente (art. 50 del CP).

En sentido similar a lo expuesto por mi colega preopinante, llevo dicho que la reincidencia puede ser declarada de oficio por los jueces intervinientes, en tanto se verifiquen los presupuestos legales exigidos al momento de dictar el fallo, con total prescindencia de las pretensiones de las partes (cfr. esta Sala, mi voto, *in re:* "Nassel, Karina P. s/ recurso de casación", causa N° 12.748, Reg. N° 1854/10, rta. el 07/12/2010).

La sujeción de un condenado al carácter o no de reincidente, es un tema de puro derecho y está más allá del oportuno pedido de la parte acusadora, al tratarse de un deber impuesto por el mero cumplimiento de la ley (conf. CNNP, Sala I, *in re:* "Orozco, Gustavo A. s/ recurso de casación", causa N° 933, Reg. N° 1073, rta. el 19 de julio de 1996 y "Luza, Hugo A. s/ recurso de queja", causa N° 3276, Reg. N° 3987, rta. el 5 de diciembre de 2000).

Por lo demás, el hecho de revestir el nombrado P. A. la calidad de reincidente, sin perjuicio de la oportuna evaluación de las demás condiciones, le impide acceder a la libertad condicional peticionada.

4. Los decomisos del automóvil marca Peugeot, dominio ... y de la computadora Marca Compaq, se encuentran suficientemente fundados y se ajustan a lo establecido en los arts. 30 de la ley 23.737 y 23 del CP.

5. He de compartir los fundamentos dados por mi distinguido colega, Dr. Eduardo Riggi, en relación a la validez constitucional de la ley N° 27.302 (art. 9), que incluso refiere a precedentes en los que he intervenido y a cuyos términos me remito, en razón de brevedad.

6. Por último, coincido en cuanto a que el órgano sentenciante ha incurrido en arbitrariedad manifiesta al absolver a J. I. L. y a C. A. J., de los delitos por los cuales venían acusados, pues se ha realizado una sesgada valoración de algunos elementos probatorios, violando los principios que rigen la sana crítica racional (art. 123, 398, párrafo segundo y 404, inc. 2) del CPPN).

Por lo tanto, corresponde: 1. Rechazar los recursos de casación interpuestos por la Defensa Pública Oficial en favor de M. E. N., M. A. A., R. F. B. y P. E. A., con costas (arts. 456, 470 y 471, a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN). 2. Hacer lugar, al recurso de casación interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal, sin costas y, en consecuencia, anular los Puntos Dispositivos 4° y 5° del pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral Federal N° 2 de Córdoba, relativos a los procesados C. A. J. y J. I. L.; y apartar del conocimiento de la presente causa al mencionado Tribunal, debiendo remitir las actuaciones a esa sede a efectos de que se tome nota de lo resuelto y para que se disponga lo necesario para determinar el nuevo tribunal que deberá intervenir para sustanciar la presente, conforme a lo aquí decidido (arts. 123, 166, 168, 172, 173, 398, segundo párrafo, 404, inc. 2°, 456, inc. 2°, 471, 530 y 532 del CPPN).

Tal es mi voto.

Por el mérito que ofrece el acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Rechazar los recursos de casación interpuestos por la asistencia letrada de M. E. N., M. A. A., R. F. B. y P. E. A., con costas (artículos 456, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN). II. Hacer lugar, sin costas, al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y consecuentemente, anular parcialmente el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral Federal 2 de Córdoba, en lo tocante a los puntos dispositivos 4° y 5° referidos a los imputados C. A. J. y J. I. L. y apartar del conocimiento de la causa al referido Tribunal, debiendo remitir estas actuaciones a esa sede a efectos de que tome nota de la presente y disponga lo necesario para que se determine el nuevo Tribunal que deberá intervenir para su sustanciación conforme a derecho (artículos 123, 166, 168, 172, 173, 404 inciso 2°, 456 inciso 2°, 471, 530 y 532 del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada de la CSJN N° 5/2019) y remítase al Tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Liliana Catucci. — Eduardo R. Riggi. — Juan C. Gemignani.*

EXCARCELACIÓN

Asociación ilícita que organizaba secuestros extorsivos. Posibilidad de eludir el accionar de la justicia. Rechazo. Recurso de casación. Inadmisibilidad.

1. — La defensa no logró demostrar la existencia de un cuestión federal, limitándose a invocar supuestos defectos de fundamentación, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el a quo consideró relevantes para rechazar la excarcelación y la prisión domiciliaria.

2. — Debe rechazarse el pedido de excarcelación solicitado por el imputado, ya que la organización de la que presuntamente formaría parte se encontraría conformada por un amplio número de personas, algunas de las cuales no han sido aún identificadas, todo lo cual lleva a concluir que, en caso de concedérsele la libertad, contará con los medios para intentar eludir el accionar de la justicia.

CFCasación Penal, sala III, 17/02/2021. - M., C. Á. G. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/2928/2021]

Causa FLP 138001/2018/TO1/61/CFC9

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 17 de 2021.

El doctor *Riggi* dijo:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata, con fecha 18 de diciembre de 2020 resolvió: "I. No hacer lugar a la excarcelación de C. Á. G. M., bajo ningún tipo de caución, ni al arresto domiciliario solicitado subsidiariamente por el Dr. Gastón Ezequiel Barreiro, Defensor Público Oficial (artículos 316 y 317 a contrario sensu, 319 y concordantes del CPPN, 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal)".

II. Contra dicha decisión la defensa de C. A. G. M. interpuso recurso de casación, el que fue concedido por el *a quo*.

En su impugnación sostuvo que la resolución impugnada presenta una fundamentación aparente respecto a los riesgos procesales invocados para denegar la excarcelación y el pedido de arresto domiciliario de su defendido.

Refirió que no se ha agregado al legajo elemento alguno que permita inferir que C. A. G. M. intentará eludir el accionar de la justicia y que resulta imposible pensar

que se encontraría en condiciones realizar actos que puedan obstaculizar o eludir la acción de la justicia.

En base a ello, solicitó que se case la resolución recurrida y se disponga la inmediata libertad de C. A. M. o en su defecto se morigere su prisión preventiva en la modalidad de arresto domiciliario.

III. Que si bien las resoluciones que involucran la cuestión aquí planteada, resultan equiparables a sentencia definitiva, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934, 328:1108, 329:679, entre otros), para posibilitar la jurisdicción de esta Alzada, debe encontrarse debidamente fundada una cuestión federal.

Que en el *sub judice*, la defensa no ha logrado demostrar la existencia de la misma, limitándose a invocar supuestos defectos de fundamentación, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el *a quo* consideró relevantes para rechazar la petición.

En primer lugar, cabe destacar que, a efectos de denegar el pedido efectuado por la defensa, el tribunal de la instancia anterior valoró que C. A. G. M. fue requerido a juicio por ser considerado coautor del delito de asociación ilícita, por cuanto se le imputó "junto a otras once personas, el haber formado parte de una organización dedicada a la ejecución de delitos contra la propiedad y las personas. Destacándose que 'entre los ilícitos cometidos, esta organización, ha ejecutado el secuestro extorsivo sufrido por Leandro García Pimentel'".

Respecto a la existencia de riesgos procesales, los magistrados intervinientes destacaron que atento la imputación que se le dirigió a C. A. G. M. "en caso de ser encontrado culpable no le permitiría acceder a una condena de ejecución condicional, pues registra cinco condenas previas, una de ellas de importante cantidad punitiva, habiendo incluso sido declarado reincidente (arg. art. 221, inc. b del CPPF y 319 del CPPN, conf. fs. 2317/2334 del principal)...". En base a ello, consideraron que la situación de M. "no se adecua a ninguna de las hipótesis previstas por el art. 317 del ordenamiento adjetivo".

En la misma inteligencia, consideraron "razonable la continuidad de la cautelar a la que se encuentra sujeto M. no solo por la gravedad de los hechos enrostrados a los miembros de esta presunta asociación ilícita, a lo que se agrega que fue nuevamente indagado por secuestro extorsivo agravado y robo agravado, sino porque entendemos que —conforme lo establecido en el requerimiento de elevación a juicio— la referida organización de la que presuntamente formaría parte... se encontraría conformada por un amplio número de personas, algunas de las cuales no han sido aún identificadas, todo lo cual nos lleva a concluir que, en caso de concedérsele la libertad, contará con los medios para intentar eludir el accionar de la justicia".

Al respecto, agregaron que "no pueden obviarse las conexiones que podría establecer el encausado con las personas que aún no han podido ser sometidas a proceso en caso de concedérsele la libertad que su defensa reclama, quienes podrían asistirlo en caso de que intentara sustraerse del accionar de la justicia (arg. art. 221, *in fine*, del CPPF)".

En definitiva, concluyeron que el cuadro de situación reseñado "permite presumir, fundadamente, que en el caso de disponerse su soltura, M. intentará eludir la acción de la justicia, entorpecer la investigación que continúa en trámite en el juzgado instructor, o incluso amedrentar a las víctimas o testigos que puedan citarse al debate (conf. arts. 319 del CPPN y 222 del CPPF)".

Por otra parte, en lo concerniente al pedido de morigeración de las actuales condiciones de detención de M., el *a quo* consideró que no estarían dadas las garantías suficientes para neutralizar los elevados riesgos procesales mencionados anteriormente.

En dicho sentido, explicaron que a tenor de las previsiones de los arts. 210, 221 y 222 del CPPF y a los riesgos procesales aludidos, no advierten "la existencia de una medida menos restrictiva que, por sí sola o implementada de manera conjunta con otras de las mencionadas en el catálogo establecido por la primera de dichas normas, asegure su sometimiento al juicio oral y público".

En razón de las consideraciones precedentes, las discrepancias valorativas expuestas por la impugnante, amén de demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108); por lo que debe declararse inadmisible la vía intentada, con costas (arts. 444, 456 bis, 530 y 531 del CPPN).

El doctor *Gemignani* dijo:

Que por compartir en lo sustancial las consideraciones efectuadas por mi colega preopinante, voto en igual sentido. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del CPPN en función del artículo 22 inc. "d" de la ley 27.149).

Tal es mi sufragio.

La doctora *Catucci* dijo:

Por compartir sustancialmente las consideraciones efectuadas por el distinguido colega, doctor *Riggi,* me adhiero a la inadmisibilidad propuesta, con costas.

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de C. A. G. M., por mayoría, con costas (arts. 530 y cc. CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Liliana Catucci. — Eduardo R. Riggi. — Juan C. Gemignani.*

RÉGIMEN PREPARATORIO PARA LA LIBERACIÓN

Instituto aplicable para imputados de determinados delitos. Criterio del legislador. Gravedad de los hechos enrostrados. Progresividad del régimen penitenciario. Disidencia.

1. — Los obstáculos a la concesión de la libertad condicional para los justiciables a quienes se les atribuyen alguno de los delitos previstos en el actual art. 14, inc. 10, del código de fondo y 56 bis de la ley 24.660, con las modificaciones introducidas por la ley 27.375, responden a un criterio del legislador basado en la especial gravedad de los delitos.

2. — En nada se ve afectada la progresividad del régimen penitenciario o la posibilidad de reinserción social del condenado en tanto la misma ley 27.375 introdujo en los arts. 56 ter y quater un régimen de libertad anticipado por uno preparatorio tendiente a su resocialización, razón por la cual se desvirtúan los motivos de su supuesta inconstitucionalidad.

3. — El distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos de la segunda parte del art. 14 del Cód. Penal cometen cualquiera de los delitos especialmente ofensivos allí descriptos, respecto de aquellas que no hayan sido encontradas culpables de alguno de esos tipos penales, se justifica por la gravedad de tales delitos, y por lo tanto, si existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso.

4. — Existe incompatibilidad de los arts. 56 bis, inc. 10 y 56 quater, de la ley 24.660 y el art. 14, inc. 10, del Cód. Penal, con los preceptos normativos fundamentales, consagrados en nuestra Constitución Nacional y, por vía del art. 75, inc. 22, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ya que violan los principios constitucionales de igualdad ante la ley, de razonabilidad de los actos de gobierno, de progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad y su finalidad de reinserción social, en cuanto vedan la posibilidad de los condenados de acceder a la libertad condicional y a los beneficios comprendidos en el período de prueba estableciendo un régimen preparatorio para la liberación restrictivo, por la sola razón de haber cometido un delito determinado (del voto en disidencia del Dr. Gemignani).

5. — No han quedado expresados los motivos suficientes por los cuales el legislador nacional, en uso de sus atribuciones constitucionales, ha decidido que quienes hayan cometido determinados delitos, no puedan acceder a uno de los institutos principales del régimen de progresividad penitenciaria (del voto en disidencia del Dr. Gemignani).

CFCasación Penal, sala III, 17/02/2021. - R., A. E. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/2949/2021]

Causa FSA 16516/2016/TO1/5/CFC2

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 17 de 2021.

La doctora *Catucci* dijo:

1. Que, el 3 de noviembre de 2020, el magistrado del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta, Dr. Domingo José Batule, encargado del control de la ejecución de la pena del condenado A. E. R., declaró la inconstitucionalidad de los arts. 56 bis, 56 quáter de la Ley de Ejecución Penal, modificado por la ley 27.375 y ordenó al Complejo Penitenciario Federal III (NOA), que de darse los supuestos de los arts. 15 y 16 conforme ley 24.660, proceda a realizar la confección de los informes con la conclusión del Consejo Correccional, respecto del interno, a fin de evaluar si está en condiciones de acceder a la libertad condicional.

2. Contra dicha decisión, el Fiscal General, Dr. Francisco Santiago Snopek, interpuso el recurso de casación, que fue concedido por el *a quo*.

3. El recurrente se agravió de la arbitrariedad del decisorio impugnado por haber aplicado erróneamente la ley formal sin dar fundamentos válidos que sustenten un acto de suma gravedad, como es la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

Expresó que en el caso la restricción de ciertos beneficios contemplados en el régimen de progresividad de la pena ceden ante la protección que el ordenamiento jurídico otorga a la salud pública como bien social.

Señaló la inexistencia de la supuesta incompatibilidad del inciso 10 del art. 14 del CPN (texto según ley 27.375), con los arts. 10.3 PIDCP y 5.6. CADH referidos a la reinserción social del condenado y que la imposibilidad de acceder a modalidades de libertad anticipada no implica impedimento de "reinserción social", en tanto que el legislador estableció un régimen de libertad anticipada específico denominado "régimen preparatorio para la liberación", contenido en el artículo 56 quáter de la Ley 24.660 (modificada por ley 27.375).

Agregó que "...poseen un régimen especial acorde a la gravedad de los hechos por ellos cometidos, e igualmente progresivo, que persigue la misma finalidad de reinserción social del condenado, previo al cumplimiento total de la condena, motivo por el cual no corresponde hacer lugar al agravio constitucional así presentado."

Categoría utilizada por el legislador que no resulta irrazonable por lo que el principio de igualdad no se encuentra afectado.

Entendió, en definitiva, que es tarea del legislador articular los lineamientos generales de la política criminal, cuestión ajena a la tarea de los jueces, excepto que se lesionen garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional o Tratados Internacionales, los que esa parte no advierte vulneradas por las disposiciones de la nueva ley.

Destacó, que "si en el momento de imposición de la pena privativa de libertad se ha respetado la máxima según la cual la pena no puede exceder la culpabilidad por el hecho, entendida esta en el marco normativo de los arts. 18 y 19 CN, las elecciones sobre el modo de ejecución no afectan el principio de culpabilidad, ni en el momento de imposición de la pena, ni en el momento del progreso de su ejecución.".

Luego de citar diversos fallos en apoyo de su moción, solicitó que se revoque la resolución impugnada.

4. Cumplidas las previsiones del art. 465 bis del CPPN, se presentaron el señor Fiscal General doctor Mario A. Villar y la Defensora Pública Oficial doctora María Florencia Hegglin, por la asistencia técnica del encausado.

El primero de los nombrados fundó la impugnación e insistió en que se haga lugar al recurso deducido por su par de la instancia anterior, se case el fallo cuestionado y se deje sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 56 bis, inciso 10, y 56 quáter de la ley 24.660 y art. 14, inciso 10 del CP, conforme ley 27.375; mientras que la defensa oficial reclamó la inadmisibilidad del recurso fiscal por falta de agravio actual y concreto entendiendo que se pretende revisar la libertad condicional otorgada a R. sin que fuera oportunamente recurrida por el acusador.

Invocó la afectación a los principios de preclusión, progresividad y afectación a la cosa juzgada, por lo que reclamó el rechazo de la impugnación.

5. Superado ello, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

6. Tras deliberar, y conocida por la suscripta la diversidad de opiniones existentes entre los firmantes a fin de alcanzar la mayoría requerida para decidir el caso, se plantearon y votaron las siguientes cuestiones:

Primera cuestión: ¿Es admisible el recurso de casación contra una declaración de inconstitucionalidad en abstracto de los artículos 56 bis y 56 quáter de la Ley de Ejecución Penal y el art. 14, primera parte del primer párrafo, inc. 10 del CP, modificado por la ley 27.375?

Segunda Cuestión: ¿Son constitucionales los mencionados artículos?

Primera cuestión: ¿Es admisible el recurso de casación contra una declaración de inconstitucionalidad en abstracto de los artículos 56 bis y 56 quáter de la Ley de Ejecución Penal y el art. 14, primera parte del primer párrafo, inc. 10 del CP, modificado por la ley 27.375?

En tal sentido, he de recordar, siguiendo la doctrina del Superior, que los planteos de inconstitucionalidad de las normas no pueden tratarse en abstracto sino acompañados con el instituto sobre el cual se pretende que incidan, porque de lo contrario se estarían haciendo declaraciones generales de intelección para un futuro tratamiento de la cuestión (cfr. Fallos:

306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 4°, 324:3219, entre otros.).

Sabia enseñanza cuya inobservancia ha demostrado últimamente consecuencias irremediables; como, por ejemplo, que coetáneamente al planteo de referencia se conceda una libertad condicional en un legajo no acollarado sin que el Ministerio Público Fiscal, que había recurrido la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 14 inciso 10 del CP y 56 bis de la ley 24.660, impugnara esa libertad.

El error en el tratamiento aislado de la cuestión de marras impone seguir la doctrina del Superior y definirla en concreto cuando se acompañe con el instituto pertinente.

Por consiguiente, sobre este interrogante me expido por la negativa.

Segunda Cuestión: ¿Son constitucionales los artículos 56 bis y 56 quáter de la Ley de Ejecución Penal y el art. 14, primera parte del primer párrafo, inc. 10 del CP, modificado por la ley 27.375?

Que, sin perjuicio de la objeción antes señalada, frente a lo expuesto, al solo efecto de formar mayoría, respecto de este interrogante y conocida la reiterada opinión del Dr. Eduardo Rafael Riggi sobre este tema, y la contraria del Dr. Juan Carlos Gemignani, he de esbozar mi criterio.

Al respecto es necesario recordar una vez más la inveterada jurisprudencia del Máximo Tribunal en cuanto a que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable..." (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241, 1087; causa E. 73. XXI, "Entel c. Municipalidad de Córdoba s/ sumario", fallada el 8 de septiembre de 1987; entre otros, y de la Sala I causas N° 2767, reg. N° 3328, "Duarte Nelia E. y otro s/ recurso de queja", rta. el 23 de febrero de 2000; N° 4876, reg. N° 6158, "Leguizamón, Néstor O. s/ recurso de casación", rta. el 5 de septiembre de 2003 y N° 5795, reg. N° 7452, "Chukura O'Kasili, Nicholas s/ recurso de inconstitucionalidad", rta. el 28 de febrero de 2005).

En efecto, se trata de un proceder que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, toda vez que la atribución de decidir la inconstitucionalidad de preceptos solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es evidente y la incompatibilidad inconciliable, pues el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (CSJN, Fallos: 253:362; 257:127; 307:1983; 308:1631); circunstancia que no se observa en el caso.

Doctrina recogida y reiterada por esta Sala, al resolver cuestiones análogas en las causas N° 35.385/2017/TO1/8/CFC1, "Medina, Maximiliano G. s/ recurso de casación", rta. el 26 de septiembre de 2019, CFP 4214/2016/TO1/15/CFC6 "Franco, Juan A. s/ recurso de casación, CFP 4214/2016/TO1/16/CFC7 "Treviño Sinche, Ricardo R. s/ recurso de casación", CFP 16417/2016/TO1/29/1 "Sotelo, Karina Irene s/ recurso de casación", todas resueltas en fecha 30 de junio del 2020 entre muchas otras.

Los obstáculos a la concesión de la libertad condicional para los justiciables a quienes se les atribuyen alguno de los delitos previstos en el actual artículo 14, inc. 10, del código de fondo y 56 bis de la ley 24.660, con las modificaciones introducidas por la ley 27.375, responden a un criterio del legislador basado en la especial gravedad de los delitos.

En ese sentido y contrariamente a lo decidido por el juez *a quo*, en nada se ve afectada la progresividad del régimen penitenciario o la posibilidad de reinserción social del condenado en tanto la misma ley 27.375 introdujo en los artículos 56 ter y quáter un régimen de libertad anticipado por uno preparatorio tendiente a su resocialización, razón por la cual se desvirtúan los motivos de su supuesta inconstitucionalidad.

Tampoco se observa afectado el derecho de igualdad asegurado constitucionalmente teniendo en cuenta que al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "dicha garantía consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no es la igualdad absoluta o rígida, sino la igualdad para todos los casos idénticos, que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquellas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos: 301:381, 1094; 304:390)" —Fallos: 314:424—.

Y así es que todos aquellos condenados por los delitos previamente fijados por el legislador en atención a su especial gravedad se encuentran sometidos al mismo régimen, lo que garantiza la igualdad asentada en la Carta Magna, y sella la inviabilidad de la inconstitucionalidad declarada.

Es por ello que, a fin de conformar la mayoría, he de acompañar a la solución propuesta por el Dr. Riggi y voto por hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General, sin costas; casar el punto dispositivo I de la resolución recurrida y declarar la constitucionalidad de los artículos 56 bis, 56 quáter de la Ley N° 24.660 y 14, parte final del primer párrafo, inciso 10) del CP, ambos textos según redacción de la Ley N° 27.375, en el caso del condenado A. E. R. debiéndose tomar razón de lo aquí resuelto en el Legajo de Ejecución de la Pena del condenado (arts. 456, 470, 530 y ccs. del CPPN).

Párrafo aparte merece la actitud fiscal que ha omitido recurrir el instituto de la libertad condicional sustentado nada menos que sobre un planteo de inconstitucionalidad de leyes de fondo, como son los artículos 14 inciso 10 del CP y 56 bis de la ley 24.660, por lo que corresponde hacer notar al señor Procurador General de la Nación la conducta que ha quedado en evidencia respecto del señor representante del Ministerio Público Fiscal ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Salta, provincia homónima, Dr. Francisco Santiago Snopek.

Tal es mi voto.

El doctor *Gemignani* dijo:

Primera cuestión: ¿Es admisible el recurso de casación contra una declaración de inconstitucionalidad en abstracto de los artículos 56 bis y 56 quáter de la Ley de Ejecución Penal y el art. 14, primera parte del primer párrafo, inc. 10 del CP, modificado por la ley 27.375?

Entiendo que la vía recursiva intentada resulta formalmente admisible. Y ello es así, dado que la sentencia puesta en crisis resulta impugnable en esta instancia a la luz de lo previsto por el art. 491 del CPPN, los planteos esgrimidos resultan encuadrables dentro de los motivos previstos por el art. 456 del código de rito, el recurso ha sido interpuesto por quien se encuentra habilitado a recurrir (art. 458 ídem) y se cumplieron los recaudos formales de temporaneidad y fundamentación suficiente exigidos por el art. 463 del mismo digesto normativo.

Dicho ello, cabe tener presente que la materia en debate se ciñe a dilucidar si la redacción actual de los artículos 56 bis, inciso 10 y 56 quáter de la ley 24.660, y el artículo 14, inciso 10, del CP, colisionan con alguna cláusula constitucional para que luego, despejado ese escollo, el juez de ejecución pueda decidir si A. E. R. se encuentra en condiciones de acceder al régimen de libertad condicional.

En efecto, en consonancia con el pedido de la defensa que requirió se le otorgue trámite a la libertad condicional de su asistido, la resolución en crisis mandó al Complejo Penitenciario a confeccionar los informes necesarios para evaluar la incorporación de R. al régimen de libertad condicional. Esta circunstancia se torna relevante, pues echa luz a que el agravio del representante del Ministerio Público Fiscal es real y vigente por cuanto el pronunciamiento del magistrado *a quo* habilitaría el inicio del trámite que eventualmente permitiría acceder al instituto pre liberatorio en juego.

Por ello, considero que la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal es formalmente admisible, por lo cual, a la primera cuestión corresponde darle respuesta afirmativa.

Segunda cuestión: ¿Son constitucionales los artículos 56 bis y 56 quáter de la Ley de Ejecución Penal y el art. 14, primera parte del primer párrafo, inc. 10 del CP, modificado por la ley 27.375?

Resultando formalmente procedente el remedio recursivo impetrado por el representante de la vindicta publica, corresponde entonces tratar el fondo del asunto traído a conocimiento de la Sala.

Para ello se impone resaltar que R. se encuentra condenado a la pena de 4 (cuatro) años de prisión, multa de 45 unidades fijas, e inhabilitación absoluta por el término de la condena, por resultar coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes (arts. 5° inc. "c" de la ley 23.373, 12, 40, 41 y 45 del CP), hecho que tuvo lugar el día 17 de marzo de 2018, es decir, una vez vigente la ley 27.375 (BO, el 28/07/2017).

Preliminarmente, cabe resaltar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241; 1087; causa E. 73. XXI, "Entel c. Municipalidad de Córdoba s/ sumario", fallada el 8 de septiembre de 1987, entre otros).

Por otra parte, debe demostrarse de que manera la disposición contraria la Constitución Nacional (CSJN, Fallos: 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros). Sabido es que resulta ajeno al control judicial el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por

el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones (Fallos: 253:362, 257:127, 300:642, entre otros).

Sin perjuicio de ello, también ha sostenido el Máximo Tribunal que "corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias", y que no debe verse en ello "una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política solo en la medida en que los lesiona. [...] Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad... No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas" (Fallos: 328:1146, "Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", consid. 27 del voto mayoritario).

Es así que la potestad de incriminar conductas y fijar penas que la Constitución Nacional le otorgó al Congreso constituye una facultad privativa de dicho órgano de gobierno y escapa, en principio, a la revisión judicial, salvo casos de manifiesta y grosera inconstitucionalidad.

En tales condiciones, he de adelantar que no tendrá favorable acogida la pretensión del fiscal, pues considero que existe incompatibilidad de los artículos 56 bis, inciso 10 y 56 quáter, de la Ley 24.660 y el artículo 14, inciso 10, del CP, con los preceptos normativos fundamentales, consagrados en nuestra Constitución Nacional y, por vía del art. 75, inc. 22, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por los motivos que se expondrán a continuación.

La Ley de Ejecución Penal, ley 24.660, en sus artículos 56 bis, inciso 10, y 56 quáter, establece que: "artículo 56 bis: No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: (...) 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace." Y, en el segundo artículo en cuestión: "articulo 56 quáter: Régimen preparatorio para la liberación. En los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior. Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En este, los tres primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis meses y, finalmente, en los últimos tres meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. En todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce horas."

A su vez, el artículo 14, inciso 10, del CP expresa que: "La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:(...) 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace. (...)".

En mi opinión dichos artículos violan los principios constitucionales de igualdad ante la ley (arts. 16 y 75, inc. 22, CN; 24 CADH; 26 PIDCyP; 7 DUDH; 2 DADDH y 26 PIDCP), de razonabilidad de los actos de gobierno (art. 28 CN) y de progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad y su finalidad de reinserción social (arts. 18 CN; 5.6 CADH y 10.3 PIDCP), en cuanto vedan la posibilidad de los condenados de acceder a la libertad condicional y a los beneficios comprendidos en el período de prueba estableciendo un régimen preparatorio para la liberación restrictivo, por la sola razón de haber cometido un delito determinado.

En efecto, conviene recordar el criterio vertido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, al expedirse en torno a la constitucionalidad de la ley 24.410 que impedía la excarcelación por determinados delitos, expreso que "desde sus primeras decisiones (Fallos: 16:118) este Tribunal ha interpretado que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos: 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquellas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio sino a una(a)

objetivo(a) razón de discriminación (Fallos: 301:381, 1094; 304:390) [...] Que, en este sentido, la garantía de igualdad exige que concurran "objetivas razones" de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Fallos: 302:484 y 313:1638, considerando 11 del voto del Juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos: 138:313; 147:402), considerando como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos: 256:241, considerando 5° y sus citas, LA LEY, 112-716) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos: 250:410, consid. 2°)..." (CSJN, "Nápoli", Fallos: 321:3630, rta. 22/12/1998, considerandos 13 y 14).

A la luz de la doctrina inveterada del Máximo Tribunal, se advierte que la diferenciación establecida en los artículos en crisis se presenta arbitraria y carente de un criterio valido que la sustente.

En otras palabras, no se advierte, en las disposiciones en cuestión, una comunidad de características que permitan afirmar, de manera razonable, que haya entre ellos iguales circunstancias que impongan igualdad de severidad en orden al tratamiento que los perpetra.

Es decir, no han quedado expresados los motivos suficientes por los cuales el legislador nacional, en uso de sus atribuciones constitucionales (art. 75 inc. 12 de la CN), ha decidido que quienes hayan cometido estos delitos determinados, no puedan acceder a uno de los institutos principales del régimen de progresividad penitenciaria.

Repárese, en efecto, que distinto es el supuesto previsto, por ejemplo, en el art. 22 bis del CP, donde se prevé una agravante genérica para todos aquellos delitos dolosos penados con pena privativa de libertad en cuya comisión haya existido "ánimo de lucro". En estos casos se puede distinguir claramente un común denominador que justifica una mayor severidad en la ejecución de la pena.

Por ello, es que entiendo que la normativa impugnada viola el principio de igualdad ante la ley dado que el criterio utilizado para efectuar un trato desigual ante el penado no está justificado objetiva y razonablemente.

De esta manera, no corresponde más que concluir en la arbitrariedad introducida por los artículos 56 bis, inciso 10 y 56 quáter de la ley 24.660 y el artículo 14, inciso 10, del CP —textos según redacción de la ley 27.375—, para impedir a los autores de esos delitos específicos, acceder al período a prueba y a la libertad condicional, y, por consiguiente, para establecer un régimen de ejecución de la pena nocivo para aquellos. En consecuencia, corresponde la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

En virtud de las consideraciones expuestas, la respuesta a la segunda cuestión es negativa. Por ende, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas en la instancia (arts. 471, 530 y ss. del CPPN).

Así voto.

El doctor *Riggi* dijo:

Primera cuestión: ¿Es admisible el recurso de casación contra una declaración de inconstitucionalidad en abstracto de los artículos 56 bis y 56 quáter de la Ley de Ejecución Penal y el art. 14, primera parte del primer párrafo, inc. 10 del CP, modificado por la ley 27.375?

Si bien los jueces no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, en las presentes actuaciones eso no ocurrió, pues el *a quo* declaró la inconstitucionalidad de los artículos 56 bis, inciso 10° de la ley 24.660 y 14, inciso 10° del CP —ambos textos según redacción de la ley 27.375— en una causa concreta en la cual deberían aplicarse las normas supuestamente en pugna con la Constitución; y más aún cuando en virtud de dicha declaración, el Tribunal de grado —conforme surge del Sistema de Gestión Judicial de Lex 100 y lo informado por la Defensa Pública Oficial en las breves notas de fs. 141/145—, concedió con fecha 19 de noviembre del 2020 la libertad condicional a A. E. R.

En las condiciones expuestas, resulta claro a nuestro juicio que la impugnación deducida por el representante del Ministerio Público Fiscal es formalmente admisible, pues justamente pretende que se deje sin efecto una decisión que considera erróneamente adoptada, expresando agravios concretos, específicos y atendibles para sostener la validez constitucional de la norma cuestionada. No puede dejar de observarse que el Ministerio Fiscal es el titular de la acción penal pública y garante de la legalidad de los procesos —art. 120 de la CN—; y que en su recurso dedujo motivos suficientes sobre la cuestión debatida, brindando los argumentos por los cuales, a su criterio, la normativa aludida resulta de plena validez constitucional y por ende aplicable al caso.

Por lo demás, el recurso de casación de la Fiscalía fue tempestivamente deducido por quien se encuentra legitimado para hacerlo, habiéndose cumplido

con las formalidades previstas en los artículos 456 y 463 del CPPN; extremos que, en definitiva, habilitan la intervención de esta Cámara Federal de Casación Penal.

Segunda cuestión: ¿Son constitucionales los artículos 56 bis y 56 quáter de la Ley de Ejecución Penal y el art. 14, primera parte del primer párrafo, inc. 10 del CP, modificado por la ley 27.375?

Resultando formalmente admisible el recurso de casación articulado por el representante del Ministerio Público Fiscal, corresponde entonces adentrarse al fondo de la cuestión traída a conocimiento del Tribunal.

En ese sentido, habremos de abocarnos al tratamiento de la cuestión sometida a estudio de esta Alzada, la cual ya ha sido materia de análisis al resolver en la causa FMP 35385/2017/TO1/8/CFC1 "Medina, Maximiliano G. s/ recurso de casación", registro n° 1756/19, del 26 de septiembre de 2019.

Sin perjuicio de ello, debemos recordar que en el marco de la anterior redacción del artículo 14 del CP hemos confirmado la validez constitucional de la limitación al beneficio de la libertad condicional respecto de aquellas personas que, por haber incurrido en las conductas delictivas —graves— determinadas en dicha norma, son merecedoras de un trato más riguroso y estricto, y que ello consiste en una razonable y lícita decisión estatal (cfr. causa n° 1009 "Escobar, Ángel A. s/ recurso de casación", rta. el 18 de febrero de 2014, Registro N° 138/14); doctrina que sin duda alguna resulta de aplicación *mutatis mutandi* a los nuevos delitos incorporados por la Ley 27.375. Cabe memorar que en el citado precedente "Escobar" sostuvimos que de acuerdo a inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, solo cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable... Y que el acierto o error, el mérito o la conveniencia, de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos: 310:642; 312:1671; 320:1166, 2298)".

En ese entendimiento, somos de la opinión que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos de la segunda parte del artículo 14 del CP cometen cualquiera de los delitos especialmente ofensivos allí descriptos, respecto de aquellas que no hayan sido encontradas culpables de alguno de esos tipos penales, se justifica por la gravedad de tales delitos, y por lo tanto, si "existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso" (cfr. CSJN, Fallos: 311:1451, "L'Eveque, Ramón R. p/robo", rta. el 16/08/1988).

A ello se agrega que dicha potestad se encuentra respaldada por ser una disposición del orden sustantivo. Lo cual equivale a afirmar que la garantía de igualdad consagrada en la Constitución Nacional no se halla afectada por la exclusión del beneficio de la libertad condicional en los casos de los delitos allí enumerados, toda vez que la garantía en cuestión consiste en aplicar la ley a todos los casos concurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en las mismas circunstancias (CSJN, Fallos: 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquellas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de desincriminación (CSJN, Fallos: 301:381, 1094; 304:390).

En ese mismo sentido, la garantía en cuestión exige que concurran objetivas razones de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (CSJN, Fallos: 302:484 y 313:1638 considerando 11 del voto del juez Belluscio).

Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos: 138:313; 147:402).

Y ese motivo sustancial obedece a la responsabilidad oportunamente atribuida a A. R. mediante una sentencia condenatoria que lo encontró culpable del hecho calificado como transporte de estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 5 inc. "c" de la ley 23.737 —delito comprendido en el artículo 14 del ordenamiento sustantivo y en el art. 56 bis, inciso 10° de la ley 24.660—.

Por otra parte, en coincidencia con lo expuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal en el

recurso en estudio, no podemos dejar de señalar que el legislador previó en el artículo 56 quáter de la ley 24.660 —según el texto de la ley 27.375—, un régimen preparatorio para la liberación anticipada aplicable a los condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis y 14 del CP, como es el caso de autos.

En efecto, la norma prevé expresamente que "...En los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior. Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En este, los tres primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis meses y, finalmente, en los últimos tres meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. En todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce horas".

De acuerdo a las previsiones contenidas en la norma transcripta, las consideraciones efectuadas en la resolución impugnada, respecto a que los condenados por los delitos previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la ley 23.737 carecerían de la posibilidad de acceder a mecanismos progresivos y graduales en el marco de la ejecución de su pena; no se compadecen con el régimen previsto por la ley 24.660.

Así pues, en el caso de autos, no apreciamos que la norma declarada inconstitucional afecte la progresividad del régimen penitenciario o la posibilidad de reinserción social del condenado.

De esta manera, advertimos que los argumentos sobre los cuales el *a quo* cimentó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 56 bis, inciso 10° de la ley 24.660 y 14 inciso 10° del CP —ambos textos según redacción de la ley 27.375—, carece de respaldo en las normas y jurisprudencia aquí analizada, circunstancia que revela la ausencia de fundamentos y el desacierto de la decisión adoptada, que queda descalificada como acto jurisdiccional válido.

Por todo cuanto fuera expuesto, propiciamos hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General, sin costas; casar el punto dispositivo I de la resolución recurrida y declarar la constitucionalidad de los artículos 56 bis, 56 quáter de la Ley N° 24.660 y 14, parte final del primer párrafo, inciso 10) del CP, ambos textos según redacción de la Ley N° 27.375, en el caso del condenado A. E. R. debiéndose tomar razón de lo aquí resuelto en el Legajo de Ejecución de la Pena del condenado (arts. 456, 470, 530 y ccs. del CPPN).

En mérito del resultado habido en la votación que antecede, por mayoría, el Tribunal resuelve: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General, sin costas; casar el punto dispositivo I de la resolución recurrida y declarar la constitucionalidad de los artículos 56 bis, 56 quáter de la Ley N° 24.660 y 14, parte final del primer párrafo, inciso 10) del CP, ambos textos según redacción de la Ley N° 27.375, en el caso del condenado A. E. R., debiéndose tomar razón de lo aquí resuelto en el Legajo de Ejecución de la Pena del condenado (arts. 456, 470, 530 y ccs. del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Liliana E. Catucci. — Eduardo R. Riggi. — Juan C. Gemignani* (en disidencia).

CONTRABANDO DE IMPORTACIÓN DE ESTUPEFACIENTES

Intervención dolosa. Conocimiento del material secuestrado. Rol asumido en el evento delictivo. Recepción del material.

1. — Ha quedado acreditado que la presencia del acusado en el puerto no se debió a la intención de comprar de pescado como arguyó la defensa, sino que obedeció a una tarea específica dentro de la estructura delictiva que consistió en recibir el material estupefaciente que venía dentro de la embarcación. No debe soslayarse que a la hora en que llegó al puerto —6 de la madrugada— no se observó ningún puesto de pescado abierto ni gente con intenciones de comprar pescados y que al arribar con su vehículo procedió a estacionar de culata mirando al Río Uruguay —posición clave para poder cargar los bultos en la camioneta— y apagó las luces.

2. — El planteo de la defensa por el que postuló que su asistido debió ser condenado en orden al delito de encubrimiento de contrabando no podrá prosperar, ya que el imputado actuó en función de un plan común dirigido a burlar los controles aduaneros a fin de permitir el ingreso del material estupefaciente por el puerto para

su posterior distribución. Su actuación obedeció a un rol asumido en el evento delictivo, en el que le cupo una tarea específica consistente en recibir los 87 kilogramos de marihuana una vez que llegaran a tierra firme.

CFCasación Penal, sala IV, 18/02/2021. - B., N. F. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3048/2021]

Causa FPA 7089/2019/TO1/7/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 18 de 2021.

Resulta:

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos, 1con fecha 16 de junio de 2020, en lo que aquí interesa, resolvió:

"1. No hacer lugar al planteo de nulidad interesado por el Sr. Defensor.

2. Declarar a N. F. B., cuyos datos personales constan en la causa, coautor material y responsable del delito de contrabando de importación de estupefacientes (arts. 863, 864 inc. a) 866 segundo párrafo, del Código Aduanero).

3. Condenar a N. F. B. a la pena de cinco años y seis meses de prisión, más la inhabilitación especial por dos años para el ejercicio del comercio, inhabilitación especial absoluta por doble tiempo que el de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público y la pérdida de concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare (art. 876 inc. 1° "d", "e" y "h", conforme art. 1026 inc. "a", ambos del Código Aduanero)...".

Contra esa decisión, el defensor particular, doctor José Pedro Peluffo, asistiendo a N. F. B., interpuso recurso de casación, el que fue concedido por el *a quo* y mantenido en esta instancia.

En su presentación recursiva, la defensa sostuvo que el acta de procedimiento obrante en las presentes actuaciones resulta nula y cuestionó la decisión del tribunal de rechazar dicho planteo.

Destacó que no se pudo acreditar la participación de su asistido en el hecho investigado y que el *a quo* basó su conclusión en meras especulaciones.

Indicó que N. F. B. se había dirigido al lugar de los hechos a comprar pescado y que al retirarse de allí dos personas le solicitaron si las podía llevar.

Resaltó que en el allanamiento del domicilio de su defendido no se encontró sustancia estupefaciente.

Se agravió de la calificación legal asignada a los sucesos por los que su defendido fue hallado responsable. Dijo que eventualmente se lo podría haber condenado por el delito de encubrimiento de contrabando de importación de estupefacientes.

Expresó que "se habría vulnerado los principios de legalidad y culpabilidad al presumir el dolo especifico incluso otorgando un plus en base a meras hipótesis especulando y haciendo hipótesis vagas y difusas a los fines de justificar la calificación otorgada".

Cuestionó que en el pronunciamiento recurrido no se hayan ponderado circunstancias atenuantes al momento de mensurar el monto punitivo. Entre ellas, mencionó la falta de antecedentes penales de su asistido y "una vida de trabajo que no lo encuentra en el camino de la delincuencia como modo de vida habitual del mismo".

En definitiva, la defensa solicitó que se haga lugar al recurso de casación deducido por esa parte, se revoque la decisión impugnada y se dicte una nueva en la que se haga lugar al cambio de calificación propuesto o, en su defecto, se revise la sanción impuesta.

Hizo reserva del caso federal.

En la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, se presentó el defensor particular de N. F. B. y reiteró los argumentos expuestos en su vía recursiva.

Superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del CPPN, de lo que se dejó constancia en autos, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de estilo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Angela E. Ledesma y Javier Carbajo.

El doctor *Borinsky* dijo:

El recurso de casación interpuesto por la defensa resulta formalmente admisible de conformidad con lo prescripto en los arts. 456, 457, 459 y 463 del CPPN.

Conforme surge de la decisión cuestionada, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Concepción del Uruguay tuvo por acreditado que "...dos sujetos no identificados a bordo de un bote con motor interno, cruzaron desde la República Oriental del Uruguay, presumiblemente un tramo a motor y en el ingreso al canal de acceso con destino hacia la entrada del arroyo Molino a remo, y que en la embarcación llevaban más de 87 kg de marihuana distribuidos en distintos panes, ocultas en bolsas negras, cajas y una mochi-

la. Digo esto porque pudo acreditarse que luego de que los prefectos notarán que en la madrugada del jueves 6 de junio de 2019, un bote ingresaba a remo por el canal, se acercaron a realizar un control sobre el mismo, y cuando divisaron a los funcionarios, los dos sujetos del bote se subieron a la camioneta Volkswagen Suran, dominio ... que era conducida por N. F. B. y los tres desaparecieron de la zona portuaria. Allí, los preventores se acercaron hacia la zona de la toma donde estaba amarrado el bote, lo que motivó a que se requisara la embarcación y se rastrillara la zona y se encuentren ocultos más de 87 kilos de marihuana".

Con base en dicha plataforma fáctica, el tribunal *a quo* condenó a N. F. B. a la pena de cinco años y seis meses de prisión, más la inhabilitación especial por dos años para el ejercicio del comercio, inhabilitación especial absoluta por doble tiempo que el de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público y la pérdida de concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare, por hallarlo coautor material y responsable del delito de contrabando de importación de estupefacientes con fines de comercialización (arts. 863, 864 inc. "a" 866 segundo párrafo, del Código Aduanero, cfr. fs. 26 del pronunciamiento en crisis).

Corresponde precisar que si bien en la parte resolutiva de la sentencia no se consignó que el delito de contrabando de estupefacientes por el que resultó condenado N. F. B. haya sido con fines de comercialización, este último extremo se desprende de la cita legal efectuada por el *a quo* (art. 866, segundo párrafo, del CA) y en la resolución impugnada al examinar la calificación legal aplicable (cfr. fs. 24/29).

Ciertamente, en dicha oportunidad el tribunal indicó que "También, es innegable que la cantidad de droga incautada, su forma de acondicionamiento y el modo de transporte, abonan un destino indudable de comercialización, lo cual fundamenta la inclusión de la conducta en el art. 866 segundo párrafo del CA".

En su impugnación, la defensa de N. F. B. cuestionó el rechazo del planteo de nulidad efectuado por esa parte respecto del acta de procedimiento que dio origen a las presentes actuaciones.

El recurrente señaló que el acta en cuestión no contiene la fecha del hecho y que los testigos civiles B. y H. declararon a las 11:15 y a las 11:40 horas reconociendo el acta de procedimiento siendo que la misma había sido firmada recién a las 15:00 horas.

Agregó que el prefecto C. suscribió el acta de procedimiento y dio fe de lo allí sucedido mientras que estaba dirigiendo el allanamiento en el domicilio de su asistido.

Por último, manifestó que faltaban las firmas del Comisario J., del Subcomisario Vilela y del Oficial F. y que el estupefaciente no se pesó individualmente por estar mojado.

En primer término, el *a quo* comenzó por precisar que el acta de procedimiento cuestionada se realizó como consecuencia de un accionar de la prevención en la madrugada del día 06/06/2019 al divisar movimientos extraños de un bote que se acercaba a la orilla de la ex toma de agua municipal a la altura del kilómetro 186.6 del Río Uruguay.

En ese contexto, los preventores se acercaron al bote, del que sus ocupantes se habían alejado raudamente y encontraron sobre la barranca de la costa tres bultos en bolsas de color negro y tres bolsas dentro de la embarcación referenciada.

El tribunal narró que, luego de convocar a dos testigos civiles, efectivos de la Prefectura Naval Argentina secuestraron los bultos y registraron el bote, dando como resultado el hallazgo de un total de 87,067 kilogramos de marihuana.

Al abordar el planteo de nulidad en cuestión, los jueces refirieron que "si bien en la hora inserta en las declaraciones de los testigos civiles en sede de la PNA, surge que lo hicieron antes de que el acta de procedimiento fuera cerrada formalmente, eso no desacredita la legalidad del acto, toda vez que al declarar en el debate dieron una descripción detallada del procedimiento llevado a cabo el 06/06/2019".

En esta dirección, en la sentencia impugnada se ponderó que "El Sr. B., testigo civil del procedimiento, relató que mientras caminaba por la zona del puerto personal de PNA le solicitó su colaboración porque habían encontrado un bote con algo extraño y querían un testigo para saber que era. Continuó explicando que cuando se acercó vio que había unos bultos abajo, en la orilla y en un bote. Que eran bolsas negras. También recordó que había unos cajones tipo canastos, con una inscripción, que no recordaba exactamente pero que era el nombre de unos lácteos de la República Oriental del Uruguay. Detalló que participó del recuento y del peso, que pudo observar que era marihuana en ladrillos, que no recuerda si eran 70 u 80 kilos y que se hicieron los reactivos que dieron positivos para marihuana".

El *a quo* también tuvo en cuenta que "el Sr. H. mencionó que Prefectura lo llevó hacía el tanque de agua porque necesitaban testigos. Que al llegar al lugar vio un par de bolsas ahí. Que estuvieron un buen rato en la toma hasta que llevaron todo a la sede de la Prefectura y que las bolsas las abrieron en su presencia... Destacó que del bote sacaron un bolso y le parece que

un bulto. Que le dijeron que era marihuana. Dijo que firmó el acta en la sede de la Prefectura".

Por otra parte, en lo que respecta al cuestionamiento efectuado por la defensa vinculado con la ausencia de la fecha en el acta de procedimiento, el tribunal refirió que "se encuentra a la vista que no puede prosperar, toda vez que en la cuarta línea del acta de procedimiento de fojas 1 quater se lee: 'a los seis días del mes de junio del año dos mil diecinueve'".

En función de lo expuesto, los magistrados de la instancia previa concluyeron que "El acta de procedimiento en cuestión fue suscripta por las autoridades de prefectura competentes ante dos testigos civiles requeridos a esos fines, que presenciaron los análisis realizados sobre el material estupefaciente hallado y reconocieron sus firmas allí insertas, en consecuencia, la misma resulta plenamente válida".

Aunado a ello, el sentenciante indicó que "Sin perjuicio de la validez del acta, según lo prescripto por el art. 392 del CPPN, no es necesario incorporar las actas y documentos cuando los testimonios dados en el debate reconstruyen con claridad el acto, tal como sucedió en el presente caso, donde no solo declararon con precisión los testigos civiles, sino que también de ese modo lo hicieron los dos preventores citados" y que "Exigir más requisitos significaría incurrir en un exceso de rigor ritual no tenido en miras por el legislador, quedando sin sustento el planteo de nulidad deducido por la defensa, correspondiendo el rechazo del planteo nulificante por esta medida".

Finalmente, en la resolución se enfatizó que "Persuade más aún la solución a que se arriba en los párrafos precedentes en torno a la validez del procedimiento llevado a cabo y al efectivo secuestro en el lugar de material estupefaciente, la circunstancia de que —sin perjuicio del tratamiento y abordaje de la nulidad impetrada y la solución dada al caso—, en definitiva ni el propio justiciable ni su letrado defensor han negado, ni la presencia del imputado en el lugar a la hora señalada por los testigos, ni que conducía el vehículo detectado por su número de patente como de su propiedad, ni el contacto con los prófugos que consumaron el ilícito, como lo relatan los testigos y menos la existencia de los tóxicos en ese lugar. En otros términos, en ningún momento se ha sugerido siquiera, que los mismos pudieren haber sido 'plantados' por la autoridad policial, lo que me lleva a reafirmar la postura en orden a que, la cuestión de nulidad ha sido planteada por la nulidad misma; y que no ha acarreado ningún perjuicio indebido o ilegal en contra del justiciable, más allá obviamente de lo que materialmente se encontró en ese lugar".

De la lectura de la sentencia cuestionada y analizado el planteo articulado por la parte recurrente, se advierte que el mismo no resulta novedoso, sino que se trata de una reedición del ya deducido frente al tribunal, el que en esa oportunidad ha recibido acabada respuesta por los jueces de la instancia anterior respecto de cada una de las objeciones ensayadas por la defensa.

Cabe recordar la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que la declaración de nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos: 295:961; 298:312). Es inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507).

En materia de nulidades rige el principio de interpretación restrictivo. El Máximo Tribunal ha dicho que "...es doctrina reiterada de este Tribunal que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y solo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte 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 lo que también está interesado el orden público..." (Fallos: 325:1404).

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, voto del suscripto, CFCP, Sala IV, causa FGR 30.024/2017/6/CFC1, caratulada "Valdebenito, Eduvina E. s/ recurso de casación", reg. N° 2186/18.4, rta. —por unanimidad— el 27/12/2018; causa FSM 31016298/2012/TO1/CFC6, caratulada "Mora, Roberto F. y otros s/ recurso de casación", reg. N° 1925/18.4, rta. —por unanimidad— el 06/12/2018; causa FCR 22000029/2011/TO1/CFC5 caratulada "Monsalves, Diego M. y otros s/ recurso de casación", reg. N° 129/18, rta. —por unanimidad— el 31/08/2018 y causa FMZ 14.895/2013/TO1/5/CFC2 caratulada "Ortiz Donadell, Gerardo S. s/ recurso de casación", reg. N° 461/18.4, rta. —por mayoría integrada por el suscripto— el 09/05/2018 y más recientemente, causa FSM 183.751/2018/TO1/CFC1, caratulada "Barreto, Ricardo C. s/ recur-

so de casación", reg. N° 352/20.4, rta. el 16/03/2020 y causa FSA 52000970/2009/TO1/CFC22, caratulada "Acuña, Carlos D. y otros s/ recurso de casación", reg. N° 1326/20, rta. el 07/08/2020, entre muchas otras).

Con sujeción a tales parámetros, se advierte que los agravios deducidos han sido tratados y resueltos por el *a quo* con fundamentos suficientes que la parte recurrente no ha logrado rebatir en su presentación. La defensa tampoco ha articulado nuevos argumentos que permitan conmover el temperamento adoptado por el tribunal de juicio.

Ciertamente, el defensor no expresó cuál sería el perjuicio concreto que las supuestas irregularidades del acto que impugnó le habrían causado a su defendido. Ello así, en la medida en que conforme fuera expuesto en el pronunciamiento criticado, los testimonios brindados durante el debate (cuya validez no fue cuestionada por la defensa) por los reventores —Cabo Primero de la Prefectura Naval Argentina J. A. R. y el Ayudante de Segunda de la Prefectura Naval Argentina H. M. C.— y los testigos civiles —G. G. B. y F. M. H.— reconstruyeron con claridad el acto impugnado.

En función de lo expuesto, el planteo articulado deberá ser desestimado.

En su recurso de casación la defensa criticó que el *a quo* haya tenido por acreditado que N. F. B. intervino en el suceso acreditado. Ello, en la medida en que, según el adujo la parte, no se probó que el nombrado tuviera conocimiento de la presencia del material estupefaciente secuestrado.

Al respecto, manifestó que su asistido N. F. B. se encontraba en el lugar de los hechos porque había ido allí a comprar pescado y que al retirarse dos personas le solicitaron si las podía llevar.

En primer término, cabe precisar que la defensa no cuestionó la materialidad de los sucesos que el tribunal tuvo por acreditados ni la presencia de su asistido en los mismos.

Las objeciones articuladas por el recurrente se encuentran dirigidas a sostener que B. desconocía la maniobra delictiva que se estaba llevando a cabo —contrabando de 87 kilogramos de marihuana—, pese a encontrarse en el puerto donde arribó la embarcación que llevaba dicha sustancia.

Los planteos de la defensa no resultan novedosos pues fueron introducidos en iguales términos durante la celebración del juicio y fundadamente descartados en el fallo aquí analizado, sin que dicha parte haya logrado demostrar ante esta instancia la arbitrariedad o el desacierto de esa solución.

Al analizar la participación dolosa que, a juicio del tribunal, le cupo a N. F. B. en el hecho acreditado, los jueces ponderaron la secuencia de imágenes de video que captaron el momento en el que el nombrado llegó al puerto y el instante en el que los dos sujetos que venían en el bote donde fue hallado el material estupefaciente ascendieron a su vehículo.

Así, los magistrados de la instancia previa tuvieron en cuenta que de los videos se advierte como el vehículo conducido por B. "estaciona, hace una maniobra para dejar la culata mirando al Río Uruguay, apaga las luces, se abre la puerta del conductor y B. baja del vehículo".

Los sentenciantes señalaron que se observa que B. "abre la puerta del conductor asciende, realiza una nueva maniobra con intenciones de poner el auto de culata a la bajada a la toma de agua e inmediatamente asciende una persona por la puerta delantera del acompañante, y en el final del video se observa que otra persona comienza a caminar por detrás del vehículo".

Seguidamente, los jueces explicaron que en uno de los videos se visualiza como una tercera persona asciende al vehículo de B. por la puerta trasera del lado del acompañante e inmediatamente el vehículo emprende la marcha.

En la decisión criticada se ponderó que desde otra cámara de video se advierte que el vehículo de B. sale del alcance de las cámaras del club exactamente a las 06°.42'.12" de la madrugada.

El *a quo* concluyó que "se observa que la Suran estaciona a las 6° 40' 25" y se va del lugar a las 6° 41' 47" con los dos sujetos que acaban de dejar en un bote con más de 87 kilogramos de marihuana descargados parcialmente del bote, dejando algunos bultos en tierra y otros en la embarcación. En total está estacionado en el lugar 1'22"".

Con respecto al descargo efectuado por la defensa de B. por medio del cual manifestó que su asistido se encontraba allí para comprar pescado - planteo que ha sido reiterado en esta instancia por el recurrente—, el tribunal destacó que en las filmaciones no se observó ningún puesto de pescado abierto a esa hora ni algún transeúnte con intenciones de comprar pescados.

En este inteligencia, en la resolución criticada se resaltó que "Según el relato de B. y la explicación dada por su abogado defensor en los alegatos finales, N. F. fue a comprar pescados a las 6 de madrugada, pero no se observa que se dirija a los puestos de venta siquiera para cerciorarse que el local estuviera abierto, solo se

baja y se dirige hacia la toma, sin llegar a ingresar a ese sector, vuelve a subirse a su rodado rápidamente casi de forma sincronizada con los otros dos sujetos, justo cuando se estaban acercando los Prefectos, todo ello en el minuto y veintidós segundos (1'22") que está estacionado, donde pretende convencernos que decide desistir de su plan de compra del pescado para llevar hasta el Barrio San Isidro a dos sujetos que le solicitan un aventón a las 6 de la madrugada".

Los magistrados de la instancia previa también descartaron la veracidad de la versión ensayada por la defensa con sustento en el poco tiempo que B. se quedó en el lugar.

Aunado a ello, el tribunal de la instancia previa valoró la declaración efectuada por H. y C., en cuanto a que "se desprende que existía una clara comunicación entre los dos sujetos y B., para que los busque en el momento exacto que descendían del bote. La posición en la que pone el vehículo (de culata al río) es clave para poder cargar los bultos en el baúl de la camioneta Suran disimulando y ocultando el accionar delictivo".

En este orden de ideas, los jueces tuvieron en cuenta que "El hecho de que no dure más de 1'22" estacionado se debió a que los dos sujetos advirtieron que los preventores C. y R. los estaban observando y que se acercaban hacia ellos para controlar sus movimientos, esto hizo que se suban al rodado lo más rápido posible y desaparezcan de la escena en un abrir y cerrar de ojos. Lo que alcanzó para que los tripulantes del bote puedan lograr la impunidad, no así el tercer integrante de la maniobra, que no contó con que los preventores iban a tomar su patente y detenerlo horas después".

En la resolución se consideró que, si B. desconocía lo que estaban haciendo los dos sujetos que luego se subieron a su vehículo, no hubiera adoptado esa actitud evasiva ante la llegada del preventor a la zona de la toma de agua.

En definitiva, el *a quo* concluyó que "todo el plexo probatorio conduce a dar por cierto que B. era una pieza clave para burlar los controles aduaneros y permitir ingresar el estupefaciente a nuestra ciudad para su posterior distribución y que actuaron de acuerdo a un plan común, conforme el cual cada uno de ellos tenía una tarea específica, los tripulantes cruzar la droga por el Río Uruguay y B. recibirlos a ellos y al material espurio una vez que llegaran a tierra firme. Y que ese ardid era producto de un accionar plenamente consciente y voluntario, es decir en términos de dogmática penal: doloso".

De lo expuesto, se desprende el contundente cuadro de cargo reunido en contra de N. F. B. que evidencia su intervención dolosa en el accionar delictivo acreditado.

En efecto, los cuestionamientos ensayados por la defensa no encuentran sustento en las probanzas incorporadas al debate que dan cuenta de la intervención dolosa del imputado en el contrabando de 87 kilogramos de marihuana.

Sobre el punto, cabe destacar que ha quedado acreditado que la presencia de B. en el puerto no se debió a la intención de comprar de pescado como arguyó la defensa, sino que obedeció a una tarea específica dentro de la estructura delictiva que consistió en recibir el material estupefaciente que venía dentro de la embarcación.

No debe soslayarse que a la hora en que B. llegó al puerto —6 de la madrugada— no se observó ningún puesto de pescado abierto ni gente con intenciones de comprar pescados y que al arribar con su vehículo procedió a estacionar de culata mirando al Río Uruguay —posición clave para poder cargar los bultos en la camioneta— y apagó las luces.

Sumado a ello, al advertir la presencia del personal preventor a la zona de toma de agua adoptó una actitud evasiva.

Las circunstancias apuntadas, que fueron debidamente valoradas en el temperamento criticado, despejan dudas sobre el conocimiento de N. F. B. respecto al material estupefaciente transportado y el claro rol que le cupo en la organización.

Las críticas esgrimidas por la defensa no logran conmover la fundamentación de la sentencia en lo que concierne a la intervención dolosa de B. en los eventos endilgados.

La condena luce suficientemente fundada sobre la base de una adecuada valoración del material probatorio de cargo reunido durante el debate, a la luz de los arts. 398 y 399 del CPPN y conforme las reglas de la sana crítica racional.

La valoración de todos estos elementos probatorios reunidos en autos permitió al tribunal descartar fundadamente las objeciones formuladas por la defensa dirigidas a sostener la ausencia de conocimiento sobre el contrabando de estupefaciente por parte de B.

La defensa de N. F. B. se agravió de la calificación legal escogida por el tribunal de mérito. A su entender, su defendido debió haber sido condenado en orden al delito de encubrimiento de contrabando de estupefacientes.

Al dar respuesta este mismo planteo, el sentenciante evaluó que "no solo no quedan dudas de que había una promesa anterior, sino que existía una coordinación aceitada entre los tripulantes y B. para que se encuentre a esa hora, estacionado en ese lugar, de culata al río, justo desde donde se egresa de la vieja toma de agua, donde 'casualmente' habían amarrado los tripulantes de la embarcación, y permitiendo a esos dos extraños que se suban a su vehículo mientras que un prefecto se está acercando hacia ellos, sumado a que ni siquiera tienen una conversación donde lo puedan convencer. Por lo que la figura de encubrimiento debe ser descartada".

Ciertamente, tal como fuera señalado precedentemente, N. F. B. actuó en función de un plan común dirigido a burlar los controles aduaneros a fin de permitir el ingreso del material estupefaciente por el puerto para su posterior distribución. Su actuación obedeció a un rol asumido en el evento delictivo, en el que le cupo una tarea específica consistente en recibir los 87 kilogramos de marihuana una vez que llegaran a tierra firme.

Por ello, el planteo de la defensa por el que postuló que su asistido debió ser condenado en orden al delito de encubrimiento de contrabando no podrá prosperar.

El recurrente no ha logrado demostrar el vicio jurídico que alega, sino que se ha limitado a invocar una significación jurídica distinta sin brindar motivos suficientes para ello.

La defensa tampoco esgrimió argumentos novedosos que permitan apartarse del temperamento adoptado en este punto por el tribunal. En efecto, las críticas efectuadas en el recurso de casación no logran desvirtuar los fundamentos expuestos en la decisión impugnada.

En su presentación recursiva, la defensa se limitó a exponer su propia perspectiva sobre el punto y el modo en que a su juicio debió ser resuelto, dejando entrever su disconformidad sin alcanzar a demostrar déficit alguno del temperamento puesto en crisis, el que tampoco se advierte.

El juicio de tipicidad efectuado por el tribunal de la instancia anterior (cfr. fs. 24/29 de la resolución del *a quo*) luce acertado y no presenta fisuras de logicidad, pues las circunstancias concretas del caso antes reseñadas dan prueba de la configuración en el *sub examine* del delito de contrabando de estupefacientes con fines de comercialización.

Por ello, corresponde rechazar el agravio examinado.

La defensa cuestionó el monto de pena de prisión impuesta a su asistido N. F. B. En lo medular, sostuvo que en el pronunciamiento no se tuvieron en cuenta circunstancias atenuantes al momento de mensurar el monto punitivo tales como la falta de antecedentes penales de su asistido y "una vida de trabajo que no lo encuentra en el camino de la delincuencia como modo de vida habitual del mismo".

Ahora bien, cabe precisar que el representante del Ministerio Público Fiscal en sus alegatos solicitó que se le imponga a N. F. B. una pena de 7 años de prisión.

El Fiscal sustentó su petición en la cantidad de estupefaciente secuestrado, el significado económico y el medio utilizado. Además, destacó que B. poseía un auto de valor y una buena vivienda y entendió que no existen pautas que puedan hacer disminuir la sanción.

Por su parte, el tribunal de la instancia previa condenó a N. F. B. a la pena de 5 años y 6 meses de prisión en orden al delito de contrabando de importación de estupefacientes con fines de comercialización —cuya escala penal va desde los 4 años y 6 meses hasta los 16 años de prisión— (arts. 863, 864 inc. a y 866, segundo párrafo, del Código Aduanero).

De la sentencia examinada se advierte que los jueces valoraron correctamente las pautas contempladas en los arts. 40 y 41 del CP.

En efecto, el *a quo* ponderó "la cantidad de estupefaciente que introdujeron por la frontera se yergue en calidad de agravante en tanto la peligrosidad ínsita en la mera posibilidad de distribución de tal volumen de estupefaciente deviene en un injusto de mayor gravedad".

El sentenciante tuvo en cuenta la naturaleza de la sustancia, pues se trataba de más de 87 kg. de marihuana.

Por otro lado, en el pronunciamiento en crisis se valoró la ausencia de antecedentes computables de B., que tiene constituido un grupo familiar y muestra un importante grado de vulnerabilidad de cara a su escasa formación educativa.

Sobre este último punto, el *a quo* refirió que B. puede leer, pero no escribir y que no terminó el ciclo primario. Concretamente, el tribunal de mérito consideró que "Tales circunstancias deben considerarse atenuantes de conformidad a las previsiones del art. 41 del CP".

De lo expuesto, se desprende que la resolución recurrida en cuanto a la mensuración de la pena impuesta a su asistido resulta fundada y el quantum pu-

nitivo establecido luce razonable y proporcionado de acuerdo a las constancias de la causa, la gravedad de los hechos juzgados y las condiciones personales del imputado.

De adverso a lo sostenido por la defensa en su presentación recursiva, el tribunal tuvo en cuenta diversas pautas atenuantes: la ausencia de antecedentes computables de B., su grupo familiar y su escasa formación educativa. Dichas circunstancias llevaron al *a quo* a apartarse del monto de 7 años peticionado por el Fiscal, imponiéndole a N. F. B. una pena menor (de 5 años y 6 meses de prisión).

El monto de la sanción fijada por el tribunal *a quo* se encuentra razonablemente sustentado en las circunstancias atenuantes y agravantes correctamente valoradas en el temperamento impugnado a tenor de los parámetros previstos por el art. 40 y 41 del CP.

Por último, corresponde recordar que la doctrina de la arbitrariedad 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), déficit que, vale señalar, no ha sido demostrado en autos por la recurrente.

Por ello, las críticas de la defensa a la individualización de la pena tampoco habrán de prosperar.

En definitiva, considero que 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 efectuada.

La doctora *Ledesma* dijo:

a. Habré adherir a la solución propuesta por el colega que lidera la votación, en base a las consideraciones que paso a exponer.

b. En primer lugar, la sentencia en crisis contiene una adecuada fundamentación, en lo que atañe a la validez del procedimiento, la acreditación de la ocurrencia de los sucesos juzgados y la participación del imputado (punto I) dado que la sentencia examinada se encuentra exenta de los vicios que le atribuye el recurrente.

c. En relación al agravio referido a la calificación legal —dada las particularidades del caso y conforme la especificidad del agravio planteado sin invocarse conculcación de otra garantía— ceñido únicamente a la disconformidad con la hipótesis jurídica decidida —postulando el encubrimiento de la figura imputada— habré de acompañar la propuesta del colega que lidera la votación, puesto que la acción coordinada de las personas intervinientes en el hecho imputado, ha sido probada de modo concluyente, lo cual impide la subsunción en la figura peticionada.

d. Asimismo, luce en la resolución recurrida los motivos que incidieron en la decisión para determinar la sanción a imponer al encausado, explicada de manera somera, aunque suficiente.

e. Por todo lo expuesto, adhiero a la solución propuesta por el colega que lidera la votación dado que la sentencia impugnada no contiene fisuras de logicidad, y las conclusiones a las que arriba —acerca de los tópicos apuntados—, constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formula el recurrente logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. inc. 2°, 471 a contrario sensu del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Carbajo* dijo:

Por compartir sustancialmente las consideraciones formuladas en el voto del doctor Mariano Hernán Borisnky, las que cuentan con la adhesión de la doctora Ángela Ledesma, en las particulares circunstancias del caso, adhiero a la solución allí propuesta, con costas en la instancia (arts. 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

Por ello, el Tribunal resuelve: I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa. Por mayoría, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN). II. Tener presente la reserva del caso federal efectuada. 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.* — *Ángela E. Ledesma.*

SOBRESEIMIENTO

Investigación agotada. Disidencia.

1. — La investigación llevada a cabo con relación al imputado se encuentra agotada, sin que res-

te —ni se haya invocado— medida de prueba alguna por producir que permita modificar el panorama de autos y tener por configurado respecto del nombrado el grado de probabilidad suficiente requerido en el art. 306 del Cód. Proc. Penal.

2. — El querellante limita la expresión de sus agravios a meros juicios discrepantes del decisorio que sobreseyó al imputado, todo lo cual no alcanza para desvirtuarlo.

3. — El sobreseimiento procede como sentencia anticipada al debate solo cuando se adquiere plena certidumbre de que el comportamiento imputado no se cometió o el imputado no ha tomado parte en él o no configura delito, extremos que no se verifican en autos (del voto en disidencia del Dr. Carbajo).

CFCasación Penal, sala IV, 19/02/2021. - I., J. J. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3039/2021]

Causa CFP 17043/2016/6/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 19 de 2021.

Resulta:

I. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, el 24 de agosto de 2020, resolvió: "Confirmar la resolución apelada en todo cuanto decide y fuera materia de apelación...".

Aquella decisión dictada por el magistrado del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 2, de esta ciudad, del 17 de julio de 2020, dispuso: "I. Sobreseer a J. J. I. —cuyos datos personales obran en el epígrafe— en relación a los hechos por los que fuera indagado, dejándose expresa constancia de que la formación del presente en nada afecta el buen nombre y honor del que gozare (art. 336, inc. 4° del CPPN)...".

II. Contra dicha decisión del colegiado anterior, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (ADIFSE), parte querellante en autos, interpuso el recurso de casación en estudio, el que fue concedido por el tribunal *a quo* —en cuanto a su admisibilidad formal— el 10 de septiembre de 2020.

III. La parte querellante encauzó su presentación en ambos incisos del art. 456 del CPPN y postuló la arbitrariedad del decisorio impugnado destacando que no se había dado tratamiento a los agravios oportunamente expuestos.

Los letrados rememoraron los antecedentes relevantes del caso y reseñaron el cumplimiento de los requisitos formales de procedencia del recurso incoado.

En primer lugar, argumentaron que la decisión se cimentaba en una errónea interpretación del tipo penal del inciso 5° del art. 174 del CP y advirtieron que los funcionarios públicos involucrados en la maniobra investigada se hallaban procesados próximos a ser requeridos a juicio.

Desde esa perspectiva, indicaron que se había colectado suficiente prueba para estimar, con el grado de certeza requerido en la etapa procesal, que la actuación de aquellos funcionarios se había concretado a merced también de la intervención de J. J. I. que conocía de la irregularidad de la contratación y de su ejecución por fuera de los cauces normativos establecidos.

Estimaron que el comportamiento investigado no podía asimilarse al de un mero incumplimiento contractual y explicaron que a consecuencia de la adjudicación Servycom se vio beneficiada intentado luego hacer valer su derecho a cobro por las tareas realizadas.

Remarcaron que las condiciones de ejecución de las obras dan cuenta del especial interés de la empresa en obtener algún rédito extraordinario, pues no solo ejecutó los trabajos sin haber obtenido la correspondiente adjudicación sino también afrontó sus gastos, indicio que, a criterio de la parte, confirma su hipótesis en punto al elemento subjetivo y en particular, el móvil de I. de obtener una ventaja indebida.

En segundo orden, el recurrente tildó de prematuro el sobreseimiento dictado. Observó que aquel auto procede únicamente ante la certeza de la concurrencia de las causales del art. 336 del ritual, extremo que a su criterio no se había concretado en autos.

Recordó que en la denuncia se requirió la investigación de la maniobra en relación con los presuntos delitos previstos en los arts. 174, inc. 5°, y 248 del CP y que, posteriormente, se aditó el análisis de la posible comisión del reglado en el art. 265 del mismo cuerpo legal.

Desde esta óptica, insistieron que "(e)n relación a la intervención de I., cabe advertir que la circunstancia de que aquel no revista esa "calidad especial" (funcionario público), no es óbice para que se admita su participación criminal. Así lo entiende la jurispruden-

cia al señalar: "la figura penal descripta por el artículo 265 del CP prevé como elemento típico la posibilidad de que el interés se canalice por interpósita persona. Esto significa, sin lugar a dudas, que el legislador ha admitido la hipótesis de intervención de terceras personas que no reúnen la calidad especial de funcionario público; más aún cuando la contribución al hecho es de una entidad tal que el delito no podría haberse cometido de otro modo. Respecto de los delitos que requieren en el autor un carácter especial —delitos especiales—, no existe en la actualidad mayor discusión en la doctrina acerca de la posibilidad de imputar, en calidad de partícipe, a aquella persona que dolosamente coopera en el hecho de otro. Ello en la medida en que exista accesoriedad, aún cuando no se encuentren las características típicas para ser autor, ya que el partícipe no es autor en forma directa, sino que actúa típicamente cuando lo hace por vía del hecho del autor (CCF, Sala I Causa N° 44.829 "Leonetti, Jorge H. y otros s/ sobreseimiento" reg. N° 734 y causa N° 34.241 "Massholder, J.", rta. el 08/04/2003, reg. N° 250)...".

En tercer lugar, señalaron que el decisorio carecía de fundamentación pues se limitó a sustentar el sobreseimiento en el hecho de que los consortes de causa hubieran sido únicamente procesados por el delito previsto en el art. 248 del CP.

Por último, formuló reserva del caso federal.

IV. En la etapa prevista en los artículos 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, se presentó la querella y reiteró las consideraciones expuestas en su recurso.

Sin perjuicio de ello, agregó que en el requerimiento de elevación a juicio el representante del Ministerio Público Fiscal había modificado el encuadre legal de los hechos y promovido la imputación a tenor de los delitos de violación de los deberes de funcionario público en concurso ideal con el delito de administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública.

Subrayó que este nuevo encuadre da cuenta de la arbitrariedad de la decisión sustentada en el primigenio análisis de tipicidad expuesto en el procesamiento y desatiende su carácter provisorio en la medida en que se mantenga incólume la plataforma fáctica, tal como, a criterio del recurrente, sucedió en autos.

Por lo demás, rememoró las facultades procesales que asisten a la parte querellante y reiteró la reserva del caso federal.

V. En la oportunidad prevista por los artículos 465, último párrafo, y 468 del CPPN la parte querellante presentó breves notas sustitutivas de la audiencia. Reiteró sus consideraciones respecto del sobreseimiento cuestionado y citó precedentes de esta Sala IV vinculados al instituto.

VI. Superada la etapa prevista por los artículos 465, último párrafo, y 468 del CPPN y efectuado el sorteo de estilo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Javier Carbajo, Angela E. Ledesma y Mariano Hernán Borinsky.

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), el recurrente se encuentra legitimado 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. Sentado lo expuesto y conocida la postura de mis colegas en la deliberación, solo he de señalar que el análisis efectuado por el tribunal *a quo* omite sopesar fundadamente la hipótesis del caso que la querella promueve.

En ese sentido, observo, según lo normado en el art. 336 del CPPN, que el sobreseimiento procede como sentencia anticipada al debate solo cuando se adquiere plena certidumbre de que el comportamiento imputado no se cometió o el imputado no ha tomado parte en él o no configura delito, extremos que a criterio del suscripto no se verifican en autos.

En estas condiciones, sin que lo aquí expuesto implique emitir opinión sobre el fondo del asunto, propicio hacer lugar al recurso de casación deducido por la parte querellante —ADIFSE—, anular la decisión dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal y, devolver las actuaciones para su sustanciación, sin costas en esta instancia (arts. 471, 530 y concordantes del CPPN).

La doctora *Ledesma* dijo:

Que habré de disentir con las consideraciones expuestas por el colega que me precede en la votación, en atención a los argumentos que a continuación expondré.

a. Previo a todo, interesa señalar que la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, con fecha 24 de agosto de 2020, con relación a la resolución del Juzgado Criminal y Correccional Fe-

deral N° 2, dispuso "Confirmar la resolución apelada en todo cuanto decide y fuera materia de apelación".

La presente causa tuvo inicio a partir de la denuncia de "G. L. F. —Presidente de ADIFSE— el día 25 de noviembre de 2016, oportunidad en que puso en conocimiento una serie de irregularidades que presentó la obra de Servycom SRL en 'Tecnópolis'. Manifestó que con fecha 12 de noviembre de ese año, el gerente de la mencionada firma, J. J. I., inició un reclamo —trámite N° 27141/15— para exigir el pago de las tareas desarrolladas en el predio, asegurando que fue contratado por I. B. —gerente de prensa del organismo— por razones de urgencia en la inauguración... se le endilgó haber tramitado la mencionada licitación ante la Gerencia de Prensa de ADIFSE, a fin de que se le adjudicaran a su empresa los trabajos de infraestructura en el predio 'Tecnópolis', sin perjuicio de conocer que la licitación debía ser gestionada ante la Gerencia de Compras y Contrataciones. Al declarar en sede judicial, I., aseveró que se había pactado el precio de $5.505.500.-, que la obra fue supervisada por profesionales de ADIFSE y que, pese a que inicialmente le aseguraron que la obra se abonaría a través de una contratación directa, eventualmente debió presentarse a la licitación privada N° 145/ADIF/2015 a efectos de viabilizar el pago de los trabajos anteriormente realizados....Las circunstancias devinieron en una demanda formal del pago por parte de S. SRL ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 junto con un pedido de audiencia con ADIFSE con el objeto de conciliar, lo que nunca se concretó" (Cfr. sistema informático Lex100).

Cabe destacar que el 30 de agosto de 2019 se dispuso la falta de mérito del aquí imputado "bajo la consideración de que, si bien se corroboró que 'Servycom SRL', efectivamente, había desarrollado los trabajos en el predio 'Tecnópolis' y que afrontó con fondos propios el pago de los materiales y el personal que demandaron la suma de cinco millones quinientos cinco mil quinientos pesos ($5.505.500), hasta la fecha de aquel resolutorio, todavía no se había resuelto el proceso judicial iniciado por el nombrado ante el fuero contencioso administrativo federal".

Posteriormente, el 17 de julio de 2020 se dictó el auto sobreseimiento del aquí imputado (cfr. Resolución Sistema informático Lex100).

Contra dicho auto, la parte querellante —Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (ADIFSE)— interpuso recurso de casación, el que fue concedido con fecha 10 de septiembre de 2020.

c. Para confirmar la resolución precitada, los jueces evaluaron la base fáctica, jurídica y probatoria. Así, sostuvieron que "los argumentos ensayados por la querella no logran conmover el temperamento adoptado. Si bien la parte recurrente señala que el juez realizó un análisis sesgado de las probanzas que sustentan el auto de mérito, son muchos los reparos que se pueden oponer frente a su hipótesis incriminatoria. La crítica vinculada a la participación trascendental de I., en las maniobras materia de reproche queda desvirtuada por la significación jurídico-penal de la conducta endilgada a sus consortes en la causa. Las imputaciones de B. y S. se estructuraron sobre la base de que funcionarios de la ADIFSE, habían contratado de manera irregular a la empresa Servycom SE para la realización de obras de mejoras en la infraestructura del predio Tecnópolis, inobservando los procedimientos reglamentarios pertinentes, no quedando abarcado en tal proceder la obtención de un beneficio en interés propio o de un tercero".

Agregaron que "en contraposición con lo alegado por el recurrente y más allá del conocimiento o no que podría tener sobre las particularidades concernientes al rubro de la construcción pública, coincidimos con lo expuesto por la juez de grado en punto a que Servycom SRL afrontó con fondos propios los gastos que demandó la realización de aquellos trabajos que no le habrían sido abonados. El escenario expuesto es contundente frente al intento de la querella de desacreditar la hipótesis delictiva investigada tal como fue esbozada por el juez de la anterior instancia".

Por ultimo, destacaron que "no logra advertirse un cauce de investigación que devenga útil para el esclarecimiento del suceso, de acuerdo con los alcances exigidos para esta etapa del proceso, habremos de homologar el decisorio recurrido. Esto, sin perjuicio del alcance que pudieran tener los actos señalados en la sede contencioso administrativo frente al reclamo sustanciando, donde rigen criterios de atribución de responsabilidad ajenos al derecho penal".

d. En definitiva, la decisión adoptada luce acertada y cuenta con fundamentos mínimos, necesarios y suficientes, en los términos preceptuados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchísimos otros), que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido. Indicó con suficiencia, los fundamentos jurídicos para confirmar el auto precitado.

En función de lo desarrollado, considero que el querellante, limita la expresión de sus agravios a meros juicios discrepantes del decisorio cuya impugnación postula, todo lo cual no alcanza para desvirtuar el razonamiento que sobre el particular realizó la Cámara y cuyos fundamentos no logran rebatir.

La decisión que se pretende impugnar ha sido dictada por la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal, en su carácter de órgano revisor de las resoluciones emanadas de los magistrados a cargo de la instrucción, viéndose configurado una doble conformidad judicial.

Además, no se ha demostrado adecuadamente la existencia de una cuestión federal que permita habilitar la competencia de esta Cámara Federal de Casación Penal como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

En consecuencia, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación deducido por el querellante particular, con costas (artículos 456 inc. 2°, 471 a contrario sensu y 532 del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal formulada.

Tal es mi voto.

El doctor *Borinsky* dijo:

I. Comenzaré por señalar que la intervención de esta Cámara Federal de Casación Penal se circunscribe a determinar si el sobreseimiento dictado respecto de J. J. I. resulta, o no, ajustado a derecho y a las constancias de autos.

La situación procesal de los restantes imputados I. S. B. y G. B. S. (Gerente de Prensa y Subgerente de Compras y Contrataciones de la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado —ADIFSE—, respectivamente), quienes fueron procesados sin prisión preventiva en fecha 30 de agosto de 2019 (temperamento que fuera confirmado por la cámara *a quo* el 9 de diciembre de 2019) y requeridos a juicio oral por la parte querellante en fecha 2 de septiembre de 2020 y por el fiscal federal de primera instancia en fecha 14 de septiembre de 2020 (cfr. expediente principal CFP 17.043/2016 del Sistema Informático "Lex 100"), no resulta objeto de examen en la presente incidencia.

II. Aclarado cuanto precede, habré de acompañar la solución propuesta por la distinguida colega que me precede en el orden de votación, Dra. Ángela E. Ledesma.

Ello, en tanto la resolución de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Ciudad —que confirmó sobreseimiento dictado respecto de J. J. I. por el juez federal de primera instancia—, no presenta fisuras de logicidad y constituye una derivación razonada del derecho vigente con ajuste a las concretas circunstancias del caso.

Por su parte, el recurrente no ha brindado razones con entidad suficiente para conmover lo resuelto. Tampoco ha aportado en sus presentaciones elementos novedosos ni argumentos válidos que permitan superar el estado de probabilidad negativa de su hipótesis imputativa (cfr. en igual sentido y en lo pertinente y aplicable, criterio sostenido por el suscripto en causa n° 15.427, "González, Ramiro s/ recurso de casación", reg. n° 1255/12, rta. 02/08/2012; reiterado en causas n° 16.190, "Tonello, Gustavo M. s/ recurso de casación", reg. n° 690/13.4, rta. 16/05/2013, CFP 13.345/2012/7/CFC2, "Salazar, José L. M. y otros s/ recurso de casación", reg. n° 285/18.4, rta. 9/4/2018; FCR 15.027/2017/CFC1, "Millán, Moira I. s/ recurso de casación", reg. n° 2542/19.4, rta. 05/12/2019 y causa FTU 23.105/2015/CFC2, "Soria, Luis y otros s/ recurso de casación", Reg. N° 17/20.4, rta. el 06/02/2020, todas de esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, entre otras).

En tales condiciones, el impugnante se limita a exponer su propia perspectiva sobre el caso y el modo en que a su juicio debe ser resuelto, aunque no ha brindado argumentos suficientes para demostrar error o desacierto en el razonamiento seguido en las instancias anteriores y poner en evidencia la arbitrariedad que alega; defectos que, vale aclarar, tampoco se advierten.

La investigación llevada a cabo en las presentes actuaciones con relación a J. J. I. se encuentra agotada, sin que reste —ni se haya invocado— medida de prueba alguna por producir que permita modificar el panorama de autos y tener por configurado respecto del nombrado el grado de probabilidad suficiente requerido en el art. 306 del CPPN. En ese contexto, la solución liberatoria de carácter definitivo dispuesta por el juez federal de primera instancia sobre I. y convalidada por el tribunal *a quo* —resoluciones que, vale aclarar, fueron consentidas por el Ministerio Público Fiscal—, resulta la razonada aplicación del derecho vigente a las circunstancias del caso.

Cabe añadir que la resolución recurrida por medio de la cual el colegiado anterior confirmó el fallo del juez federal de primera instancia ha satisfecho la "doble conformidad judicial" o "doble conforme".

III. En definitiva, adhiero a la solución que viene propuesta por la distinguida colega Dra. Ángela E. Ledesma de rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte querellante; sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal.

En virtud de lo expuesto y en mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte querellante, sin costas en esta instancia (arts. 530 y siguientes 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* (en disidencia). — *Ángela E. Ledesma*.

LIBERTAD ASISTIDA

Comercialización de estupefacientes. Informes interdisciplinarios. Posibilidad de riesgos. Rechazo.

1. — El juez de la instancia previa sustentó su decisión de no incorporar al imputado en el régimen de libertad asistida en los informes elaborados por las distintas áreas del Servicio Penitenciario Federal, en la que se concluyó, por mayoría de criterios, de manera desfavorable a la solicitud, pues a pesar de los avances obtenidos, se tuvo en cuenta que los mismos no resultan suficientes para afirmar que un egreso anticipado del interno no podría constituir un riesgo para sí o para terceros.

2. — La defensa no logró fundar suficientemente un supuesto de arbitrariedad en el pronunciamiento criticado en la medida en que los planteos articulados en su recurso de casación exhiben una mera disconformidad con lo resuelto y no logran rebatir los argumentos brindados por el *a quo* en la decisión impugnada.

CFCasación Penal, sala IV, 19/02/2021. - Z., P. A. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3038/2021]

Causa FGR 14985/2017/TO1/33/1/CFC6

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 19 de 2021.

Resulta:

El juez de ejecución penal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca, provincia de Río Negro, con fecha 6 de enero de 2021, resolvió, respecto de P. A. Z., en lo que aquí interesa:

"I. Rechazar (...) el [aplazamiento] en el tratamiento de la libertad asistida toda vez que los pretendidos informes periciales solicitados son de un equipo interdisciplinario distinto al del consejo correccional de la unidad;

II. Rechazar el pedido de Libertad Asistida impetrado por la defensa de P. A. Z., sin costas (Articulo 54 ley 24.660)..."

Contra dicha resolución, el defensor particular de P. A. Z., doctor Federico Batagelj, interpuso el recurso de casación en estudio; el que fue concedido por el *a quo* con fecha 20 de enero de 2021.

La parte impugnante cuestionó dicho decisorio al considerar que el tribunal *a quo* desestimó en forma arbitraria la solicitud de libertad asistida efectuada en favor de P. A. Z.

Alegó vulneración al derecho de defensa en juicio y debido proceso, así como errónea aplicación de la ley sustantiva.

En lo medular el recurrente se agravió de que se haya negado la realización de pericias de parte para el tratamiento de la libertad asistida, tal como lo propone el párrafo 8° del art. 54 de la ley 24.660.

Seguidamente, invocó violación al principio in dubio pro reo por cuanto —desde su perspectiva— el juez fundamentó su decisión en el contenido de las entrevistas que resguardaban el derecho paciente—profesional y no en dictámenes periciales y en que Z. realizó una huelga de hambre reclamando por sus derechos, cuestión que se encuentra amparada por los arts. 19 y 43 de la Constitución Nacional.

Concretamente, solicitó que se haga lugar al recurso de casación, se revoque la sentencia y se ordene al Servicio Penitenciario Federal que puedan realizarse como prueba una evaluación de riesgo HCR20 por parte de un licenciado en psicología y, además, una evaluación por parte de una perito criminóloga.

Hizo reserva del caso federal.

En la etapa prevista por el art. 465 bis —en función de los arts. 454 y 455 del CPPN —según ley 26.374—, se presentó el defensor particular de P. A. Z., doctor Federico Batagelj, oportunidad en que sostuvo los fundamentos esgrimidos en el recurso de casación (cfr. sistema "Lex 100").

Superada dicha etapa procesal y efectuado el sorteo de estilo, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

El doctor *Borinsky* dijo:

Liminarmente cabe señalar que las resoluciones como la aquí impugnada resultan equiparables a

sentencia definitiva, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934, 328:1108, 329:679, entre otros).

Por otra parte, el impugnante ha invocado la existencia de un agravio federal, puntualmente en lo atinente a la arbitrariedad de la resolución recurrida, y cumplió con los requisitos previstos por el art. 463 del CPPN.

Corresponde a esta Alzada determinar si la decisión del tribunal *a quo* en cuanto rechazó el pedido de libertad asistida efectuado en beneficio de P. A. Z., resulta —o no— ajustada a derecho y a las constancias de la causa.

Para ello, cabe recordar que con fecha 3 de septiembre de 2019, P. A. Z., fue condenado —mediante juicio abreviado— por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca, provincia de Río Negro, a la pena de tres años y ocho meses de prisión, multa de 34 unidades fijas, accesorias legales y costas del proceso, por ser considerado partícipe secundario y penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes, agravado por la intervención de tres o más personas en forma organizada (art. 5 inc. "c" y 11 inc. "c" de la ley 23.737) por los hechos cometidos desde el 17 de julio de 2017 y hasta el 2 de diciembre de 2017, y que consistieron en "Hecho 1: Haber intervenido en una organización dedicada al comercio de estupefacientes integrada por tres o más personas (...), al menos desde el inicio de la investigación (17/07/2017) y hasta el momento en el cual se produjeron los allanamientos ordenados en estos actuados (2/12/2017). Esta organización comercializaba el material estupefaciente (...) para su venta en la boca de expendio que se encontraba en la calle ... del Barrio Quinta 25 de esta ciudad (...) donde fueron habidos 45 envoltorios de cocaína listos para su comercialización. El material estupefaciente que allí se comercializaba era resguardado, almacenado y fraccionado en los domicilios de las calles ... donde residía P. A. Z. y ... donde residían E. D. y W. D., quienes además aportaban a la logística material, armas, autos y otros instrumentos idóneos, desplegando sus roles sin perjuicio de intercambiar funciones de acuerdo a las demandas que, en los hechos, requiriera el funcionamiento de la organización descripta. Hecho 2: Haber tenido bajo la esfera de su custodia y con fines de comercialización cocaína, hallada en una bolsa "ziploc" y en una bolsa de nylon que a su vez contenía otros siete envoltorios con idéntica sustancia, circunstancia que fue verificada el día 2 de diciembre de 2017, a las 18:53 horas aproximadamente, (...) en cumplimiento del allanamiento dispuesto sobre su domicilio (...). Además se secuestró dinero de distinta denominación (pesos argentinos y euros), municiones de distinto calibre, un arma de fuego, gran cantidad de recortes de nylon, tabletas con medicamentos (Tafirol, Novemina, Sildenafil, Dramamina, etc.), notebook, pen drive, celular, "tuqueras", "pipas", cúter con restos de sustancia polvo blanca, semillas, entre otros". Dicho pronunciamiento se encuentra firme (cfr. legajo FGR 14985/2017/TO1, Sistema "lex 100").

Asimismo, conforme surge del cómputo efectuado la pena impuesta a Z. se agotará el 28 de diciembre del año 2021.

A su vez, mediante sentencia de fecha 14 de abril de 2020 se le otorgó una reducción en el régimen progresivo de la pena de seis meses (cfr. resolución recurrida).

La defensa técnica de P. A. Z. solicitó la incorporación del nombrado al régimen de libertad asistida. Encarriló su presentación en tres puntos: el primero orientado a modificar el cómputo de pena a los fines de acceder anticipadamente a la libertad; mientras que los restantes, se enfocaron en el instituto de la libertad asistida requiriendo que aquella se otorgue bajo el marco normativo anterior a la sanción de la ley 27.375, o bien subsidiariamente, se declare la inconstitucionalidad de la mentada norma, en tanto incorporó los arts. 54 y 56 bis a la ley 24.660 constituyendo una valla para la obtención del beneficio.

El juez a cargo de la ejecución de la pena del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca, provincia de Río Negro, requirió a la Unidad N° 5 del Servicio Penitenciario Federal de General Roca la remisión de los informes correspondientes.

Se desprende del Acta N° 690/2020 de fecha 15 de diciembre de 2020 que "...el Consejo Correccional, tras analizar la situación legal y penitenciaria del causante se expidió, por mayoría de criterios, de manera desfavorable respecto de la incorporación al régimen de libertad asistida del condenado P. A. Z. dejando sentado que el proceso intramuros ha mostrado algunos avances en el tratamiento, que le han valido su promoción a la segunda fase, y además le han permitido evolucionar de un pronóstico de reinserción social desfavorable, con el que contaba al inicio del tratamiento, al que ostenta actualmente como dudoso y que a pesar de lo expuesto los avances obtenidos no son suficientes para afirmar que un egreso anticipado del interno no podría constituir un riesgo para sí o para terceros, considerándose prudente que se afiance en el tratamiento penitenciario a fin de que consolide los avances obtenidos y continúe el abordaje de aquellos factores que incluyeron en la génesis de su delito, los cuales aún no han sido resueltos" (cfr. resolución recurrida).

De los informes de mención se le corrió vista al representante del Ministerio Público Fiscal de la instancia anterior, quien se opuso al beneficio en cuestión. En su dictamen memoró, que "...Z. fue condenado por el Tribunal a la pena de 3 años y 8 meses de prisión tras aceptar la solicitud de trámite de Juicio Abreviado —art. 431 bis del CPPN— y que el 24 de octubre de 2019 V.E. aprobó el computo pena impuesta al nombrado la que agotaría el día 28 de diciembre de 2021, a las 12:00 horas, caducando el registro de la sentencia condenatoria el día 28 de diciembre de 2031, art. 51 del CP".

El señor fiscal añadió que "...si la condena dictada se basó en que el condenado se dedicaba al comercio de estupefacientes —art. 5 inc. "c" de la Ley 23.737— sostenidamente en el tiempo desde el 17 de julio de 2017 y hasta el 2 de diciembre de 2017, ya durante la vigencia de la Ley 27.375 —BO 28 de julio de 2017—, lo priva de la posibilidad de beneficiarse con el régimen de la libertad asistida. En efecto, ya estando vigente el art. 54 de la Ley 24.660 en su actual redacción según ley aludida, cabe concluir que, por expreso mandato legal le está vedado acceder al instituto peticionado pues el ilícito de carácter federal por el que está cumpliendo condena está atrapado por el art. 56 bis, inc. 10, de la Ley 24.660 también vigente a su época de comisión."

A continuación, el representante del Ministerio Público Fiscal agregó que "La pretensión de la defensa sobre la aplicación temporal de la Ley 27.375 no es novedosa para el Tribunal, quien ya se expidió sobre el punto al resolver el legajo de ejecución del Sr. Cifuentes (...), oportunidad en la que se rechazó también, de conformidad con lo dictaminado por este MPF, la inconstitucionalidad del artículo 56 bis de la ley 24.660 en cuanto veda la concesión de la libertad asistida al condenado por el delito de tenencia de sustancias estupefacientes con fines de comercialización, y consecuentemente, el pedido de libertad asistida por improcedente, en mérito a los art. 56 bis, en función del art. 54 de la ley 24.660 (texto según ley 27.375)" por lo que entendió que igual solución corresponde adoptar en este legajo.

De esta forma, luego de pronunciarse sobre la improcedencia del beneficio solicitado, el fiscal de la instancia previa analizó los informes recabados por el tribunal y consideró inconveniente conceder la soltura en los términos pretendidos por la defensa.

Por ello, postuló que igualmente correspondería rechazar el pedido de incorporación al Régimen de Libertad Asistida en favor del interno P. A. Z.

De tal manera, el señor fiscal describió que "...se produjeron los informes que lucen agregados al Legajo, los que se componen del acta de incorporación al Programa de Libertad —art. 30 Ley 24.660— Informe Social, Informe Criminológico y Acta del Consejo Correccional". Enfatizó que "Cobra especial relevancia para el caso, los argumentos que exhibe el informe criminológico, que describe que el interno se encuentra actualmente incorporado a la Fase de Consolidación (desde el 11/12/2020) con una calificación de Conducta ejemplar y concepto bueno ; consigna que desde esa División, se evalúa prudente profundizar el tratamiento penitenciario, habida cuenta por las conclusiones emitidas por el área de seguridad interna y el área de asistencia médica. Desde esta última surge del informe emitido por el profesional actuante que se continúa focalizando sobre la identificación de pensamientos y emociones disfuncionales, y que si bien reconoce el delito, aún se observa falta de implicancia subjetiva. Se observa respecto de anteriores informes, una incipiente evolución teniendo en cuenta que con anterioridad se informaba en cumplimiento formal de los objetivos, sumado a ello el antecedente de huelga de hambre, no obstante en cuanto al tratamiento terapéutico dicho no ha evidenciado progresos. El mencionado antecedente se encuentra en la línea de análisis del área de seguridad interna en cuanto a los recursos y modos que ha manifestado el interno a la hora de realizar alguna solicitud y encontrarse con una negativa. Se evalúa un pronóstico dudoso de reinserción social".

Asimismo, el señor fiscal refirió que el Acta del Consejo Correccional 690/2020 de la Unidad 5, con la participación de la totalidad de las áreas implicadas en el tratamiento del tema, concluyó "por mayoría de criterios, de manera desfavorable a la solicitud de incorporación al Régimen de Libertad Asistida, su proceso en el tratamiento intramuros ha mostrado algunos avances en el tratamiento que le han valido su promoción a la segunda fase y además le han permitido evolucionar de un pronóstico de reinserción social desfavorable (con el que contaba al inicio del tratamiento) al que ostenta actualmente como dudoso. A pesar de lo expuesto, los avances obtenidos no son suficientes para afirmar que un egreso anticipado del interno no podría constituir un riesgo para sí o para terceros. Se considera prudente que se afiance en el tratamiento penitenciario a fin de que consolide los avances obtenidos y continúe el abordaje de aquellos factores que influyeron en la génesis de su delito, los cuales aún no han sido resueltos...".

A su turno, la defensa técnica de Z. solicitó entre otras cuestiones que se aplace el tratamiento de la libertad asistida de su defendido hasta tanto se puedan realizar pericias de especialistas propuestos por esa parte conforme lo dispuesto en el octavo párrafo del art. 54 de la ley 24.660.

El magistrado a cargo de la ejecución de la pena, rechazó la solicitud de aplazamiento en el tratamiento

de la libertad asistida formulada por la defensa "toda vez que los pretendidos informes periciales solicitados son de un equipo interdisciplinario distinto al del Consejo Correccional de la unidad del condenado P. A. Z." (cfr. resolución recurrida).

De la resolución impugnada, surge que el *a quo* valoró que "P. A. Z. fue condenado a la pena de tres años y ocho meses de prisión, multa de 34 unidades fijas, accesorias legales y costas del proceso por considerarlo participe secundario del delito de comercio de estupefaciente agravado por la intervención de tres o más personas en forma organizada para cometerlo. (arts. 5 inc. c y 11 inc. c de la ley 23.737) por los hechos cometidos desde el 17 de julio de 2017 y hasta el 2 de diciembre de 2017, ya vigente la reforma introducida por ley 27.375.

Que conforme computo de pena surge que el causante agota la misma el 28 de diciembre del año 2021.

Que mediante sentencia de fecha 14 de abril del corriente año se le otorgo una reducción en el régimen progresivo de la pena de seis meses".

Seguidamente, el juez a cargo de la ejecución de la pena ponderó la situación de P. A. Z. a la luz de los informes penitenciarios remitidos por el Servicio Penitenciario Federal.

En esa línea de análisis el *a quo* indicó que "...sin perjuicio de que quien nos ocupa, ha logrado avanzar en algunos aspectos, el mismo debe ser integral y compresivo de todas las áreas, cuestión que en el caso aún no se configura, ello de conformidad con los distintos informes volcados en el Acta N° 690/20, en razón de los cuales se infiere que Z. a pesar de los avances obtenidos, los mismos no son suficientes para afirmar que un egreso anticipado del interno no podría constituir un riesgo para sí o para terceros".

En virtud de dichas consideraciones, el tribunal de la instancia previa rechazó lo solicitado por la defensa de P. A. Z.

En tal contexto, habré de concluir que las discrepancias valorativas expuestas por la impugnante, más allá de evidenciar la existencia de una fundamentación que no comparte, no configuran el supuesto de arbitrariedad que alega, motivo por el cual deben desestimarse los agravios esgrimidos en dicho sentido.

En definitiva, los fundamentos brindados por el *a quo* en la resolución puesta en crisis para denegar la incorporación de P. A. Z. al régimen de la libertad asistida resultan suficientes para considerarla motivada en los términos del art. 123 del CPPN.

Por lo demás, con relación al agravio traído por la defensa en su recurso respecto de que se haya negado la realización de pericias de parte para el tratamiento de la libertad asistida, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo 8° del art. 54 de la ley 24.660, cabe señalar que no ha acreditado en esta instancia la alegada afectación de los principios y garantías constitucionales invocadas (derecho de defensa en juicio y debido proceso, in dubio pro reo).

Por el contrario, el juez de la instancia previa sustentó su decisión en los informes elaborados por las distintas áreas del Servicio Penitenciario Federal, que fueran plasmados en el Acta N° 690/20 del Consejo Correccional en la que se concluyó, por mayoría de criterios, de manera desfavorable a la solicitud de incorporación al Régimen de Libertad Asistida de Z., pues a pesar de los avances obtenidos, se tuvo en cuenta que los mismos no resultan suficientes para afirmar que un egreso anticipado del interno no podría constituir un riesgo para sí o para terceros. En efecto, se consideró prudente "que se afiance en el tratamiento penitenciario a fin de que consolide los avances obtenidos y continúe el abordaje de aquellos factores que influyeron en la génesis de su delito, los cuales aún no han sido resueltos."

En este punto, la defensa tampoco ha logrado fundar suficientemente un supuesto de arbitrariedad en el pronunciamiento criticado en la medida en que los planteos articulados en su recurso de casación exhiben una mera disconformidad con lo resuelto y no logran rebatir los argumentos brindados por el *a quo* en la decisión impugnada.

En otro orden de ideas, atento a la emergencia sanitaria en curso, corresponde encomendar al tribunal *a quo* que requiera al establecimiento penitenciario donde P. A. Z. se encuentra detenido que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/2020 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del Covid-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020).

Por lo expuesto, propongo al acuerdo:

I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de P. A. Z., sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN).

II. Encomendar al tribunal *a quo* que requiera al establecimiento penitenciario donde P. A. Z. se encuentra detenido, que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/2020 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del Covid-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020).

III. Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Carbajo* dijo:

Por compartir sustancialmente las consideraciones formuladas por el colega que lidera el Acuerdo, Dr. Mariano Hernán Borinsky y en las particulares circunstancias detalladas en su voto, adhiero a la solución allí propuesta, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN).

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito del Acuerdo que antecede, con el voto concurrente de los suscriptos (art. 30 bis, último párrafo del CPPN), el Tribunal, resuelve: I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de P. A. Z., sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN). II. Encomendar al tribunal *a quo* que requiera al establecimiento penitenciario donde P. A. Z. se encuentra detenido, que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/2020 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del Covid-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). III. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (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.*

SANCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ÁMBITO CARCELARIO

Pelea entre dos internos. Control judicial. Validez. Disidencia.

1. — En cuanto respecta a la constitucionalidad del dec. PEN 18/1997, y en relación al primero de los agravios expuestos por la recurrente, esto es, la vulneración al principio de reserva de ley, derivado del hecho de que el Poder Ejecutivo estableció por decreto conductas típicas no plasmadas en la ley 24.660, cabe destacar que la defensa no ha indicado de modo directo cuál es la relación entre las normas cuestionadas y el caso de su defendido, pues tanto la figura infraccional en la cual se subsumió la conducta atribuida al condenado, como la sanción aplicada se encuentran contempladas en forma estricta y taxativa en la ley 24.660, y el hecho de que hayan sido posteriormente replicadas en el dec. 18/1997 no configura una transgresión al referido principio de reserva de ley.

2. — Si bien el procedimiento sancionatorio se halla regulado en forma tal que es el mismo Servicio Penitenciario Federal quien instruye el sumario, decide y eventualmente sanciona, el dec. 18/1997 toma previsiones en orden a la razonable observancia de la garantía de la imparcialidad, fijando división de funciones y posibilidad de control judicial ulterior y suficiente.

3. — La sanción disciplinaria fue ordenada respetando el carácter provisional asignado por el reglamento, pues fue impuesta por el término de 24 horas, frente a acontecimientos que se subsumen como infracción grave, y que podrían comprometer la integridad física de los implicados. Se trató de una pelea a golpes de puño entre dos internos alojados en distintas celdas del mismo pabellón. De tal modo, la aplicación de la medida puede reconocerse como razonable, proporcionada y necesaria frente al riesgo que buscaba evitar, características que impiden considerar vulneradas las reglas para el tratamiento de personas privadas de libertad aludidas por la defensa.

4. — La parte que pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene el deber de cimentar su posición señalando de qué modo su eventual aplicación conllevaría la concreta afectación de garantías consagradas por la Constitución nacional, pues tal declaración es un acto de suma gravedad o última ratio del orden jurídico, al que solo debe acudirse cuando se advierte una clara, concreta y manifiesta afectación de una garantía consagrada por la Constitución Nacional que torna a la norma cuestionada en evidentemente irrazonable; no existiendo, además, la posibilidad de una solución adecuada del caso sin su correspondiente pronunciamiento y sin olvidar que no corresponde a los jueces un examen de la mera conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (del voto del Dr. Borinsky).

5. — Se produjo una afectación al derecho constitucional de defensa del interno, toda vez que durante el procedimiento de aplicación de las sanciones disciplinarias no contó con asistencia letrada. Resulta necesario que el interno cuente con la facultad de tener una entrevista previa con su asistente letrado y de entablar una relación de confianza con él y, al mismo tiempo, que este último tenga la posibilidad cierta de ofrecer prueba, controlar la prueba de cargo y contradecir la actividad argumentativa de la contraparte (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).

6. — No se observa que el condenado haya tenido oportunidad de entrevistarse con su abogado de manera previa a la audiencia de descargo ni generar una relación de confianza con él. Asimismo, tampoco fue notificado de la oportunidad en que se produjeron las declaraciones testimoniales de los testigos de cargo De modo tal que no pudo controlar ni controvertir el contenido de dicha prueba para defender a su asistido del hecho endilgado (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).

CFCasación Penal, sala IV, 19/02/2021. - B., L. s/ recursos de casación e inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/3036/2021]

Causa CPE 1425/2018/TO1/11/CFC5

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 19 de 2021.

Resulta:

I. El Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3 de esta ciudad, con fecha 3 de diciembre de 2020, resolvió: "I. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del Reglamento de disciplina para los internos (Decreto N° 18/1997) formulado por la defensa de L. B.

II. Rechazar el planteo de nulidad de la sanción dispuesta respecto al interno L. B., en el marco del expediente EX 2019-93650237-APN-CPF1#SPF por el Jefe del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza, con fecha 9 de diciembre de 2019.

III. Confirmar la sanción disciplinaria impuesta al interno L. B. por el Jefe del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza, con fecha 9 de diciembre de 2019 en el expediente administrativo antes citado.

IV. Prorrogar la suspensión de la ejecución de la sanción hasta tanto adquiera firmeza lo aquí decidido".

II. Contra dicha decisión, interpuso sendos recursos de casación e inconstitucionalidad la defensa de L. B., los que fueron concedidos por el tribunal de procedencia, en cuanto a su admisibilidad formal, el 28 de diciembre de 2020.

III. El presentante canalizó su recurso de casación a través de las previsiones del art. 456 inc. 2 del CPPN, a la vez que consideró que ciertas regulaciones establecidas en el decreto PEN 18/1997 vulneran los principios de legalidad y razonabilidad además de las garantías de defensa en juicio y debido proceso.

En primer término, memoró que la posibilidad de legislar en materia penal a través de decretos se encontraba vedada por la Carta Magna, y arguyó que resultaba inadmisible una forma de delegación legislativa que permitiera al Poder Ejecutivo determinar el contenido cualitativo de las condiciones de privación de libertad. Citó en refrendo de sus dichos el precedente de Fallos: 237:636 ("Mouviel").

Meritó que las restricciones establecidas por esa vía legal eran contrarias al art. 30 de la CADH, pues el instrumento utilizado no constituía una ley en sentido formal.

Por un lado, precisó que la descripción de las conductas calificadas en el decreto como faltas leves y medias adolecía de vaguedad e imprecisión y, por otro, que los arts. 18, 19 y 20 del reglamento 18/97 empeoraban las condiciones de detención del interno solo a partir de un decreto reglamentario del Poder Ejecutivo Nacional, sin una ley del Poder Legislativo que estableciera las condiciones en que esas faltas se producen.

En segundo orden, señaló que los arts. 39, 40, 42, 43, 46 y 49 del reglamento eran violatorios del debido proceso legal, del derecho de defensa y de la garantía de imparcialidad. Se refirió en sustento de su tesitura al precedente de Fallos: 328:1491 ("Llerena"), considerando que las razones allí expuestas con relación al proceso judicial resultaban extrapolables al procedimiento disciplinario penitenciario.

Ponderó que, a tenor de los arts. 81 de la ley 24.660 y 5 del dec. 18/97, la competencia para el ejercicio del poder disciplinario fue atribuida al director del establecimiento penitenciario y que, por depender los sumariantes de aquel, la instrucción, el juzgamiento, la ejecución y el control sobre la medida disciplinaria recaen sobre la misma autoridad, no permitiendo el control o vigilancia por parte de otros órganos.

A la par, destacó que la prueba rendida en el sumario se limitaba a las declaraciones testimoniales de empleados del Servicio Penitenciario, afectando la igualdad frente a la acusación.

De seguido, manifestó que la medida de aislamiento provisional receptada en los arts. 35 y 36 del decreto traducía la aplicación de una penal cruel y degradante, infringiendo el principio de humanidad de la pena contenido en los arts. 18 de la Constitución Nacional, 5 de la DUDH, 5 de la CADH y 7 del PIDCP.

Se refirió a los "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" y a las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos" y expresó que allí el aislamiento fue contemplado como medida de último recurso, enderezada a salvaguardar intereses de seguridad interna del establecimiento, pero

que en el caso de B. esos principios habían sido desatendidos.

De otro tanto y por similares razones, planteó la nulidad de la resolución disciplinaria, a partir de los siguientes fundamentos: que en el acta de procedimiento no se brindaba ninguna explicación que permitiera conocer el razonamiento que derivó en la sanción; que no fueron valoradas las defensas esgrimidas por el interno en punto a que los hechos no se produjeron como expresaron los testigos miembros del Servicio Penitenciario Federal; que no fue suplida la circunstancia de que B. no domina adecuadamente el idioma castellano al ser de nacionalidad lituana; que no consta que haya sido debidamente anoticiado del suceso reprochado, de su carácter como infracción, de las consecuencias que la sanción supone ni de los derechos que le asistían.

Finalmente, aseveró que el tribunal *a quo* efectuó una arbitraria valoración de la prueba obrante en el sumario y afirmó que no podía tenerse al hecho objeto del proceso como realidad acreditada.

Puntualizó que el instructor seleccionó la prueba que resultaba útil, limitándose a las declaraciones testimoniales de los agentes penitenciarios, sin realizar otras diligencias que determinaran el acaecimiento de la infracción.

Añadió que dicha cuestión fue alegada ante el tribunal, pero que este omitió darle tratamiento, llevando ello a la ausencia o carencia de debida fundamentación en su decisión.

Concluyó que no existía certeza sobre la materialidad del hecho y recordó que, frente a extremos dudosos, debía estarse a lo que resultara más favorable al reo. Solicitó que se dejara sin efecto la sanción impuesta.

Formuló reserva del caso federal.

IV. Con fecha 17 de febrero del corriente, se cumplieron las previsiones del art. 465 bis del CPPN, oportunidad en la que la defensa de L. B. presentó breves notas.

Allí, la defensora expuso que el trámite dado al expediente disciplinario no permitió hacer valer el derecho de defensa de su asistido, en tanto consideró que no tuvo oportunidad de controlar y contradecir la producción de las pruebas de cargo y que, por no dominar fluidamente el idioma castellano, B. no pudo tener un completo entendimiento del procedimiento administrativo en curso, sin que bastara para su tutela la presentación de un descargo con defensor, por no ser misión de este efectuar traducciones.

Superada dicha etapa procesal, y efectuado el sorteo de estilo para que los jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: doctores Javier Carbajo, Mariano Hernán Borinsky y Ángela E. Ledesma.

El doctor *Carbajo* dijo:

I. Considero que los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la defensa de L. B. resultan formalmente admisibles, toda vez que la decisión recurrida fue dictada en el marco de un incidente promovido contra la sanción disciplinaria impuesta al nombrado, los remedios ha sido deducidos en término (arts. 463 y 474 del CPPN), por quien tiene legitimación para recurrir (art. 459 del CPPN) y, fundamentalmente, por apego a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal" (R. 230. XXXIV del 9 de marzo de 2004).

II. La causa bajo estudio tuvo comienzo con la presentación efectuada por la defensa de L. B., tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del Decreto 18/1997 y la consecuente invalidez de la resolución sancionatoria impuesta por el Director del Complejo Penitenciario Federal I a su respecto en el expediente EX-2019-93650237-APN-CPF1#SPF y, en forma subsidiaria, la revisión de dicho acto administrativo mediante recurso de apelación.

Recibida la solicitud inicial, el órgano interviniente dispuso la suspensión de la ejecución de la sanción, y ordenó correr vista al representante del Ministerio Público Fiscal.

Al responder, el acusador propició el rechazo de los planteos de la contraparte.

Señaló que el cuestionamiento por pretensa vulneración al principio de legalidad no podía prosperar, pues el decreto regulaba la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, manteniendo idéntica redacción de la tipificación de las infracciones graves, a la vez que las sanciones posibles se encontraban ya plasmadas en la ley de fondo.

Con relación al procedimiento, indicó que en el sumario se había puesto en conocimiento a B. del suceso que se le imputó, que se le dio oportunidad de ejercer su descargo en presencia de un letrado, de ofrecer prueba, que luego de la recolección probatoria se dictó una resolución fundada en la cual se desarrollaron los motivos por los cuales se dispuso la sanción de aislamiento, por lo que no se verificaba la afectación del debido proceso legal, de la garantía de defensa en juicio ni falta de razonabilidad en los atinentes actos estatales.

Entendió que tampoco se vio vulnerado el principio de imparcialidad por cuanto durante el desarrollo del sumario disciplinario se dio intervención a la defensa del imputado para que lo asistiera técnicamente en el trámite administrativo y para que pudiera obtener una revisión judicial de la sanción impuesta.

Respecto de las causales de nulidad intentadas, destacó que la defensa no explicó de manera clara y precisa el gravamen causado, que no se habían sugerido otros testimonios en los que pudiera apoyarse otra posible solución del caso y que, dado el contexto y circunstancias en que tuvo lugar el hecho imputado, resultaba lógico que los testigos presenciales hayan sido funcionarios del Servicio Penitenciario Federal.

Por otro lado, meritó que la circunstancia de que B. no dominara el idioma castellano no había sido impedimento para que ejerciera su derecho de defensa, completando su descargo y siendo asistido por su defensa técnica en ese momento.

Finalmente, con relación al recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por la defensa, el fiscal postuló su desestimación, por entender que la conducta desarrollada fue idónea para alterar el orden del establecimiento, no siendo óbice para sostener su real configuración la ausencia de lesiones visibles en los protagonistas, por lo que concluyó que la sanción debía confirmarse, sin perjuicio de la suspensión de su ejecución, hasta tanto se resolvieran las impugnaciones planteadas.

Corrida vista a la defensa del interno, se remitió a los argumentos vertidos en su presentación inicial y solicitó la prórroga de la suspensión en la ejecución de la sanción hasta tanto adquiriera firmeza.

Puesto en condiciones de resolver, en primer orden el tribunal rechazó la pretendida declaración de inconstitucionalidad del decreto 18/1997.

Destacó que se trata de un decreto reglamentario del capítulo IV de la ley 24.660, nominado "Disciplina", expedido en ejercicio de las atribuciones conferidas por el art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo.

En relación a la vulneración al principio de legalidad, puso de resalto que tanto la infracción endilgada como la sanción impuesta se encontraban previamente tipificada y descriptas en la ley 24.660 y en el referido decreto, por lo que sentenció que las normas que derivaron en la restricción de derechos individuales de B. fueron establecidas por el Poder Legislativo, de acuerdo al procedimiento constitucionalmente previsto para la sanción de las leyes.

De seguido, desestimó la alegada infracción al debido proceso legal, a la defensa en juicio y a la manda de razonabilidad de los actos estatales, valorando que aun cuando el decreto 18/1997 no contemplaba expresamente la obligatoriedad de la asistencia letrada en forma previa al acto de descargo, y se había argüido que B. no hablaba ni entendía el idioma castellano, los agravios quedaban desvirtuados, pues la defensa del interno había sido notificada y pudo concurrir al acto de descargo del día 25/10/2019, brindando allí el nombrado su versión de los hechos.

Se rechazó el requerimiento de inconstitucionalidad del procedimiento administrativo por mengua a la garantía de imparcialidad razonando que la norma cuestionada asignaba las funciones de instrucción y resolución del sumario a diferentes funcionarios del Servicio Penitenciario, distintos a su vez de aquellos que conocieron los hechos, y aunando que desde el inicio del sumario, los actos fueron anoticiados a los órganos judiciales intervinientes, encontrándose finalmente garantizado el control judicial suficiente.

Por otro lado, respecto de las nulidades planteadas, el *a quo* consideró que los argumentos fundantes eran coincidentes con los esgrimidos para solicitar la declaración de inconstitucionalidad, por lo que dispuso remitirse a lo antes expuesto.

Apreció que lo actuado a lo largo del procedimiento se ajustó a las disposiciones reglamentarias del decreto 18/1997 para la comprobación de infracciones, detallando que la circunstancia de que los testimonios sobre el hecho hayan sido dados por agentes del propio Servicio Penitenciario Federal no les restaba entidad, pues la crítica no había sido acompañada de datos objetivos que permitieran vislumbrar la existencia de falsedad en los dichos.

Por tales motivos, el tribunal concluyó que la conducta atribuida a L. B. era una realidad histórica, verificada y acreditada conforme a derecho, exhibiendo la sanción impuesta fundamentos normativos y racionales, por lo que resolvió su confirmación, aunque disponiendo la prosecución de su suspensión hasta que el acto adquiriera firmeza.

III. a) En cuanto respecta a la constitucionalidad del decreto PEN 18/1997, y en relación al primero de los agravios expuestos por la recurrente, esto es, la vulneración al principio de reserva de ley, derivado del hecho de que el Poder Ejecutivo estableció por decreto conductas típicas no plasmadas en la ley 24.660, cabe destacar que la defensa no ha indicado de modo directo cuál es la relación entre las normas cuestionadas y el caso de su defendido, pues conforme fue señalado por el tribunal de procedencia, tanto la figura infraccional en la cual se subsumió la conducta

atribuida a B. como la sanción aplicada se encuentran contempladas en forma estricta y taxativa en la ley 24.660 (arts. 85 inc. "b" y 87 inc. "e", respectivamente), y el hecho de que hayan sido posteriormente replicadas en el decreto 18/1997 no configura una transgresión al referido principio de reserva de ley.

En este sentido, teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, al que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416, entre muchos otros), habré de proponer al acuerdo la desestimación de este agravio, pues carece de relación directa con la cuestión controvertida del caso.

Luego, con relación al señalamiento en torno a la constitucionalidad del art. 20 del decreto, debe tenerse en cuenta que esta norma establece mayor precisión sobre un aspecto que ya se encuentra contemplado en el art. 87 de la ley 24.660, a saber, la proporcionalidad en la imposición de la sanción de acuerdo a la importancia de la falta cometida.

Desde tal perspectiva, no puede sostenerse que exista un desborde de la facultad reglamentaria conferida al Poder Ejecutivo por la Constitución Nacional, pues se observa que este se ha limitado a ordenar qué sanciones de las previstas en la ley se aplicarán a cada categoría de infracciones, manteniendo el espíritu que fuera indicado por el legislador al sancionar la ley 24.660, nuevamente, el criterio de proporcionalidad en la sanción de acuerdo a la ofensa cometida.

Prosiguiendo, considero que tampoco puede tener favorable acogida el embate que manifiesta que los arts. 39, 40, 42 y 43 dec. 18/97 vulneran la garantía de imparcialidad. Al respecto, me he expedido en anteriores oportunidades (cfr. mi voto *in re* "Maasie, Remüel A. s/ recurso de casación", CPE 1851/2017/TO1/3/CFC1, Reg. 978/19 del 17/5/2019; "Figueroa, Miguel A. s/ recurso de casación", FSA 72000551/2009/TO1/1/1/CFC1, Reg. 1619, del 15/08/2019; "Salazar Quispe, María s/ recurso de casación", CCC 69723/2016/TO1/6/1/CFC20, Reg. 86/20, del 19/02/2020, "Galano, Lucas G. s/ recurso de casación", FBB 4441/2019/TO1/5/CFC2, Reg. 1888/20, del 29/09/2020, entre otras) sosteniendo que si bien el procedimiento sancionatorio se halla regulado en forma tal que es el mismo Servicio Penitenciario Federal quien instruye el sumario, decide y eventualmente sanciona, el decreto toma previsiones en orden a la razonable observancia de dicha garantía, fijando división de funciones y posibilidad de control judicial ulterior y suficiente. En su art. 33 se determina que en ningún caso la redacción del parte disciplinario podrá estar a cargo de personal vinculado con el hecho; el art. 39 veda la asignación de funciones de investigación a quien suscribió el parte disciplinario o estuvieren involucrados en el hecho; el art. 45 determina que la resolución será tomada por el director, y finalmente el art. 47 contempla el derecho a que la decisión administrativa sea revisada por un órgano judicial a través de un recurso de apelación, es decir una revisión amplia y en cuanto a los hechos y al derecho, extremo que por lo demás, de la compulsa de las actuaciones, se advierte cumplimentado.

Tales razones no se ven controvertidas por los argumentos expuestos por la defensa, puesto que se limita a cuestionar la legalidad del procedimiento, soslayando que sus matices diferenciados atienden a características propias del ámbito penitenciario y que, como ha dicho nuestro Máximo Tribunal —con cita de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos—, "si bien la misma naturaleza del 'debido proceso' niega cualquier concepto de procedimiento inflexible universalmente aplicable a cada situación imaginable, en el caso debía buscarse un adecuado equilibrio entre los derechos del prisionero y las necesidades y exigencias de seguridad..." (Fallo: "Romero Cacharane", ya citado, cons. 14).

Por lo demás, se observa que el procedimiento mantuvo su cauce formal, la instrucción fue ordenada por un funcionario legalmente habilitado, el interno tuvo oportunidad de efectuar un descargo y ofrecer prueba, se notificó a la su defensa con antelación suficiente para que concurriera a brindar asistencia y fue recibido en audiencia individual por la máxima autoridad de la unidad de modo previo al dictado de la resolución sancionatoria.

La defensa solicitó también la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 35 y 36 del reglamento, en cuanto regulan el aislamiento como medida provisional frente a hechos que puedan configurar infracciones graves, subvertir el orden del establecimiento o comprometer la integridad de las personas, al entender que se encuentran reñidos con los "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.

Considero relevante señalar que la medida fue ordenada respetando el carácter provisional asignado por el reglamento, pues fue impuesta por el término de 24 horas, frente a acontecimientos que se subsumen como infracción grave (art. 85 inc. "b" de la ley 24.660), y que podrían comprometer la integri-

dad física de los implicados. Repárese en que, según las constancias del expediente administrativo, se trató de una pelea a golpes de puño entre dos internos alojados en distintas celdas del mismo pabellón (cfr. parte disciplinario del día 16/10/2019). De tal modo, la aplicación de la medida puede reconocerse como razonable, proporcionada y necesaria frente al riesgo que buscaba evitar, características que impiden considerar vulneradas las reglas para el tratamiento de personas privadas de libertad aludidas por la defensa.

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad intentado por la defensa de L. B.

b) Debe entonces abordarse el tratamiento de las nulidades planteadas por la defensa.

Como premisa inicial, tal como inveteradamente lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no huelga recordar que "...en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y solo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte 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 lo que también está interesado el orden público..." (Fallos: 325:1404).

La defensa indicó como primer motivo de nulidad la falta de una explicación en el acta de procedimiento que permitiera conocer el razonamiento que derivó en la sanción. No obstante, no debe perderse de vista el carácter auxiliar que tiene asignado dicho instrumento (cfr. art. 39 del decreto 18/1997), que servirá como antecedente para ordenar la instrucción de una investigación sumarial, siempre que exista mérito para ello.

En el caso bajo estudio, y en cuanto aquí interesa surge del acta del día 16/10/2019 que "Siendo aproximadamente las 21:40 horas (...), el Ayudante de 3ª C. H. (...), quien se desempeña como Celador del Pabellón 'D', comunicó telefónicamente a esta Jefatura que mientras observaba el SUM de dicho pabellón, el interno F. (Celda N° 22), quien mantenía una discusión acalorada con el interno B. (celda N° 15), de manera sorpresiva se propinan violentamente golpes de puño entre ambos, ante lo ocurrido el resto de los alojados hasta el momento se mantenían expectantes ante la situación.

Continuando con el relato, el Celador del Pabellón informó haber efectuado de manera reiterada y a viva voz la orden para que cese su accionar ya que de esta manera alteraba el orden y la disciplina que debe imperar en este establecimiento, a lo que el resto de los internos intervienen en la situación disuadiendo el accionar belicoso de ambos encartados...".

Dicho parte disciplinario motivó el dictado de una orden para que se instruyera el sumario (cfr. fs. 8 del expediente administrativo), cuya sustanciación y desarrollo culminó con la resolución sancionatoria cuestionada.

De este modo, la explicación o el razonamiento que sustentó el acto de cargo se desprende no únicamente del parte disciplinario, sino del cúmulo de actuaciones administrativas que conformaron el sumario, por lo que entiendo que el agravio de la defensa resulta improcedente.

En segundo lugar, la recurrente señala que las defensas esgrimidas por B. no fueron valoradas, teniendo en cuenta que, según su descargo, los hechos no se produjeron como lo expresaron los testigos miembros del Servicio Penitenciario Federal.

De acuerdo con el descargo del interno (cfr. fs. 23 del sumario administrativo), "...mantuvieron una discusión en razón que el interno F. gritaba constantemente. A raíz de ello B. solicita que guarde silencio a lo que recibe insultos de F. El altercado se termina en ese momento. No hubo golpes ni agresiones".

Hago notar aquí que, en dicho acto, en el que L. B. contó con asistencia letrada, la parte no propuso ni requirió medida probatoria alguna, aspecto que se reiteró en el recurso de apelación interpuesto en la primera instancia.

Luego, deben tenerse en cuenta tanto los testimonios de los agentes C. H. (fs. 9 del sumario), F. R. (fs. 10), A. C. (fs. 11) y F. P. (fs. 12), habiendo los tres primeros presenciado el hecho y el último labrado el parte disciplinario, que resultaron contestes y concordantes, ratificando el relato circunstanciado del parte disciplinario antes reseñado.

Por otro lado, lo declarado por estos agentes en cuanto a la materialidad de la falta imputada, guarda correspondencia con el contenido del descargo efectuado por el interno F. (cfr. fs. 24 del sumario), de acuerdo con el cual "...El Sr. B. L. permanentemente me hostiga manifestando a viva voz que 'soy un asesino', circunstancia que ignora todo el tiempo, no obs-

tante lo cual me siguió provocando lo que produce un estado de malestar y forma permanente. En el día del supuesto hecho, B., L. me arrojó un objeto contundente, que me impactó sobre mi cuerpo, y ante su agresión bajé a enfrentarlo para que cese con su accionar, cuando bajé estaba con otros dos internos. B., L. me tomó del cuello y tiró al piso, en ese momento el resto de los internos nos separaron. En ningún momento lo agredí, minutos después, 'guarda espaldas' ingresaron y me asilaron. En función de todo lo manifestado, niego rotundamente haber provocado un incidente y luego golpear a B., L.".

Bajo esta perspectiva, el planteo de nulidad informado por la defensa carece de fuerza convictiva, pues lo aseverado no es acompañando por ningún elemento de prueba, sino que adversamente se ve desacreditado por los dichos de los testigos y del interno F., por lo que habré de proponer el rechazo de la nulidad intentada.

Por último, debe analizarse la procedencia de la nulidad señalada por haberse sustanciado el sumario en idioma nacional, el cual no sería fluidamente comprendido por B., por ser de nacionalidad lituana y comunicarse en su idioma nativo y en ruso (cfr. acta de indagatoria de B., L., obrante en el expediente CPE 1425/2018, del 20/12/2018).

Al respecto, estimo relevante meritar que su condición de extranjero que no domina el idioma nacional no fue impedimento para que completara su descargo y diera su versión del hecho en la audiencia ante los instructores del sumario.

Por otro lado, la materialidad del hecho no fue desacreditada, a la vez que es dable considerar que su carácter como falta o infracción resulta una circunstancia pública y notoria —tomarse a golpes de puño dentro de un establecimiento penitenciario y de seguridad—, de lo que se extrae que aun cuando B. no domine el idioma castellano, debía comprender por la misma naturaleza de la conducta, que ese comportamiento no era admisible en ese ámbito.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que, en forma casi inmediata luego del acaecimiento de los hechos, el día 17/10/2019 a las 7:25 horas, el instructor penitenciario comunicó el inicio del sumario a la defensoría, adjuntando las piezas documentales pertinentes, y anoticiando de la fecha y hora para la realización de la audiencia de descargo, de modo de permitir el mejor resguardo de los derechos del interno.

De acuerdo con lo reseñado, si bien B. no contó con la asistencia de un intérprete durante la realización del proceso investigativo, ello no fue óbice para el ejercicio de su defensa, ni se presenta como una circunstancia que haya conducido a la afectación de sus derechos fundamentales, por lo que propugno en este punto también, el rechazo de la nulidad planteada.

IV. De tal modo y por las razones expuestas, propicio en definitiva el rechazo de los recursos de casación e inconstitucionalidad intentados y la declaración de constitucionalidad de las normas del decreto 18/1997 que fueran cuestionadas, sin costas (arts. 530 y ccdtes. del CPPN). Téngase presente la reserva del caso federal.

Tal es mi voto.

El doctor *Borinsky* dijo:

De modo liminar, cabe recordar que con fecha 9 de diciembre de 2019, el director del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza impuso a L. B. la sanción de doce días "...de permanencia en celda individual de alojamiento cuyas condiciones no agraven ilegítimamente su detención, según lo prescripto por el Artículo 19 inciso 'E' del Decreto 18/1997 por: 'Mantener una discusión con el interno F., R. M., para posteriormente tomarse a golpes de puño, momentos que se encontraba en el salón de Usos Múltiples del pabellón 'D' de la Unidad Residencial 5, siendo aproximadamente las 21:40 horas del día 16/10/2019, accionar que es observado por el Ayte. de 3ª C. H., haciendo caso omiso a la orden de deponer su accionar hostil y agresivo', en calidad de 'Autor', conducta que encuadra en el Artículo 18 inciso 'B' del Reglamento de disciplina para los internos (Decreto 18/1997), tipificada como infracción 'Grave', en el Artículo 20 inciso 'C' del precitado Reglamento...".

Contra dicha sanción disciplinaria, la defensa de L. B., postuló la declaración de inconstitucionalidad del decreto 18/1997 y la consecuente invalidez de la resolución sancionatoria impuesta por el Director del Complejo Penitenciario Federal I a su asistido en el expediente EX-2019-93650237-APN-CPF1#SPF y, en forma subsidiaria, la revisión de dicho acto administrativo mediante recurso de apelación.

El juez de grado del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 1 —donde tramitó la presente causa en su etapa de instrucción—, con fecha 12/12/2019 corrió vista al representante del Ministerio Público Fiscal ante esa instancia, ocasión en la que el Fiscal PGN Dr. Pablo N. Turano, mediante el dictamen de fecha 18/12/2019, "...propició el rechazo de los planteos de inconstitucionalidad y nulidad, y apelación en subsidio, formulados por la defensa de L. B., considerando que no se han violado los principios y garantías invocados".

El Fiscal de grado, con relación al planteo de inconstitucionalidad, destacó que "...el cuestionamiento en torno a la presunta vulneración del principio de legalidad no puede prosperar siendo que el decreto en trato no hace más que regular la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, manteniendo idéntica redacción de la tipificación de las infracciones graves y las sanciones posibles que se encuentran ya plasmadas en la ley de fondo y cumpliendo con los lineamientos marcados por el legislador en la citada ley; que, asimismo, en el marco del sumario administrativo de marras, se ha puesto en conocimiento al interno L. B. del suceso que se le imputa, se le ha dado la oportunidad de ejercer su descargo en presencia de un letrado, de ofrecer prueba, y luego de la recolección probatoria, se dictó una resolución fundada en la cual se desarrollaron los motivos por los cuales se dispuso la sanción de aislamiento, por lo que no se verifica la afectación de los derechos resguardados por las garantías del debido proceso legal, defensa en juicio y razonabilidad de los actos estatales; que tampoco se vio vulnerado el principio de imparcialidad por cuanto durante el desarrollo del sumario disciplinario se dio intervención a la defensa del imputado para que cuente con asistencia técnica en el trámite administrativo y a fin de que tenga oportunidad de obtener una revisión judicial de la sanción impuesta; y que por lo demás, la defensa ha invocado en forma genérica sin especificar y demostrar en forma concreta de qué manera la normativa cuestionada controvierte los principios constitucionales que alega vulnerados que no se verifica alguna causal de nulidad o afectación de derechos que determine la nulidad de lo actuado, destacando que la defensa reedita lo planteado al cuestionar la constitucionalidad del Decreto 18/1997, con relación a la falta de fundamentación de la sentencia y a la inobservancia del debido proceso; que no introduce de manera clara y precisa el gravamen causado a su asistido; que no se han sugerido otros testimonios en los que pueda apoyarse otra posible solución del caso y dado el contexto y circunstancias en que tuvo lugar la contienda protagonizada por B. resulta lógico que hayan sido los funcionarios del Servicio Penitenciario Federal los testigos presenciales; y que la circunstancia que B. no domine el idioma castellano y que no se haya dejado constancia de cuál fue el idioma utilizado en la audiencia prevista en el art. 40 del decreto de marras no fue óbice para que ejerciera su derecho de defensa, efectuando su descargo y siendo asistido por su defensa técnica en ese momento".

El mencionado fiscal indicó que "...las acciones llevadas adelante por L. B. dan cuenta del incumplimiento de las normas de convivencia y disciplinarias por parte del nombrado, cuyo acatamiento impone la ley 24.660 y su respectivo reglamento, siendo idóneas para lograr alterar el orden del establecimiento en el cual se haya alojado y en el que convive con otros internos y que la circunstancia de que los protagonistas de la contienda no presentaron lesiones que den cuenta de los golpes no es suficiente para sostener que la pelea no existió; concluyendo que la conducta protagonizada por L. B. encuadra en la infracción prevista en el art. 18 inc. b) del Decreto 18/1997, previamente establecida en el art. 85 inc. b) de la ley 24.660".

Radicada la causa ante el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3 de la ciudad de Buenos Aires, con motivo de la clausura y elevación —parcial— dispuesta con fecha 16/12/2019 por el juzgado instructor respecto de L. B., se confirió vista del planteo en cuestión al Fiscal General ante esa instancia, doctor Gabriel Pérez Barberá, quien se remitió a todo lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal de instrucción (cfr. resolución dictada por el *a quo* el 03/12/2020).

Finalmente, el juez a cargo del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3 de la ciudad de Buenos Aires, resolvió —en lo que aquí interesa— "I. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del Reglamento de disciplina para los internos (Decreto N° 18/1997) formulado por la defensa de L. B. II. Rechazar el planteo de nulidad de la sanción dispuesta respecto al interno L. B., en el marco del expediente EX2019-93650237-APN-CPF1#SPF por el Jefe del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza, con fecha 9 de diciembre de 2019. III. Confirmar la sanción disciplinaria impuesta al interno L. B. por el Jefe del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza, con fecha 9 de diciembre de 2019 en el expediente administrativo antes citado".

En virtud de ello, la defensa de L. B. interpuso el recurso bajo examen.

En primer término, cabe recordar que el Decreto 18/1997 (BO 14/01/1997) —Reglamento de Disciplina para los internos— regula el procedimiento sancionatorio para los internos y, por ello, corresponde tratar en primer término la tacha de inconstitucionalidad que realiza la defensa de del nombrado de cuya resolución dependerá la necesidad de tratar los restantes agravios. En ese sentido, adelanto que el planteo introducido por el recurrente no habrá de prosperar. Ello es así, dado que la parte que pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene el deber de cimentar su posición señalando de qué modo su eventual aplicación conllevaría la concreta afectación de garantías consagradas por la Constitución Nacional, pues tal declaración es un acto de suma gravedad o última ratio del orden jurídico, al que solo debe acudirse cuando se advierte una clara, concreta y manifiesta afectación de una garantía consagrada por la Constitución Nacional que torna a

la norma cuestionada en evidentemente irrazonable; no existiendo, además, la posibilidad de una solución adecuada del caso sin su correspondiente pronunciamiento y sin olvidar que no corresponde a los jueces un examen de la mera conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (CSJN, Fallos: 328:2567, 328:4542, 330:2255, 330:3853, entre muchos otros).

A la luz de dichas premisas, entiendo que el tribunal *a quo* ha dado una solución adecuada al caso mientras que la parte recurrente ha cuestionado la constitucionalidad de lo normado en el Decreto N° 18/1997 a partir de una enunciación genérica de principios constitucionales y juicios discrepantes con la normativa en trato que, por lo demás, no se ciñen a la resolución concreta que cuestiona.

Sentado ello, del estudio de la resolución en crisis se advierte que el magistrado de la instancia anterior, efectuó una revisión judicial suficiente de la sanción disciplinaria que el jefe del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza le impuso a L. B.

En efecto, del auto venido a estudio surge que el tribunal de la instancia anterior realizó un examen de legalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria impuesta sin que la parte recurrente haya logrado demostrar la afectación a la defensa eficaz y al debido proceso legal alegado.

Por tal motivo, cabe concluir que los fundamentos brindados, en la resolución recurrida, resultan adecuados para considerarla motivada en los términos del art. 123 del CPPN, por lo que no puede ser descalificada como acto jurisdiccional válido.

En consecuencia, el recurso de casación interpuesto por la defensa de L. B. resulta inadmisible (cfr. votos del suscripto, en lo pertinente y aplicable, CFCP, Sala IV, causa CCC 54407/2015/TO1/9/CFC2, "Ferreyra, Yanina Elizabeth", Reg. N° 1472/17, rta. el 20/10/2017; causa 72000655/2012/TO1/4/1/CFC4, "Barrionuevo, Miguel Ángel s/ recurso de casación", Reg. N° 1336/18.4, rta. el 27/09/2018; causa CPE 1408/2017/TO2/3/3/CFC2, "Bazoer, Diomarys s/ recurso de casación", Reg. N° 1276/19.4, rta. el 27/06/2019, causa FSM 115/2017/TO1/2/2/CFC1, "Parafita, Gonzalo M. J. s/ recurso de casación", Reg. N° 2082/19.4, rta. el 10/10/2019; causa CCC 69723/2016/TO1/6/CFC12, "Salazar Quispe, María s/ recurso de casación", Reg. N° 2083/19, rta. el 10/10/2019; causa CCC 44205/2017/TO1/3/CFC3, "Gaona Rivas, Fredy R. s/ recurso de casación", Reg. N° 129/20, rta. el 19/02/2020, causa FSM 38032/2017/TO1/50/CFC5, "Del Valle Pereyra, Azucena s/ recurso de casación", Reg. N° 1160/20, rta. el 24/07/2020, pronunciamientos que se encuentran firmes, entre otras).

Al respecto, resulta necesario señalar que el juicio de admisibilidad formal del recurso de casación en examen efectuado por el *a quo* es de carácter provisorio, ya que el juicio definitivo sobre dicho extremo corresponde a esta Sala IV de la Cámara

Federal de Casación Penal y puede ser emitido por esta alzada sin pronunciarse sobre el fondo, tanto antes como después de la audiencia para informar o en el mismo momento de dictar sentencia (cfr. en lo pertinente y aplicable, votos del suscripto, CFCP, Sala IV, causa FCR 5265/2015/TO1/3/CFC4, "Caracci, Víctor M. s/ recurso de casación", Reg. N° 1517/17.4, rta. el 27/10/2017; causa FCB 46600/2016/TO1/10/CFC1, "Tapia, Roberto s/ recurso de casación", Reg. N° 1226/2018, rta. el 18/09/2018 —pronunciamientos respecto de los cuales no se interpuso recurso extraordinario federal— y causa CPE 1851/2017/TO1/3/CFC1, "Maasie, Remüel A. s/ recurso de casación", Reg. N° 978/19.4, rta. el 17/05/2019, pronunciamiento respecto del cual ha sido declarado inadmisible el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa —Reg. N° 1579/19.4 rta. el 08/08/2019—, entre otras).

En razón de las consideraciones precedentes, habré de concluir que las discrepancias valorativas expuestas por el impugnante, más allá de evidenciar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configuran un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108).

En el caso, el impugnante se ha limitado a reiterar las mismas razones que sustentaron los planteos formulados ante la instancia previa, sin brindar fundamentos suficientes que logren rebatir los argumentos expuestos en la resolución que ahora critica (art. 463 del CPPN).

Sin perjuicio de lo expuesto, habiendo conocido el resultado favorable adoptado por mis distinguidos colegas en torno a la admisibilidad formal del recurso en estudio, en el marco de la deliberación realizada (cfr. 469, en función del art. 398 del CPPN), a los fines de conformar mayoría, en el particular caso de autos, coincido con el examen de las circunstancias relevantes del caso y con la solución propiciada al acuerdo por el Dr. Javier Carbajo y por ello emito mi voto en el mismo sentido.

La doctora *Ledesma* dijo:

I. Que, en primer lugar, habré de señalar que el recurso en trato resulta admisible.

II. Dicho ello, e ingresando al fondo de la cuestión, advierto que asiste razón al recurrente en cuanto a que se produjo una afectación al derecho constitucional de defensa del interno, toda vez que durante el procedimiento de aplicación de las sanciones disciplinarias no contó con asistencia letrada (ver al respecto las actuaciones administrativas en sistema LEX100, fs. 21).

Es que no puede considerarse a resguardo su derecho con la mera presencia formal del defensor oficial en la audiencia de descargo, sino que a fin de garantizar un adecuado ejercicio de aquel —sin que se transforme en un trámite burocrático más—, resulta necesario que el interno cuente con la facultad de tener una entrevista previa con su asistente letrado y de entablar una relación de confianza con él y, al mismo tiempo, que este último tenga la posibilidad cierta de ofrecer prueba, controlar la prueba de cargo y contradecir la actividad argumentativa de la contraparte.

En esta línea se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Ruano Torres y otros vs. El Salvador", al señalar —con cita del Perito Alberto Binder— que "el derecho de defensa comprende un carácter de defensa eficaz, oportuna, realizada por gente capacitada, que permita fortalecer la defensa del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Por ende, cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana. En esta línea, resaltó que "[l]a relación de confianza debe ser resguardada en todo lo posible dentro de los sistemas de defensa pública [por lo que d]eben existir mecanismos ágiles para que el imputado pueda pedir que se evalúe el nivel de su defensa y [n]ingún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la 'justicia'" (Sentencia del 5 de octubre del 2015 —considerando 158—).

En el caso, no se observa que B. haya tenido oportunidad de entrevistarse con su abogado de manera previa a la audiencia de descargo ni generar una relación de confianza con él. Asimismo, tampoco fue notificado de la oportunidad en que se produjeron las declaraciones testimoniales de los testigos de cargo (ver actuaciones administrativas en el expediente digital LEX100). De modo tal que no pudo controlar ni controvertir el contenido de dicha prueba para defender a su asistido del hecho endilgado.

Asimismo, debe tenerse presente, que las sanciones disciplinarias tienen incidencia directa en la progresividad del régimen penitenciario respecto de la incorporación del interno al régimen de semilibertad, salidas transitorias y demás institutos liberatorios.

De esta manera, entiendo que la intervención de la defensa técnica deviene necesaria para resguardar los derechos de los internos frente a las consecuencias que trae aparejadas este tipo de decisiones de la administración penitenciaria. Es así que, la evaluación de estas cuestiones, debe realizarse en el marco de un proceso respetuoso de las garantías constitucionales del condenado, circunstancia que no se refleja en el caso bajo análisis.

En consecuencia, propongo al acuerdo, hacer lugar al recurso de la defensa, anular la resolución cuestionada y la sanción disciplinaria impuesta, y remitir las presentes a su origen a fin de que se adecue la situación del interno en el régimen progresivo de conformidad con la doctrina aquí sentada (art. 456 inc. 2°, 470, 530 y cc. del CPPN).

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría resuelve: I. Rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la defensa de L. B. y declarar la constitucionalidad del Decreto 18/1997, sin costas en la instancia (arts. 475, 530 y ccdtes. del CPPN). II. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (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. — Ángela Ledesma* (en disidencia).

EXCARCELACIÓN

Gravedad de los hechos enrostrados. Rechazo.

> La defensa del imputado no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el a quo consideró relevantes —gravedad de los delitos endilgados— para rechazar la excarcelación y morigeración de la medida coercitiva solicitada en favor de la nombrada.

CFCasación Penal, sala IV, 25/02/2021. - S. M., T. D. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3009/2021]

Causa CFP 16098/2018/TO2/11/CFC7

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

La doctora *Ledesma* dijo:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2, esta ciudad, con fecha 30 de diciembre de 2020 resolvió, en lo que aquí interesa: "I) No hacer lugar a la excarcelación y/o morigeración de la medida coercitiva de T. D. S. M., sin costas (Arts. 201, 221 y 222 del CPPF; arts. 531 y ccdtes. del CPPN)".

II. Contra dicha decisión, la Defensa Pública Oficial asistiendo a T. D. S. M., interpuso el recurso de casación en estudio; el que fue concedido por el *a quo* en fecha 9 de febrero de 2021.

III. En su presentación recursiva, la parte impugnante indicó que la denegatoria del Tribunal se construyó con argumentos arbitrarios que no logran dar respuesta a las consideraciones efectuadas por la defensa.

Señaló que para imponer las medidas cautelares del art. 210 del CPPF, el Tribunal debió en primer lugar acreditar la existencia de riesgos procesales conforme las pautas incorporadas por los arts. 221 y 222 CPPF.

Asimismo, afirmó que "(...) la cuestión no pasa por determinar exclusivamente la verificación de algún peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, sino evaluar si, pese a ello, es posible acudir a un medio de coerción menos lesivo, que permita igualmente contrarrestarlos".

En este sentido, indicó que las circunstancias de cada caso deben ponderarse a los efectos del examen progresivo que establece el art. 210 CPPF, donde la prisión preventiva solo es admisible cuando ninguna de las otras alternativas previstas por la normativa, consideradas en forma individual o combinada, resultaran suficiente para asegurar los fines del proceso.

Refirió que el argumento del tribunal relativo a que no han variado las circunstancias oportunamente tenidas en cuenta por el magistrado de la instancia anterior, ha perdido vigencia pues el proceso avanzó sin ser obstaculizado y la imputada nada quiere ni puede hacer para impedir que siga avanzando, tal como lo ha demostrado hasta ahora durante el tiempo que ha permanecido en su domicilio cumpliendo la prisión domiciliaria.

Agregó que los magistrados tomaron como parámetro la pena en expectativa que pesa sobre la imputada sin tener en cuenta que el eventual incentivo para sustraerse de la acción del proceso disminuye en virtud de que eventualmente cumpliría su condena bajo la modalidad domiciliaria y porque existen fuertes posibilidades de que no sea condenada o que merezca una calificación legal menos gravosa.

Destacó que en el marco de la presente causa también se ha procesado a varias mujeres por hechos que poseen una gran similitud a los imputados a S. M., a las cuales se les ha dictado el sobreseimiento y que se encuentra pendiente un informe requerido por la fiscalía para determinar si su voluntad se encontraba condicionada, lo que demuestra que objetivamente se estaría ante una hipótesis de un actuar condicionado por una situación de vulnerabilidad que debería impactar directamente en el grado de reproche.

Manifestó que la imputada ha cumplido puntillosamente las condiciones de prisión domiciliaria a la cual se encuentra sometida, todas sus salidas fueron debidamente autorizadas y por motivos de salud o de cuidado de su hijo menor de edad.

Indicó que los magistrados no tuvieron en cuenta el arraigo de la imputada, dado que es una joven de 26 años, madre de un niño de tres años, que se encuentra en pareja con el padre del niño, y que conviven en el domicilio de la calle ..., Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por otro lado, agregó que el niño siempre mantuvo la escolarización, que S. M. se inscribió para cursar de manera virtual la carrera de enfermería y que no posee antecedentes penales.

De esta manera, señaló que los magistrados no han explicado de manera fundada por qué una medida menos gravosa que la prisión domiciliaria no constituye una alternativa viable en el caso.

Expresó que durante el trámite de todo proceso prima el principio de inocencia que no puede ser soslayado por la hipotética pena en expectativa, por lo que el hecho que se le atribuye a la imputada no justifica el apartamiento de los estándares constitucionales e internacionales generales sobre los presupuestos y límites a la prisión preventiva.

Por último, destacó que "(...) esta defensa no postuló la eliminación de toda forma de coerción, sino que propuso el reemplazo de la prisión preventiva en su domicilio, por una medida de menor contenido lesivo, en los términos del art. 210 del CPPF, como puede ser la retención de documentos de viaje, la prohibición de salir del país o de concurrir a ciertos lugares, entre otros".

Citó doctrina y jurisprudencia atinente a sus argumentos.

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

IV. Sentado lo expuesto y conocido el criterio de mis colegas, considero que nos encontramos en presencia de una cuestión federal vinculada a la libertad ambulatoria del imputado durante el proceso (artículos 75 inciso 22 de la CN, 7 de la CADH y 9 del PIDCyP), razón por la cual, de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108) el recurso deducido resulta admisible.

Ello, sin perjuicio de la solución que en el caso pudiera corresponder.

Tal es mi voto.

El doctor *Borinsky* dijo:

En primer lugar, cabe precisar que si bien las resoluciones que involucran la libertad del imputado resultan equiparables a sentencia definitiva, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934; 328:1108; 329:679; entre otros), para posibilitar la jurisdicción revisora de esta Cámara Federal de Casación Penal, debe encontrarse debidamente fundada en una cuestión federal.

En el *sub judice*, la defensa de T. D. S. M. no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el *a quo* consideró relevantes para rechazar la excarcelación y morigeración de la medida coercitiva solicitada en favor de la nombrada.

Para así decidir, los jueces del tribunal del *a quo* pusieron de resalto que al contestar la vista conferida el Ministerio Público Fiscal se opuso a la solicitud efectuada por la defensa de S. M.

En su dictamen, la Fiscal de la instancia previa señaló que "en la presente investigación, nos hallamos frente a una cantidad de hechos graves y complejos, consistentes en, por un lado, el accionar endilgado a la encartada S. M., el cual ha sido calificado *prima facie* como transporte de estupefacientes con fines de comercialización —art. 5°, inciso 'c' de la Ley 23.737— " y recordó que "...en el requerimiento de elevación a juicio formulado por mi colega de grado, en los términos del art. 347 y siguientes del rito, se le imputó a T. D. S. M. el haber transportado estupefacientes, consistentes en 745,03 gramos de cocaína, desde esta ciudad, con destino hacia Ushuaia, Provincia de Tierra del Fuego, con fines de comercialización".

A su vez, la representante del Ministerio Público Fiscal remarcó que "no puede dejar de considerarse la gravedad de los delitos que se le endilgan a la nombrada, no solo porque representan una grave afectación a la seguridad y salud de la población en general, sino también por su elevada expectativa de pena, lo cual, sin duda alguna es un dato objetivo a la hora de evaluar la posibilidad de que la imputada intente darse a la fuga (art. 221 del CPPF)" y valoró que "...se mantienen vigentes los riesgos procesales que oportunamente fueron tomados en consideración para fundar la detención cautelar de la imputada" (cfr. dictamen fiscal del 28/12/2020, sistema informático "Lex 100").

En el pronunciamiento impugnado, los magistrados del *a quo* destacaron que "...bajo los lineamientos establecidos dentro de la legislación vigente en la materia, más precisamente por el art. 221 del CPPF, la expectativa de pena resulta ser un parámetro a tomar en cuenta a la hora de ponderar los riesgos procesales, extremo que se da en este caso teniendo en cuenta la grave imputación que pesa sobre la procesada, recordando que la calificación legal de la conducta atribuida a S. M. —cf. requerimiento de elevación a juicio de los autos principales—, es aquella prevista y reprimida por el art. 5° inc. "c" de la ley 23.737, cuya escala penal contempla un mínimo de cuatro años de prisión y un máximo de quince años, por lo que permite presumir que, en caso de recaer sentencia condenatoria, le impediría acceder a su ejecución condicional conforme los parámetros establecidos en el art. 26 del CP" y estimaron que "la gravedad de un delito y la eventual severidad de la pena a imponer son dos factores importantes, que deban tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que la procesada intente eludir la acción de la justicia...".

A lo expuesto, los jueces de la instancia anterior adicionaron que "...conforme al requerimiento de elevación a juicio formulado oportunamente por el representante del Ministerio Público Fiscal, en la presente se investiga, además del accionar de la encartada, las actividades realizadas por un grupo de personas que contarían con los recursos materiales y humanos suficientes para volver factible la realización de maniobras destinadas a sustraerse del proceso, siendo que se ha comprobado en autos que sus miembros extremaban los recaudos para no ser descubiertos realizando cambios de domicilios, de chips telefónicos y de nombres, por lo que resulta acertado considerar que la nombrada contaría con las facilidades necesarias para abandonar el país o, al menos, eludir el control de cualquiera de las medidas coercitivas enumeradas en los incisos "a" a "j" del art. 210 del Código Procesal Penal Federal, destacándose que aún existen personas presuntamente involucradas en

los hechos materia de investigación cuyo paradero no ha sido logrado".

En tal contexto, los sentenciantes de la etapa previa recordaron que "previo elevar a esta instancia el proceso, se extrajeron testimonios a fin de investigar a otros individuos que estarían vinculados con la presunta actividad ilícita, por lo que no solo en el caso de autos la morigeración de la medida coercitiva actual podría acarrear el entorpecimiento de su curso investigativo, sino también el de aquella pesquisa aún en trámite, lo que, sumado a que aún no se ha concluido con la instrucción suplementaria —art. 354 y cts. del CPPN—, son indicios suficientes para sospechar fundadamente del peligro que prevé el art. 222 del código de forma (según ley 27.482)".

Por lo demás cabe señalar que, conforme surge de la decisión impugnada, T. D. S. M. se encuentra cumpliendo prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario desde el día 17 de julio de 2019.

En virtud de las consideraciones precedentes, se advierte que las discrepancias valorativas expresadas por el impugnante contra la decisión del tribunal *a quo*, más allá de evidenciar la existencia de una fundamentación que no comparte, no configuran un agravio fundado en la doctrina de arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 320:1108).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de T. D. S. M., sin costas en la 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. — Ángela E. Ledesma*.

INSOLVENCIA FISCAL FRAUDULENTA

Estado de sospecha. Imposibilidad de llevar un confronte entre los patrimonios. Sobreseimiento.

1. — La parte querellante no exhibió argumentos que menoscaben la conclusión compartida por las instancias previas tendiente a afirmar la imposibilidad de realizar un confronte entre los patrimonios —individuales y societarios— y, consecuentemente, la falta de utilidad que revestiría la profundización de la investigación en dicha dirección. En razón de ello, no puede prosperar su persistencia al invocar la situación patrimonial de los imputados como elemento indicador de la hipótesis de la insolvencia fiscal fraudulenta.

2. — El impugnante no ha podido demostrar que se verifiquen los presupuestos típicos requeridos para el delito de insolvencia fiscal fraudulenta, pues sus argumentos apuntan —sustancialmente— a un presunto estado de sospecha, a partir de una alegada falta de correlato patrimonial que no encuentra sustento probatorio. A su vez, la parte querellante tampoco alcanza a evidenciar que los sobreseimientos decretados resulten "prematuros"; máxime considerando que dicha decisión desvinculante fue adoptada tras practicarse numerosas medidas de prueba a lo largo de la investigación, que no fueron suficientes para tener por acreditada —ni siquiera con el grado de probabilidad requerido a tenor del art. 306 del Cód. Proc. Penal— la existencia de un hecho delictivo.

3. — Si la insolvencia obedece a otros motivos de orden económico, no hay conducta punible, como tampoco lo habrá si a pesar de haber caído en la insolvencia, el deudor consigue otros bienes y cumple con sus obligaciones fiscales previsionales, en los términos y condiciones legales correspondientes (del voto del Dr. Hornos).

CFCasación Penal, sala IV, 25/02/2021. - S., P. V. y otros s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3008/2021]

Causa FSM 12096/2013/14/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

Resulta:

I. La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos Aires, con fecha 26 de agosto de 2020, confirmó el sobreseimiento de P. V. S., E. C. M., L. M. S., A. M. Z. y J. M. S., en orden a la presunta comisión del delito de insolvencia fiscal fraudulenta (art. 10 de la ley 24.769).

II. Contra dicha decisión interpuso recurso de casación el representante de la parte querellante AFIP-DGI, doctor Ricardo Horacio Negrete, impugnación que fue denegada por el colegiado *a quo*.

Con posterioridad, este Tribunal resolvió hacer lugar al recurso de queja articulado y, por lo tanto, conceder el remedio procesal aludido por el párrafo

anterior. A su vez, se mantuvo el recurso de casación ante esta instancia.

III. La recurrente fincó sus agravios en ambos incisos del art. 456 del CPPN.

En primer lugar expresó que el tribunal previo incurrió en una errónea interpretación del art. 10 de la ley 24.769, pues descartó la subsunción de la conducta en aquel tipo penal, pese a admitir la plausibilidad de que no se haya dado "satisfacción íntegra a los créditos fiscales".

Cuestionó, en segundo lugar, que el tribunal previo no sospesó el incremento patrimonial de los integrantes de las sociedades al mismo tiempo que dichas personas de existencia ideal daban inicio a los concursos de acreedores. En base a ello calificó de prematuro al auto de sobreseimiento atento a que, según su juicio, la prueba pericial contable habría carecido de "...un estudio de flujo de activos suficiente que respalde un veredicto de corte apodíctico...".

La parte querellante también se agravió en los términos del art. 456 inc. 2° del CPPN al señalar que la cámara de apelaciones soslayó elementos probatorios que a su criterio convalidan el acaecimiento de la conducta denunciada. Refirió, por otra parte, que omitió tratar argumentos esgrimidos por aquella parte en la instancia anterior.

Expresó que el decisorio atacado adolece de una fundamentación aparente, merced a una parcializada valoración probatoria, la cual sustentó en que la resolución se habría respaldado en las conclusiones de una "incompleta" pericia contable.

Reiteró que en el pronunciamiento confirmatorio no se ponderó adecuadamente la prueba documental referida a la existencia de bienes que "hubiese permitido hacer frente a las deudas contraídas con la AFIP".

Concluyó que los elementos probatorios incorporados al sumario permiten dictar el auto de procesamiento de los encausados, pues se encontraría evidenciado el propósito por parte de aquellos de frustrar el cobro de las obligaciones fiscales de La Romería SA, Astorqui y Cía. SA, Bodegas y Viñedos del Valle SA y Bodegas Cuvillier SA.

Solicitó que se case y se revoque el pronunciamiento en crisis. Formuló reserva del caso federal.

IV. En la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, la defensa de los imputados peticionó que se declare inadmisible el recurso de casación interpuesto y, subsidiariamente, que se lo rechace.

Indicó que la parte impugnante no ha controvertido fundadamente los razonamientos del fallo, al mismo tiempo que no exhibe una crítica razonada del mismo. Asimismo, que el recurrente se ha limitado a reiterar su discrepancia con la valoración probatoria efectuada, sin lograr acreditar la arbitrariedad alegada. Aseveró que en el peritaje contable se puso de manifiesto fundadamente que no se detectaron operaciones que permitan acreditar un deliberado estado de insolvencia en las sociedades involucradas. En base a dicho elemento probatorio aunado con los testimonios de los profesionales que intervinieron en el estudio pericial, la defensa concluyó que tanto la resolución de primera instancia como el pronunciamiento impugnado constituyen una derivación razonada de las constancias del proceso y el derecho vigente. Por último, manifestó que el recurso de casación no puede prosperar por carecer de una argumentación adecuada relativa a la alegada falta de fundamentación del fallo atacado.

Formuló reserva del caso federal.

V. Como medio sustitutivo de la audiencia establecida en los en los arts. 465, último párrafo y 468 del CPPN, la parte querellante presentó breves notas, en cuyo marco reiteró los motivos de agravio esbozados en su recurso de casación e hizo hincapié en un artículo periodístico del cual surgiría la prosperidad económica de los imputados que alega para sostener la hipótesis delictiva. Expresó nuevamente su solicitud de que se revoque la decisión atacada.

Por su parte, la defensa también informó por escrito y argumentó en el mismo sentido en que lo hizo en el término de oficina, peticionando que se declare inadmisible el recurso de casación o, en su defecto, se lo rechace. Formuló reserva del caso federal.

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

El doctor *Borinsky* dijo:

I. Este Tribunal, el 9 de octubre de 2020, resolvió hacer lugar a la queja interpuesta por la parte querellante (Registro N° 1992/20.4) y conceder el recurso de casación denegado en la instancia anterior, por resultar formalmente admisible de conformidad con lo prescripto en los arts. 456, 457, 458, 460 y 463 del CPPN.

En efecto, el recurrente invocó una cuestión federal que justifica el ejercicio de la jurisdicción reviso-

ra de esta Cámara Federal de Casación Penal en su calidad de tribunal intermedio, por ser el superior tribunal de la causa en la organización de la justicia federal, conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes (cfr., en lo pertinente y aplicable, CSJN, "Juri", Fallos: 329:5994, "Di Nunzio", Fallos: 328:1108 "Giroldi", Fallos: 318:514, "Álvarez", Fallos: 319:585; entre otros), tanto en el procedimiento regulado por el CPPN (ver las incorporaciones de la ley 26.374, BO 30/05/2008), como por el CPPF. Por ello, las decisiones de las Cámaras Federales de Apelaciones y Penal Económico, son recurribles ante la CFCP, previo a poder acceder, ya como una resolución más elaborada, según el caso, ante la CSJN.

II. Previo a dar tratamiento a las cuestiones sometidas a estudio, corresponde hacer una breve reseña de lo actuado.

El expediente principal se originó en virtud de la denuncia formulada, el 23 de diciembre de 2008, por la Sección Penal Tributario dependiente de la División Jurídica de la Dirección Regional Norte de la AFIP-DGI.

Como objeto de la misma se indicó que V. L. S. (respecto de quien se suspendió el trámite del proceso en virtud de una incapacidad mental sobreviniente) L. M. S., J. M. S., P. V. S., A. M. Z. y E. C. M. habían incurrido en la comisión del delito de insolvencia fiscal fraudulenta previsto en el art. 10 de la ley 24.769.

La denunciante presentó como hipótesis investigativa (a partir del análisis de datos obrantes en los sistemas informáticos del organismo recaudador) que "...los miembros de la familia S. habrían desarrollado un verdadero 'modus operandi' consistente en la creación de diversas sociedades que operan comercialmente por algunos años acumulando ingentes deudas con el Fisco [...] que nunca son abonadas puesto que las empresas se concursan o presentan en quiebra después de algún tiempo para dar paso a una nueva sociedad que reiniciará el ciclo...". Detalló además que, en el marco de la fiscalización "...se trató de verificar que el patrimonio individual de cada uno de los miembros de la familia S. no siguiera la suerte de sus empresas, de modo de demostrar que la insolvencia en que caían las sociedades no era tal, puesto que la actividad comercial de la familia se seguía desarrollando con normalidad y evidenciando un progreso persistente que no se condice con las cíclicas presentaciones en concurso o quiebra de las sociedades..." (cfr. 1/14 de los autos principales).

Luego de instada la acción por el Ministerio Público Fiscal, el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de San Isidro, provincia de Buenos Aires, dispuso —mediante el decreto fechado el 30 de junio de 2015— la citación a prestar declaración indagatoria respecto de P. V. S., L. M. S., J. M. S., A. M. Z. y E. C. M. (cfr. fs. 1299/1302 vta.).

Se atribuyó a los nombrados "el haber provocado o agravado, en forma conjunta entre ellos, la insolvencia de las sociedades 'La Romería SA', 'Astorqui y Cía. SA', 'Bodegas y Viñedos del Valle SA' y 'Bodegas Cuvillier SA' pese a tener conocimiento de la iniciación y prosecución de procedimientos tendientes a la determinación y cobro de tributos nacionales y con el propósito de frustrar en todo o en parte el cumplimiento de las obligaciones fiscales que las contribuyentes antes indicadas debían ingresar en su justa medida, maniobra que habría consistido en la constitución y/o adquisición progresiva de las sociedades referidas que, durante su existencia, elaboraban y/o comercializaban vinos y productos relacionados con la sidra, a la vez que eran utilizadas por los imputados para traspasar su patrimonio de una a otra sucesivamente, y que luego de acumular deudas —tanto con el fisco nacional como con entidades provinciales, municipales y con particulares (personas físicas o jurídicas)— eran presentadas en concurso preventivo de acreedores, verificándose luego la quiebra de 'La Romería SA', 'Astorqui y Cía. SA' y 'Bodegas y Viñedos del Valle SA', tornando incierto o imposible el cobro de las respectivas acreencias, sin perjuicio de continuar con la actividad comercial bajo las denominaciones de 'Bodegas Cuvillier SA' y/o 'Grupo Familiar SA'...".

Acorde a la intimación que se les dirigiera a los encausados, esta última sociedad habría sido creada con el único propósito de registrar bajo su titularidad y/o administrar bienes muebles o inmuebles, cuyo real poder de administración y disposición estaría en cabeza de los imputados. Tal sería el caso de los inmuebles sitos en la Avenida Colón 758 y 810 de San Fernando, provincia de Buenos Aires, así como los registros marcarios "Noche Buena", "Marqués de Astorqui", "Viñas de Astorqui", "Copenhague", "Astorqui", "Astorquito", "Pravia", "La Romería", "Hierbas del Valle", "Sidra del Valle", "Del Valle", "Viñas del Valle", "Cuvillier", "Cepas Argentinas SA", "Bodegas y Viñedos del Valle", "Legión de Honor", "Santa Cándida", "Avenida" y "Zeus".

Asimismo, se puso en conocimiento de los imputados que "la sociedad 'Rancho Pe SA' —cuya administración y representación estaría a cargo de P. V. S.—, habría intervenido al menos en una maniobra tendiente a disminuir el patrimonio y/o provocar y/o agravar la insolvencia de las sociedades 'Bodegas y Viñedos del Valle SA' y 'Bodegas Cuvillier SA' mediante la celebración de un contrato de cesión de créditos por instrumento privado, fechado el 24 de agosto de 2005, por el que 'Bodegas Cuvillier SA' cedió a favor de

'Rancho Pe SA' los derechos y acciones que tenía sobre ocho pagarés con garantía hipotecaria en primer y segundo grado que 'Bodegas y Viñedos del Valle' debía abonar a José Eduardo Sánchez y a la sociedad 'Giroway Trading SA', garantizados con derecho real de hipoteca sobre un inmueble propiedad de 'Bodegas y Viñedos del Valle SA', ubicado sobre la calle Florida s/ N° entre calles 6 y 7 del 'Loteo Bermejo', Distrito 'El Mirador', Departamento de Rivadavia, provincia de Mendoza —cesión de derechos protocolizada mediante escritura pública N° 59, celebrada el 17 de marzo de 2006 ante el notario Horacio O. Manso, titular del Registro Notarial N° 1132 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—" (cfr. fs. 1435/1441, 1442/1448, 1450/1464, 1465/1475, 1488/1498, 1596/1609 y 2785/2800 de los autos principales).

El 19 de octubre de 2015 la magistrada instructora decretó la falta de mérito para procesar o sobreseer a los encartados, por considerar necesario disponer nuevas diligencias probatorias. estas se plantearon en pos a verificar si los distintos procesos falenciales por los que atravesaron los entes ideales investigados se motivaron en cuestiones estrictamente económicas o, por el contrario, los imputados actuaron mancomunadamente para frustrar en todo o en parte las acreencias impositivas que el organismo recaudador tenía respecto de las empresas controladas por el mencionado grupo (cfr. fs. 1596/1609 de los autos principales).

Entre aquellas medidas se ordenó un informe a la AFIP relativo a la deudas tributarias de las contribuyentes y el cobro de las mismas en procesos concursales y falenciales; se ofició al Banco Central de la República Argentina, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e Inspección General de Justicia de la Provincia de Mendoza —en lo relativo a la operatoria de Rancho Pé SA y Giroway Trading SA—; se requirió a la Justicia Nacional en lo Comercial la remisión de expedientes vinculados con los concursos preventivos de acreedores; se peticionaron informes bancarios y se dispusieron declaraciones testimoniales.

Luego de recabada la información requerida, el juzgado ordenó (el 6 de junio de 2018) un peritaje contable en el propósito de determinar la situación patrimonial-financiera de las sociedades al momento de sus respectivas constituciones y durante el período precedente a las fechas de cesación de pagos.

En segundo lugar, se solicitó que se precise si las empresas La Romería SA, Astorqui y Cía. SA, Bodegas y Viñedos del Valle SA y/o Bodegas Cuvillier SA abonaron lo ordenado por las sentencias recaídas en los procesos falenciales o, por el contrario, los créditos de sus acreedores se vieron frustrados, ya sea en forma total o parcial. De llegarse a la conclusión de que los créditos se hubieran frustrado, la magistrada dispuso que los peritos manifiesten si observaban operaciones que impliquen una deliberada colocación de estado de insolvencia "…por ejemplo, desapoderamientos o ventas excesivas de bienes, ocultamientos de activos o aumentos llamativos de los pasivos, etc.". En caso afirmativo se requirió que se proceda a determinar si los fondos obtenidos en tales operaciones ingresaron al patrimonio de las personas físicas investigadas (cfr. fs. 2663/2666 vta. de los autos principales).

El 3 de septiembre de 2019 el juzgado federal de primera instancia decretó el sobreseimiento de los imputados (cfr. fs. 2785/2800 de los autos principales), oportunidad en la que se reseñaron los resultados de la actividad probatoria desplegada para concluir que "…los resultados obtenidos y especialmente las apreciaciones vertidas en el legajo por los expertos que intervinieron en el complejo peritaje contable, confluyen en demostrar que, pese a la profusa investigación realizada, no existen evidencias en punto a la comisión de los hechos achacados…".

Tanto el fiscal como la parte querellante interpusieron sendos recursos de apelación contra el decisorio.

En dicho trámite procesal, la AFIP-DGI cuestionó el temperamento adoptado en primera instancia alegando que "…las empresas del grupo familiar liderado por V. L. S. poseían gran envergadura y por ende podían hacer frente a sus obligaciones fiscales en tiempo oportuno…".

También señaló (en la presentación sustitutiva de la audiencia del art. 454 del CPPN) que la magistrada instructora únicamente tuvo en consideración las conclusiones del peritaje contable, del cual tan solo se apreciarían aspectos formales que no desvirtuarían los extremos denunciados. Destacó que la maniobra en cuestión se trataría de un modus operandi con la finalidad de frustrar el cobro de las deudas fiscales y que se habrían pasado por alto determinadas circunstancias tales como que "…las sociedades […] eran integradas por las mismas personas…" y "…que las empresas del grupo pudieron continuar con la explotación de la actividad que habitualmente desarrollaban…". Al finalizar, aseveró que el pronunciamiento remisorio carecía de la certeza requerida para desvincular definitivamente a los imputados de la causa.

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín rechazó los agravios de las partes acusadoras y confirmó el auto de sobreseimiento.

Para así decidir realizó una valoración del informe pericial contable elaborado por la doctora Flavia Irene Melzi, del Cuerpo de Peritos Contadores oficiales

—con la intervención de los peritos de parte— que documentó la situación patrimonial-financiera de las sociedades involucradas al momento de sus respectivas constituciones y con anterioridad a la cesación de pagos. Dicho estudio —conforme lo señaló el sentenciante— detalló los créditos verificados por la AFIP (con la mención de la proporción de deuda que ello representaba del total), distinguiendo los montos cancelados y los pendientes de pago. También relevó la totalidad de los créditos verificados en dichos procesos de las empresas La Romería SA, Astorqui y Cía. SA, Bodegas y Viñedos del Valle SA y Bodegas Cuvillier SA, discriminando los montos dinerarios abonados, acorde a lo ordenado por las sentencias y aquellos créditos con saldo insoluto.

Luego de desarrollar en forma pormenorizada —con respecto a cada una de las empresas— los datos informados, el tribunal previo señaló que "cierto es que el informe pericial-contable concluye respecto de la existencia de saldo insoluto en favor de la AFIP por parte de las empresas 'Astorqui y Cía. SA', 'La Romería SA' y 'Bodegas Y Viñedos Del Valle SA'; no obstante, los expertos sostuvieron: 'De la documentación compulsada remitida a este cuerpo pericial, y en particular de la lectura de los informes generales del artículo 39 LCQ de los procesos universales de las firmas 'La Romería SA' (CUIT 30-50464162-3), 'Astorqui Y Cía. SA' (CUIT 30-56103463-6), 'Bodegas Y Viñedos Del Valle SA' (CUIT 30-69455038-6), y 'Bodegas Cuvillier SA' (CUIT 30-70741571-8), y demás documentación detallada, no se han detectado operaciones que permitan acreditar una deliberada colocación en estado de insolvencia de dichas firmas'".

A su vez el *a quo* estimó que los profesionales refirieron encontrarse impedidos de establecer si los patrimonios de los imputados y las sociedades mantenían una correlación o, por el contrario, se observaban incrementos no justificados. Ello debido a que no contaban con los libros contables de las empresas Astorqui SA, La Romería SA y Bodegas y Viñedos del Valle SA.

En lo atinente a las declaraciones testimoniales posteriores a la labor pericial, en el pronunciamiento recurrido se valoró lo manifestado por el perito de la parte querellante —Carlos Gustavo Simone— en cuanto destacó que "...'no surgieron elementos objetivos que permitan acreditar que los responsables de las empresas analizadas hayan deliberadamente provocado y/o agravado la insolvencia que luego los condujera a dichos procesos", agregando que en dicha oportunidad el deponente aclaró que "no se contó con la totalidad de la información en cuanto al incremento patrimonial neto que pudieron haber tenido las personas físicas al tiempo que integraban las empresas".

También se recordó que la perito oficial —Flavia Irene Melzi— había declarado en un sentido análogo "en punto a la ausencia de elementos objetivos que abonen la hipótesis delictiva". Por otra parte, la nombrada refirió que "aun de contar con la situación patrimonial de las personas físicas involucradas, que pudiera surgir de información posterior en base a otras fuentes, ello de modo alguno podría permitir establecer una correlación (...) toda vez que ello involucraría analizar el patrimonio desde sus orígenes y su confronte con los libros y registros contables de todas las empresas involucradas, extremo que resultaría de cumplimiento imposible, al no contarse ya con los libros contables de aquella época y de consuno con las limitaciones expuestas en el informe. Es decir, aún de verificarse incrementos patrimoniales de las personas físicas en los períodos investigados, ello no podría correlacionarse en modo directo con la insolvencia de las empresas, cuyas quiebras fueron analizadas ya por la justicia comercial sin que allí se verificara nada al respecto".

Mediante la evaluación de los referidos elementos probatorios, la resolución en crisis concluyó que no se encuentra acreditado que los hechos endilgados a P. V. S., E. C. M., L. M. S., A. M. Z. y J. M. S. sean constitutivos del delito de insolvencia fiscal fraudulenta.

Se ponderó lo asentado en forma convergente por los peritos intervinientes relativo a la ausencia de operaciones que acrediten una deliberada colocación de insolvencia de La Romería SA, Astorqui y Cía. SA, Bodegas y Viñedos del Valle SA y Bodegas Cuvillier SA Se añadió, a su vez, que la explicación de la contadora Melzi —citada precedentemente— también desplaza la pretensión relativa a una profundización de la pesquisa en torno al patrimonio de los imputados.

Por último el tribunal previo rechazó lo alegado por la querella en punto a que cada vez que las sociedades involucradas eran objeto de una fiscalización se presentaban voluntariamente a concurso con el propósito de frustrar sistemáticamente el cobro de las deudas fiscales. Al respecto, recordó que en los casos de los procedimientos de determinación de las obligaciones fiscales de la AFIP vinculadas con La Romería SA y Astorqui SA, estos acaecieron con posterioridad a que las sociedades se presentaran en concurso preventivo de acreedores (cfr. fs. 2839/2848).

El representante del Ministerio Público Fiscal consintió el decisorio reseñado, mientras que la AFIP-DGI interpuso el recurso de casación que motivó la intervención de esta Alzada.

III. Establecido cuanto precede, entiendo que la resolución objeto de recurso debe ser confirmada, toda

vez que la parte recurrente no alcanza a rebatir los fundamentos allí expuestos.

En efecto, en el recurso de casación el impugnante invocó la supuesta omisión de tratamiento de argumentos conducentes para la solución del caso por parte del tribunal previo. Sin embargo, atento a lo que surge de la reseña efectuada, la cámara de apelaciones rebatió en mérito a argumentos suficientes y con anclaje a circunstancias comprobadas en la causa los agravios esgrimidos en la instancia previa.

Cabe recordar que, con posterioridad a la presentación del peritaje contable y previo al pronunciamiento de primera instancia, tanto el representante de la AFIP-DGI como el perito de aquella parte solicitaron nuevas diligencias con el fin de ahondar la dilucidación en torno a la evolución de los patrimonios de las personas físicas (cfr. fs. 2765/2765 vta.).

Frente a lo requerido, en el auto de mérito la jueza instructora memoró que "...no solo hasta aquí nada probó al respecto la propia AFIP, pese al activo rol que le cupo desde los inicios de la pesquisa [...], sino que además ha sido categórica la perito oficial al pronunciarse sobre la inutilidad actual de tal sugerencia, al señalar que de todas formas se carece de material de confronte; circunstancia que en definitiva asume quien la propone, al admitir la falta de los libros de registro de las empresas...". Como corolario de ello, señaló que las medidas carecían de interés, atento a la falta de perspectivas de nuevos hallazgos documentales, al haber transcurrido —al momento de dicho pronunciamiento— trece años desde la última cesación de pagos.

En virtud de las críticas a dicha decisión, el tribunal *a quo* se dirigió nuevamente sobre el tópico al expresar que la explicación vertida por la contadora pública Flavia Irene Melzi desplaza razonablemente la línea de investigación sugerida.

Ante esta Alzada, la impugnante insiste en su postura señalando que el peritaje fue incompleto por carecer de un estudio de correlación patrimonial y que la situación económica de las personas físicas fue soslayada. Postuló que no se valoró la prueba documental anexada a la denuncia que detalla los bienes de los imputados, ni las declaraciones testimoniales de los funcionarios de AFIP, lo cual —a su juicio— acreditaría una holgada posición económica que no se condice con las presentaciones en concurso de acreedores o quiebras de las sociedades.

No obstante, la parte querellante no exhibió argumentos que menoscaben la conclusión compartida por las instancias previas tendiente a afirmar la imposibilidad de realizar un confronte entre los patrimonios (individuales y societarios) y, consecuentemente, la falta de utilidad que revestiría la profundización de la investigación en dicha dirección. En razón de ello, no puede prosperar su persistencia al invocar la situación patrimonial de los imputados como elemento indicador de la hipótesis delictiva.

Con relación al tipo penal en trato he expresado que "se pretende reprimir a quien provoca o incrementa un estado de impotencia patrimonial que frustre el cumplimiento de las obligaciones [...] Provoca quien genera un estado de insolvencia hasta ese momento inexistente. Agrava quien aumenta o agudiza el estado de insolvencia preexistente [...] El tipo penal exige que la frustración de aquellas obligaciones debe efectuarse a través de la provocación o agravamiento de la insolvencia..." (Mariano Hernán Borinsky, Pablo Nicolás Turano, Magdalena Rodríguez y Daniel Schurjin Almenar, Delitos Tributarios y contra la Seguridad Social, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, ps. 346 y ss.).

En el caso, el *a quo* fundó la decisión remisoria en la ausencia de operaciones que permitan acreditar una deliberada colocación en estado de insolvencia (también afirmado por el perito de la parte querellante).

Atento a lo expresado precedentemente, el impugnante no ha podido demostrar que se verifiquen los presupuestos típicos requeridos en el marco de las presentes actuaciones, pues sus argumentos apuntan —sustancialmente— a un presunto estado de sospecha, a partir de una alegada falta de correlato patrimonial que no encuentra sustento probatorio (cfr., en lo pertinente y aplicable, CFCP, Sala IV —con una integración parcialmente distinta a la actual y por mayoría—, causa FLP 32037862/2013/16/RH5 "Erusalimsky, Roberto J. por infracción ley 24.768", reg. n° 2123/18.4, rta. 20/12/2018. Contra dicho pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue declarado inadmisible —reg. 703/19.4, rta. 19/04/2019—).

A su vez, la parte querellante tampoco alcanza a evidenciar —ni se advierte— que los sobreseimientos decretados resulten "prematuros"; máxime considerando que dicha decisión desvinculante fue adoptada tras practicarse numerosas medidas de prueba a lo largo de la investigación, que no fueron suficientes para tener por acreditada —ni siquiera con el grado de probabilidad requerido a tenor del art. 306 del CPPN— la existencia de un hecho delictivo.

Así las cosas, considero que la pesquisa llevada a cabo en las presentes actuaciones se encuentra agotada, sin que reste —ni se haya invocado— medida de prueba alguna por producir que permita superar el estado de probabilidad negativa de la hipótesis

imputativa. En ese contexto, la solución liberatoria de carácter definitivo dispuesta por la jueza federal de primera instancia y convalidada por el tribunal *a quo* —temperamento del colegiado anterior que, vale reiterar, fuera consentido por el Ministerio Público Fiscal—, resulta la razonada aplicación del derecho vigente a las circunstancias comprobadas del caso (cfr., en lo pertinente y aplicable, votos del suscripto en CFCP, Sala IV, causas n° 15.427, "González, Ramiro s/ recurso de casación", reg. n° 1255/12, rta. 02/08/2012; n° 16.190, "Tonello, Gustavo M. s/ recurso de casación", reg. n° 690/13.4, rta. 16/05/2013, CFP 13345/2012/7/CFC2, "Salazar, José L. M. y otros s/ recurso de casación", reg. n° 285/18.4, rta. 09/04/2018, FCR 15027/2017/CFC1 "Millán, Moira I. s/ recurso de casación", reg. n° 2542/19.4, rta. 05/12/2019, y FTU 23105/2015/CFC2, "Soria, Luis y otros s/ recurso de casación", reg. n°17/20.4, rta. 06/02/2020, entre otras).

En tales circunstancias, se advierte que la parte recurrente se ciñe a exponer su propia perspectiva sobre el caso y el modo en que a su juicio debe ser resuelto, aunque prescinde de desarrollar en su recurso de casación una crítica razonada y suficiente de los fundados argumentos brindados en las anteriores instancias, no alcanzando a evidenciar la arbitrariedad que alega.

Se suma a lo expuesto que la doctrina sobre la arbitrariedad de sentencia 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: 295:140, 329:2206, 330:133 y sus citas, 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); déficit que, vale reiterar, no se advierte en el caso.

IV. En consecuencia, propicio al Acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante de la AFIP-DGI, en su calidad de parte querellante, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Hornos* dijo:

I. Que en el particular escenario descripto en autos, habré de adherir, por coincidir en lo sustancial con las consideraciones expuestas en el voto del doctor Mariano Hernán Borinsky, a la solución propuesta de rechazar el recurso de casación interpuesto por la AFIP, en su carácter de parte querellante.

Cabe recordar que el tipo penal imputado en autos (art. 10, de la ley 24.769), prevé como sujetos activos a todos aquellos obligados a pagar tributos, aportes y contribuciones de la seguridad social o sanciones pecuniarias que ejecutan la acción reprimida, o cualquiera que realiza el comportamiento punido para frustrar los derechos fiscales respecto a un tercero. Es, en lo sustancial, la provocación o agravamiento de la insolvencia propia o ajena para que el fisco se quede sin cobrar sus acreencias tributarias, previsionales o las derivadas de sanciones pecuniarias.

El objetivo de la norma en estudio radica en proteger la seguridad y el orden público económico nacional, provincial y municipal, y en particular el programa trazado por el Estado para orientar la economía y dar marco normativo a las relaciones económicas con miras a satisfacer un bien común.

El tipo penal, no requiere necesariamente de maniobras engañosas generadoras de error en la administración, sino que el hecho punible consiste en insolventarse, lo que comprende hechos y actos jurídicos cumplimentados para destruir, inutilizar, disminuir el valor, ocultar o de cualquier manera perjudicar los bienes integrativos del acervo patrimonial como prenda del cumplimiento de las obligaciones fiscales. Dichas actividades deben ser siempre maliciosa o intencionalmente concretadas, con la finalidad precisa de incumplir, total o parcialmente las determinadas obligaciones tributarias y de la seguridad social al quedarse ficticiamente sin respaldo patrimonial propio o ajeno, tornando ilusorio su cobro o exigibilidad.

Si la señalada insolvencia obedece a otros motivos de orden económico, no hay conducta punible, como tampoco lo habrá si a pesar de haber caído en la insolvencia, el deudor consigue otros bienes y cumple con sus obligaciones fiscales previsionales, en los términos y condiciones legales correspondientes.

Por lo demás, las actividades de desprendimiento patrimonial deben concretarse cuando se hubiera tomado conocimiento —informal o formal— del procedimiento administrativo o judicial —basta que el imputado hubiese tomado conocimiento de la simple iniciación de un trámite tendiente a la determinación o cobro de sus obligaciones—, y deben ser adoptadas respecto de obligaciones legalmente exigibles (cfr. en el sentido expuesto las consideraciones efectuadas por Carlos Alberto Chiara Díaz, en: "Estado de Derecho y Sistema Penal Ley Penal Tributaria y Previsional N° 24.769 y N° 26.735", ed. LA LEY, 2011").

Sentado cuanto precede, cabe señalar que, de acuerdo al plexo probatorio reunido en autos, no puede derivarse que los hechos enrostrados a P. V. S., E. C. M., L. M. S., A. M. Z. y J. M. S. sean constitutivos

del delito de insolvencia fiscal fraudulenta (art. 10 de la ley 24.769).

Es que, el informe pericial contable elaborado por la Dra. Flavia Irene Melzi, del Cuerpo de Peritos Contadores Oficiales, dio tratamiento integral a los interrogantes planteados por la acusación, y fue categórico en cuanto concluyó que no se detectaron operaciones que permitan acreditar una deliberada colocación en estado de insolvencia de las firmas "La Romería SA" (CUIT 30-50464162-3), "Astorqui Y Cía. SA" (CUIT 30-56103463-6), "Bodegas Y Viñedos Del Valle SA" (CUIT 30-69455038-6) y "Bodegas Cuvillier SA" (CUIT 30-70741571-8); circunstancia que fue reconocida y en la que coincidieron de forma unívoca los peritos de oficio, los expertos ofrecidos por la defensa y los aportados por la querella. En particular, vale recalcar las declaraciones del perito aportado por la querella, Carlos Gustavo Simone, que, entre otras circunstancias, reconoció que "no surgieron elementos objetivos que permitan acreditar que los responsables de las empresas analizadas hayan deliberadamente provocado y/o agravado la insolvencia que luego los condujera a dichos procesos".

Por lo demás, el argumento presentado por la querella relativo a que los imputados, con el propósito de frustrar sistemáticamente el cobro de las deudas fiscales en legal tiempo y cada vez que las sociedades involucradas eran objeto de una fiscalización por parte del organismo recaudador, se presentaban voluntariamente a concurso, postergando el cobro de las acreencias, no se condice con las constancias reunidas en autos, toda vez que, como bien señala el *a quo* "basta atender a los términos de la extensa intimación (Art. 294, del CPPN) que documenta que los procedimientos administrativos de determinación de las obligaciones fiscales de la AFIP respecto de "La Romería SA" y "Astorqui SA" se suscitan temporalmente después de que las sociedades se presentaron en concurso preventivo de acreedores".

Por último, como bien se señala en el voto que lidera el acuerdo, el recurrente no ha logrado rebatir las afirmaciones esbozadas en las diversas instancias judiciales donde se resaltó la imposibilidad de realizar en autos un minucioso confronte de los patrimonios individuales y societarios indicados, y que, de todas formas, por las razones apuntadas en la sentencia recurrida, su estudio carecería de utilidad para profundizar la presente pesquisa y para demostrar la hipótesis delictiva.

Conforme a lo expuesto, el sobreseimiento dispuesto en las presentes actuaciones se corresponde con los fines previstos por la ley para el dictado de este tipo de resoluciones, esto es, como consecuencia de la certeza adquirida sobre el acaecimiento o no de un determinado hecho o suceso histórico, en el marco de una investigación que se evaluó motivadamente como agotada, habiendo efectuado el juzgador, con la debida convicción, la emisión de un juicio asertivo, una afirmación y no una mera suposición o conjetura sobre la adecuación o no de esa realidad histórica a una figura delictiva (cfr.: causa N° 1468 "Santos, Enrique J. s/ recurso de casación", Reg. N° 2231, rta. el 22/11/1999; causa N° 2184 "Pawly, Alberto O. s/ recurso de casación", Reg. N° 3065, rta. 19/12/2005; causa N° 7906 "Morel, Pedro s/ recurso de casación", Reg. N° 12.686, rta. 26/11/2009; entre otras).

Tal como señalé en los precedentes citados, el sobreseimiento exige un estado de certeza sobre la existencia de la causal en que se fundamenta, y procede cuando al juzgador no le queda duda acerca de la extinción de la pretensión penal, de que, agotada la investigación, puede concluirse que el hecho no se cometió o no encuadra en una figura legal; supuesto que se encuentra constatado en autos.

Las cuestiones que el *a quo* tuvo por acreditadas a fin de dictar la resolución aquí impugnada no se presentan controvertidas y han sido suficientemente analizadas a la luz de los elementos obrantes en la causa y del resultado arrojado por las medidas de prueba producidas, habiendo la acusación y la defensa esgrimido, en su momento, todos los planteos que consideraban pertinentes en relación a tales tópicos, garantizando así al principio de contradicción.

En virtud de lo expuesto, adhiero a la solución propuesta; sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN).

El doctor *Carbajo* dijo:

Comparto sustancialmente los fundamentos formulados en el voto que lidera el Acuerdo, por lo que, en las particulares circunstancias del caso, adhiero a la solución propuesta por el doctor Mariano Hernán Borinsky, que a su vez lleva la adhesión del doctor Gustavo M. Hornos, sin costas en la instancia (arts. 530 y ccdtes. del CPPN).

En mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante de la AFIP-DGI, en su calidad de parte querellante. Sin costas en la 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

Extinción de la acción. Rechazo. Recurso de casación. Inadmisibilidad. Disidencia.

1. — La discordancia sobre la interpretación que ha de dársele a las normas que se consideran aplicables al caso resulta insuficiente si el recurrente no desarrolla fundadamente el error o la violación de la ley sustantiva o procedimental en los términos del art. 456, Cód. Proc. Penal, suministrando al Tribunal argumentos referidos directa y concretamente a los conceptos esenciales que estructuran la construcción jurídica en que se asienta el pronunciamiento.

2. — Al no haberse acreditado la existencia de una cuestión federal o de un supuesto de arbitrariedad en el pronunciamiento criticado —que rechaza la extinción de la acción penal por violación a ser juzgado en un plazo razonable— que amerite la intervención de la Cámara de Casación como tribunal intermedio, corresponde declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto.

3. — Es admisible el recurso de casación, toda vez que en el caso podría encontrarse afectado el plazo razonable del proceso, reglado en los arts. 18 y 75, inc. 22 de la CN, 7.5 y 8.1 de la CADH, 9.3 y 14.3.c del PIDCyP (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).

CFCasación Penal, sala IV, 25/02/2021. - D., C. X. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/3005/2021]

Causa FCB 91003004/2013/TO1/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

La doctora *Ledesma* dijo:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, con fecha 30 de noviembre de 2020, resolvió "Rechazar la solicitud de extinción de la acción penal por violación del plazo razonable del proceso, formulada por el Dr. Rodrigo Altamira en representación del acusado C. X. D. DNI N° ...".

II. Que, contra dicha resolución, la defensa pública oficial de C. X. D., interpuso recurso de casación que fue concedido en fecha 16 de diciembre de 2020.

III. Que el recurrente motivó su presentación casatoria en la hipótesis prevista en el art. 456, inc. 1, del CPPN, y entendió que resultaba recurrible en casación en virtud de lo dispuesto en el art. 457 del CPPN.

La defensa recordó que dedujo falta de acción, argumentando que se había vulnerado en autos la garantía constitucional de juzgamiento dentro de un plazo razonable, en tanto sostuvo que, desde la fecha de comisión del supuesto hecho delictivo, transcurrieron 8 años y 6 meses, de los cuales durante 6 años la causa estuvo inactiva sin realizarse ningún acto procesal durante ese tiempo, hasta que en fecha 15/03/2019 se descubrió que la causa había sido traspapelada. Al respecto, destacó que la causa se encontraba lista para que se celebrara el juicio oral público en marzo de 2013.

Señaló que el *a quo* fundó su resolución argumentando simplemente que los plazos procesales son de carácter meramente ordenatorio y que carecen de virtualidad extintiva de la acción penal, y que omitió tratar extremos conducentes planteados por esta defensa sobre la razonabilidad del tiempo transcurrido.

Recordó que oportunamente hizo alusión a la extensión misma del proceso penal en su totalidad y de la falta de razonabilidad de dicha extensión, del tiempo transcurrido desde el hecho, como así también del tiempo que requirió a la justicia avanzar por los principales actos procesales; de la complejidad de la causa y la escasa prueba recolectada; la actividad procesal de su asistido y la purga de su rebeldía; y la conducta de las autoridades judiciales y su dedicación a lo largo de los 8 años y medio a causas con mayor grado de injusto como decisión de política criminal.

Concluyó que "(...) no se consideraron las cuestiones planteadas por la defensa ni se brindaron argumentos del tipo jurídicos que permitieran al Tribunal resolver dentro de un marco lógico y, por ende, de legalidad".

Por último, solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto y que se deje sin efecto el pronunciamiento impugnado.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Sentado lo expuesto y conocido el criterio de mis colegas, solo he de señalar que en el caso podría encontrarse afectado el plazo razonable del proceso, reglado en los artículos 18 y 75 inc. 22 de la CN, 7.5 Y 8.1 de la CADH, 9.3 y 14.3.c del PIDCyP. Así pues, resulta de aplicación la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal en los precedentes "Kreutzer, Guillermo O. A. s/ causa 9880" (K.52.XLV del 15 de junio de 2010), "Musante" (M.759.XLV del 13 de septiembre de 2011), "Olima" (O.100.XLVI del 7 de agosto de 2012) y "Santander, María C. y otros s/ legajo de apela-

ción" (CPE 1513/2013/9/1/RH2, del 26 de Noviembre de 2020), en cuanto a que dicho planteo constituye una cuestión federal que habilita la competencia de esta Cámara.

Por ello, considero que la vía intentada resulta admisible, sin perjuicio de la solución que en el caso pudiera corresponder.

Tal es mi voto.

El doctor *Carbajo* dijo:

I. En primer término, cabe recordar que resoluciones como la atacada no son —por su naturaleza ni por sus efectos— sentencias definitivas ni a ellas equiparables, en los términos del art. 457 del CPPN, ya que no ponen fin a la acción ni a la pena, no hacen imposible que continúen las actuaciones ni deniegan la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como principio que las resoluciones cuya consecuencia es continuar sometido a proceso, no constituyen sentencia definitiva o equiparable a tal a los fines del recurso extraordinario, sin que la invocación de la tacha de arbitrariedad o de garantías constitucionales puedan suplir ese requisito (Fallos: 310:2733; 316: 341; 321:2310; 321:3679 y 327:2315; en el mismo sentido, esta Sala IV, en FLP 37.377/2015/CA1-CFC1 "Fernández, Eduardo E. s/ recurso de casación", Reg. 511/19.4 del 29/03/2019; CFP 14.824/2010/14/CFC3 "Montoya, Inés B. s/ recurso de casación", Reg. 705/19.4 del 17/04/2019; CFP 12.378/2015/3/RH1 "Lamboglia, Hernán C. s/ recurso de queja" Reg. 284/20.4 del 06/03/2020, entre muchas otras).

A ello cabe añadir que en el *sub judice*la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que habilite la jurisdicción de esta Cámara Federal de Casación Penal conforme la doctrina sentada en los precedentes "Di Nunzio", "Durán Sáenz" y "Piñeiro" (Fallos: 328:1108; 328:4551; 333:677, respectivamente), sino que se ha limitado a cuestionar una fundamentación que no se comparte sin efectuar una crítica concreta y razonada de los argumentos dados por el tribunal *a quo* en el pronunciamiento atacado.

Por lo demás, corresponde señalar que el Máximo Tribunal de la Nación en ocasión de resolver el caso "Dapero" (CSJN, "Dapero, Fernando s/ delito de acción pública", causa 7458/2000/26/CS7, rta. el 08/10/2019) indicó que "si bien el derecho de toda persona a obtener una revisión de su sentencia por un tribunal superior es innegable, el deber de la cámara de casación de agotar el esfuerzo por revisar todo aquello que resulte motivo de agravio, queda enmarcado dentro de exigencias formales que resultan insoslayables, no está previsto que la casación deba revisar en forma ilimitada todo fallo recurrido, sino el dar tratamiento a los agravios que le son traídos, sea que se trate de cuestiones de hecho o de derecho, pero presentados en tiempo, forma y modo".

De tal manera, la discordancia sobre la interpretación que ha de dársele a las normas que se consideran aplicables al caso resulta insuficiente si el recurrente no desarrolla fundadamente el error o la violación de la ley sustantiva o procedimental en los términos del art. 456 CPPN, suministrando al Tribunal argumentos referidos directa y concretamente a los conceptos esenciales que estructuran la construcción jurídica en que se asienta el pronunciamiento.

Finalmente, debe recordarse que el juicio sobre la admisibilidad formal del recurso de casación en examen efectuado por el *a quo* es de carácter provisorio, toda vez que el juicio definitivo sobre dicho extremo corresponde a esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal y puede ser emitido sin pronunciarse sobre el fondo (cfr., en lo pertinente y aplicable, los precedentes de esta Sala IV dictados en "Rodríguez, Omar C. y otra s/ recurso de casación", Reg. 951/19.4, del 16/05/2019 y CFP 1604/2017/3/CFC2 "Cibils Robirosa, Jaime y otro s/ recurso de casación", Reg. 1829/19, del 12/09/2019).

En atención a lo expuesto, al no haberse acreditado la existencia de una cuestión federal o de un supuesto de arbitrariedad en el pronunciamiento criticado que amerite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio, corresponde declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto, sin costas (CPPN, arts. 444, segundo párrafo, 530 y 531 *in fine*). Tener presente la reserva del caso federal.

Tal es mi voto.

El doctor *Borinsky* dijo:

Que comparto en lo sustancial los fundamentos expuestos en el voto de mi distinguido colega que me precede en el orden de votación, doctor *Carbajo.*

Se encuentra a estudio de esta Alzada la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de Córdoba, en virtud de la cual —el 30/11/2020— rechazó la solicitud de extinción de la acción penal por violación al plazo razonable del proceso, formulada por la defensa de C. X. D.

Contra dicha decisión la defensa oficial del imputado interpuso recurso de casación, alegando que el

tribunal *a quo* ponderó arbitrariamente las circunstancias del supuesto bajo examen.

Respecto de pronunciamientos de la especie, esta Sala —con una integración parcialmente distinta— ha expresado que no pueden entenderse comprendidos entre aquellas resoluciones previstas en el artículo 457 del CPPN, ya que no se tratan de sentencias definitivas, ni de una equiparables a ellas por sus efectos, ni de autos que ponga fin a la acción, a la pena o que haga imposible que continúen las actuaciones; tampoco deniegan la extinción, conmutación o suspensión de la pena, ni ocasiona un agravio de imposible o difícil reparación ulterior (cfr. en lo pertinente y aplicable, CFCP, Sala IV —con una integración parcialmente diferente—: causa FLP 597/2013/TO1/4/RH1, "Casanovas, Carlos y otros s/ queja", Reg. N° 675/19.4, resuelta el 17/4/2019; FPO 14002791/2007/TO1/17/RH2, "Acosta, José L. y otro s/ queja", Reg. N° 2089/19.4, resuelta el 10/10/2019 y FCR 22000109/2013/TO1/CFC2, "Oyarzo, Gastón D. y otra s/ casación", Reg. N° 48/20.4, resuelta el 12/02/2020 —entre otras—).

Por otra parte, debe tenerse presente que no resulta suficiente la mera invocación de un agravio de naturaleza federal para la admisibilidad del recurso interpuesto, sino que esta debe contar con un grado mínimo de fundamentación, en consonancia con lo establecido por el art. 463 del CPPN.

En el *sub judice*, la defensa no ha logrado demostrar tal circunstancia, toda vez que se ha limitado a aducir defectos de fundamentación en la resolución impugnada solo a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso, en particular de aquellas que el *a quo* consideró relevantes y determinantes para rechazar el planteo defensista.

Al respecto, cabe recordar que en el decisorio cuestionado, el tribual previo reseñó la postura del representante del Ministerio Público Fiscal, que se opuso a la petición remisoria.

Por otra parte, señaló que se atribuye a C. X. D. haber llevado consigo, mientras se trasladaba a bordo de un vehículo marca Fiat modelo Palio dominio ... color blanco y con vidrios polarizados, el 11 de junio de 2012, 673,35 gramos de marihuana en forma de ladrillo acondicionada en un envoltorio de cinta de acetato. Tal suceso fue encuadrado en la figura delictiva de transporte de estupefacientes, en calidad de autor.

A su vez relató que frente al accionar policial, D. "...subió el vidrio y aceleró la velocidad de circulación, a la par que realizaba maniobras tendientes a esquivar los vehículos que circulaban por la arteria [...] Nuevamente el preventor le exhibe la credencial, ocasión en la que el conductor del vehículo Fiat Palio impacta el lateral derecho del móvil policial, produciendo daños en las puertas y paragolpes trasero...".

Por último, luego de una reseña del resto de los antecedentes del caso, concluyó en que no se verifica la violación a la garantía que toda persona imputada goza de ser juzgada en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.

En razón de las consideraciones precedentes, cabe concluir que las discrepancias valorativas expuestas por el fundamentación que no comparte, no configuran un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108).

A lo expuesto cabe añadir que en el remedio procesal interpuesto, la defensa aludió a que el tribunal *a quo* solo se centró en "la dificultad concreta con la que se ha encontrado el Juez instructor en oportunidad de notificar a los imputados de los distintos actos procesales", cuando tal circunstancia no fue mencionada en la resolución recurrida.

Resta mencionar que con fecha 5 de febrero del corriente año se llevó a cabo —con medios digitales— la audiencia prevista en el art. 431 bis, punto 3, del CPPN, en virtud del acuerdo de juicio abreviado efectuado —ese mismo día— por las partes.

Por último, resulta pertinente recordar que el juicio sobre la admisibilidad formal del recurso en examen que efectuara el tribunal *a quo* es de carácter provisorio, ya que el juicio definitivo sobre dicho extremo corresponde a esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal y puede ser emitido por esta Alzada sin pronunciarse sobre el fondo (cfr., en lo pertinente y aplicable, lo resuelto por esta Sala IV —con distinta integración— en la causa N° 1178/2013, "Alsogaray, María J. s/ recurso de casación", reg. N° 641/14, rta. el 23/04/2014; causa CFP 1738/2000/TO1/2/CFC1, "Bignoli, Santiago M. y otros s/ incidente de prescripción de acción penal", reg. N° 1312/14, rta. el 27/06/2014; causa FSA 74000069/2007/TO1/CFC1, "Ojeda Villanueva, Néstor A. s/ recurso de casación", reg. N° 1111/15., rta. el 09/06/2015; causa FSA 74000032/2012/TO1/12/1/CFC3 "Amante, Martín E. s/ recurso de casación", reg. N° 1128/16, rta. el 12/09/2016; causa CFP 5772/2013/TO1/7/CFC10, "Masine, Daniel H. s/ recurso de casación", reg. N° 700/17, rta. el 13/06/2017; causa FTU 400696/2006/TO1/2/CFC3, "Peluffo, Silvio J. s/ recurso de casación", reg. N° 1498/18, rta. el 24/10/2018 y causa FLP 24271/2016/CFC1, "Rodríguez, Omar C. y otra s/ recurso de casación", reg. N° 951/19.4, rta. el 16/05/2019, entre muchas otras).

En consecuencia, adhiero a la propuesta de declarar inadmisible el recurso de casación, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de C. X. D., sin costas en la 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. — Ángela E. Ledesma (*en disidencia).

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA

Competencia. Incumplimiento de medidas sanitarias que comprometen intereses de carácter federal.

> La declaración de incompetencia del fuero federal no resulta suficientemente fundada, toda vez que las medidas sanitarias dictadas por la autoridad provincial —y presuntamente violadas por el imputado—, comprometen intereses de carácter federal, en tanto responden a disposiciones de orden nacional dictadas en el marco de la política pública sanitaria dispuesta durante la pandemia por el Poder Ejecutivo nacional.

CFCasación Penal, sala IV, 15/03/2021. - G., C. A. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/1913/2021]

Causa FMZ 12.911/2020/1/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 15 de 2021.

Vistos:

I. Que, con fecha 15 de octubre de 2020, la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, integrada de modo unipersonal, en cuanto al presente concierne, resolvió: "1. Rechazar el recurso de apelación articulado por la defensa de C. A. G., en contra de la resolución dictada por señor Juez Federal de San Juan, la que se confirma en cuanto rechaza el pedido de inhibitoria formulado oportunamente por el Dr. Matías A. Rubio".

II. Que, contra esa decisión, el Dr. Matías A. Rubio, en su carácter de defensor de C. A. G., interpuso recurso de casación, el cual —denegado por el *a quo*— fue concedido por esta Sala IV, con motivo de la queja articulada por el interesado (cfr. Reg. n° 2452/20.4 del 04/12/2020).

III. Que, en su presentación casatoria, con invocación de los dos supuestos previstos por el art. 456 del CPPN, la defensa postula que en el caso de autos corresponde la intervención de la justicia federal y no de la justicia de la provincia de San Juan.

La impugnante sostiene que el decisorio recurrido resulta arbitrario por omisión de tratamiento de los concretos agravios planteados por la parte.

Señala que el pronunciamiento en crisis se apoya en la doctrina del "multifuero" o "fuero concurrente" de la justicia provincial y federal en el juzgamiento de infracciones al DNU 297/2020, que no resulta constitucionalmente admisible, máxime cuando el imputado solicita ser juzgado ante su juez natural.

Explica que, a su entender, el DNU 297/2020, que dio lugar al expediente provincial, en su artículo 10 delegó la aplicación de ese instrumento a las autoridades provinciales, en carácter de "delegado del gobierno federal". Alega que la causa penal provincial se sustenta en la aplicación del DNU 297/2020 (Expte. PPD 06/20); de sus 51 folios, no existe ninguna afirmación de que se haya violentado una norma de carácter provincial o de derecho público de San Juan, motivo por el cual el argumento expuesto en la sentencia referido a que se habrían violentado normas sanitarias provinciales es, según el impugnante, una construcción que carece de sustento probatorio en el expediente.

Acota que el DNU 677/2020 no es aplicable al caso de su asistido y que en la causa provincial no existe una sola mención a dicha norma, como tampoco obra ningún decreto provincial por el cual el Gobernador de San Juan, en eventual uso del citado decreto, resolución ministerial, administrativa o de otro tipo que haya resuelto la privación del "bien jurídico libertad" al Sr. G., en concordancia con lo postulado en la acción de habeas corpus oportunamente articulada (causa FMZ 12711/2020).

Esgrime que el Sr. G. ingresó, con fecha 19 de agosto de 2020, a la provincia de Mendoza, con destino a la localidad de Maipú. Luego regresó por la ruta nacional N° 40 e ingresó a la provincia de San Juan, con destino a la localidad de Los Berros, con destino a una calera donde cargaría el camión y regresaría a Entre Ríos. Destaca que el nombrado se encontraba en tránsito interjurisdiccional, contando con permiso habi-

litante que fue otorgado por la Nación, mediante el "Certificado Único Habilitante para Circulación, Covid-19" instrumentado por la Resolución N° 48/2020 del Ministerio del Interior, en el marco del artículo 6° del DNU 297/2020, modificado posteriormente por la Decisión Administrativa N° 429/2020 del Jefe de Gabinete de la Nación. Arguye que la provincia de San Juan interfirió ilegalmente en cuestiones que hacen al tráfico interprovincial, deteniendo a una persona que contaba con certificado habilitante para trasladarse, lo que afecta claramente intereses federales.

La defensa alega que el fuero federal es el único que puede garantizar a G. un juicio justo y que la actuación del fuero provincial comporta un supuesto de denegación de justicia para G., que fue privado de su libertad sin orden de detención, que no se le dio acceso a un defensor oficial ni se tramitó el habeas corpus remitido por el juez federal ante su declaración de incompetencia. Según la parte, fue ilegal la privación de libertad de su asistido durante 14 días en San Juan y el secuestro el camión que conducía, como presunto infractor a los artículos 205 y 239 del CP, con intervención del Fiscal de Flagrancia provincial.

Como corolario de los argumentos antes reseñados en sus aspectos sustanciales, la defensa solicitó que, previa celebración de audiencia oral en esta instancia, se revoque la sentencia recurrida y declare la competencia federal en la tramitación de expediente PD 06/20. Mantuvo la reserva del caso federal.

IV. Por verificarse en la presente causa un supuesto de intervención de juez unipersonal conforme lo establecido en el art. 30 bis, 2° párrafo, inc. 1° del CPPN (cfr. ley 27.384), resulto para resolver el suscripto.

V. En la oportunidad prevista en el art. 465 bis, en función de los arts. 454 y 455 del CPPN (ley 26.374), se celebró la audiencia de informes de manera virtual y remota, con la intervención del defensor de C. A. G., Dr. Matías A. Rubio, quien expresó sus argumentos sobre la procedencia de la competencia federal en el caso de autos.

Considerando:

I. Decidida favorablemente la admisibilidad formal del recurso de casación de la asistencia técnica de C. A. G., en oportunidad de resolver la queja articulada por la parte (cfr. Sala IV, Reg. n° 2452/20.4 del 04/12/2020), corresponde ahora abordar la cuestión de fondo controvertida en autos. Concretamente, si con relación al suceso que se imputa al nombrado corresponde la intervención de la jurisdicción local (justicia de la provincia de San Juan), conforme lo resuelto por las instancias inferiores en consonancia con lo postulado ante ellas por el Ministerio Público Fiscal, o si procede la intervención de la jurisdicción federal, según lo propiciado por la defensa.

Del pronunciamiento de magistrado a cargo de Juzgado Federal N° 2 de San Juan surge que la presente causa se inició con el planteo efectuado por el Dr. Matías Adolfo Rubio en representación de C. A. G., a tenor de lo normado por los arts. 44 y 47 del CPPN, mediante el cual promovió la inhibitoria ante dicha dependencia jurisdiccional federal con el objeto que declare su competencia en razón de grado, territorio y materia, en el trámite, sustanciación y resolución del Expediente N° PPD 06/20, radicado ante la Fiscalía de Flagrancia de San Juan (UFI N° 4) y ante el Juez de Flagrancia de San Juan, seguida en contra de su defendido, todo ello en virtud de la normas constitucionales y legales que establecen que la Justicia Federal de San Juan es el tribunal y juez natural para juzgar sobre la presunta comisión de las infracciones a los artículos 205 y 239 del CP Argentino, y al Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/20, como sus prórrogas.

El magistrado de primera instancia precisó: "De las copias de la causa N° 3066/2020 (Expediente N° PPD 06/2020, radicado ante la Fiscalía de Flagrancia de San Juan - UFI N° 4) el Sr. Fiscal a cargo de la UFI N° 4 el día 19/08/20 recibió un llamado de la Policía de los Berros (San Juan) poniéndole en conocimiento que tenía aprehendido a un camionero de nombre C. A. G., quien habría intentado ingresar a la Calera Sefes de los Berros a cargar cal y no habría exhibido el test rápido sanitario que exige el protocolo Covid-19 de la provincia de San Juan para toda persona que ingresa a su territorio.

Por tal motivo y otros respecto del registro de ingreso del camión, el Dr. Achem activó el protocolo de flagrancia, solicitó las cámaras de seguridad y se dispuso el traslado del camión del nombrado al Estadio del Bicentenario y del ciudadano a un hotel provincial para ser aislado y cumplir la cuarentena de 14 días, conforme el protocolo existente de Salud Pública de la Provincia. Finalmente, el Dr. Achem informó que el Sr. G. se encontraba detenido y aislado a disposición del Juez de Flagrancia por la presunta infracción a los arts. 205 y 239 del CP desde el día 19/08/2020 y aislado en el hotel Ichigualasto de San Juan.

Luego, surgió que el Sr. G. habría recuperado su libertad ambulatoria el día 31/08/2020, dispuesta por el Juez del Procedimiento Especial de Flagrancia, quien ordenó también la devolución del camión Dominio ..., propiedad de la empresa empleadora Marina Maderas SA, que había sido retenido en el Estadio del Bicentenario, surgiendo también del resolutorio respectivo la imposibilidad material para fijar las audiencias en virtud de la situación sanitaria de la provincia por lo que el juicio se habría suspendido".

El planteo de competencia federal de la defensa fue rechazado en las dos instancias jurisdiccionales previas, tanto en el marco del trámite de la inhibitoria que origina la presente incidencia como en el del habeas corpus oportunamente articulado por la parte (la queja deducida por la defensa en este último, por casación denegada, fue declarada abstracta por la Sala I de esta CFCP, por haber cesado el aislamiento de 14 días al que había sido sometido G.—cfr. Reg. N° 1382/20.1 del 09/10/2020, causa FMZ 12.711/2020/1/RH1—).

La jurisdicción federal de la provincia de San Juan, en ambas instancias, para rechazar su competencia en el caso y afirmar la competencia provincial, en lo sustancial, sustentó sus decisiones en los siguientes ejes argumentales: a) como regla general la competencia federal es exclusiva, excluyente y de orden público, b) la intervención del fuero federal en las provincias es de excepción, en función de las autonomías provinciales en el marco del sistema federal de gobierno, c) la infracción que se atribuye a G. no se encuentra contemplada en las normas que regulan la competencia federal penal (cfr. art. 3° de la ley 48; art. 33 inc. 'e' del CPPN - Ley 23.984 y art. 11 inc. 'e' de la Ley 27.146 de Organización de la Justicia Federal y Nacional Penal, ley que acompaña la instrumentación del CPPF), d) el art. 205 del CP es un tipo penal en blanco que puede revestir naturaleza federal o común según el caso, e) para considerar el art. 205 del CP como norma integrante del derecho federal debe existir la afectación de intereses de la Nación, f) no obstante reconocer el carácter eminentemente federal que posee la cuestión relativa al tránsito interjurisdiccional, circunstancia que sin duda otorga competencia al Sr Juez Federal de la Provincia de San Juan, en el caso, atento a las particulares cuestiones relativas a la pandemia de Covid-19, corresponde declarar competente para intervenir en las diferentes causas que puedan suscitarse por violación al art. 205 del CP, a los fines de evitar un desgaste jurisdiccional y en propensión a la efectividad en el resguardo de la salud pública, a la justicia provincial o federal en cada caso, dependiendo del fuero que haya intervenido en primer lugar o haya tomado conocimiento de la supuesta infracción y labrado de las actuaciones sumariales policiales, g) teniendo en cuenta que G. el día 19/08/2020 habría sido aprehendido por la policía local, como consecuencia de la presunta infracción a normas dictadas por autoridades provinciales en ejercicio de facultades expresamente atribuidas por el Poder Ejecutivo Nacional, es que entiendo debe continuar interviniendo el Juez natural del hecho que previno, esto es, el Juzgado de Flagrancia en turno al momento del hecho.

En esa línea argumental, en la resolución aquí impugnada por la defensa, la Cámara *a quo* (integrada de modo unipersonal) rechazó la procedencia de la competencia federal en el caso en estudio.

III. El examen del caso revela que la medida de aislamiento que el recurrente cuestiona se enmarca dentro del contexto de pandemia generada por el virus Covid-19 de alcance nacional y mundial.

Dicho escenario motivó, en el ámbito nacional, la sanción por parte del Poder Ejecutivo del DNU N° 260/2020 de fecha 12/03/2020 —en uso de las facultades conferidas en el artículo 99, inciso 1° y 3° de la CN—, que tuvo por objeto la ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria —que había sido dispuesta por ley 27.541— por el plazo de un año.

Por su parte, mediante la sanción del DNU N° 297/2020, prorrogado en distintas ocasiones, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio para todas las personas que habitaran en el país o se encontraran en él en forma temporaria.

A su vez, la autoridad nacional estableció que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios debían dictar las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el mencionado decreto de necesidad y urgencia 297/2020, en su carácter de delegados del gobierno federal, conforme lo establece el art. 128 de la Constitución Nacional ("los gobernadores de provincia son agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación").

Oportunamente, el Poder Ejecutivo Nacional estableció mediante la sanción del DNU N° 520/2020 y sucesivos, la medida de distanciamiento social, preventivo y obligatorio para determinados lugares o regiones en función de parámetros epidemiológicos y sanitarios. Por el decreto PEN N° 520/2020 y los dictados con posterioridad al mismo, se estableció que, en caso de que las autoridades provinciales detectaren que un aglomerado urbano, partido o departamento de sus jurisdicciones no cumpliere con los parámetros epidemiológicos y sanitarios establecidos, deberán informar de inmediato dicha circunstancia al Poder Ejecutivo Nacional —único facultado para establecer la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio— (cfr. DNU N° 520/2020, 576/2020, 605/2020, 641/2020, 677/2020, 714/2020, 754/2020, 792/2020, 814/2020, 875/2020, 956/2020 y 1033/2020).

En este contexto de excepción, las medidas dictadas por la autoridad provincial, contrariamente a lo sostenido en las instancias anteriores (ver reseña del punto II del presente voto), comprometen intereses de carácter federal, en tanto responden a disposiciones de orden nacional dictadas en el marco de la po-

lítica pública sanitaria dispuesta durante la pandemia por el Poder Ejecutivo Nacional (art. 99, inc. 3° y 128 de la CN).

En consecuencia, la declaración de incompetencia del fuero federal traída a estudio de esta Cámara no resulta suficientemente fundada.

Finalmente, debe también tenerse en consideración la naturaleza federal del delito previsto y reprimido en el art. 205 del CP de la Nación que fuera invocado por el presentante (cfr. comunicado de la Procuración General de la Nación de fecha 19 de marzo de 2020 en portal web "www.fiscales.gob.ar" y Resolución PGN N° 25/2020 del 22 de marzo de 2020).

En dichas circunstancias, procede hacer lugar al recurso de casación articulado por el impugnante, sin que ello implique abrir juicio sobre la cuestión de fondo (cfr. criterio del suscripto —en mayoría—, con integrante de la Sala de Feria de esta CFCP, causa FRE 36/2021/1/CFC1, "Petcoff Naidenoff, Luis s/ habeas corpus", Reg. n° 132/2021 del 27/01/2021, en lo pertinente y aplicable).

Por ello, resuelvo: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de C. A. G., revocar la resolución recurrida y, en consecuencia, declarar la competencia de la justicia federal para intervenir en el caso de autos y remitir las actuaciones al "*a quo*" a sus efectos. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky.*

HURTO AGRAVADO

Vehículo dejado en la vía pública. Bicicleta. Procesamiento.

1. — La bicicleta se encuentra comprendida dentro del elemento típico "vehículo" establecido en la agravante de la figura básica de hurto, toda vez que configura un medio de locomoción que permite el traslado de un lugar a otro.

2. — Se verifica la indefensión que reclama la tipificación del delito de hurto, puesto que el vehículo fue dejado por el damnificado en la vía pública por unos instantes —sobre un poste del semáforo sin sujeción alguna o medida de seguridad—, para ingresar a un comercio, lo que conduce a sostener que el bien no se hallaba dentro del ámbito de custodia de su usuario.

CNCrim. y Correc., sala I, 04/03/2021. - E., T. E. s/ procesamiento.

[Cita on line: AR/JUR/1903/2021]

CCC 48051/2020/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 4 de 2021.

Considerando:

Hecho imputado:

Se le atribuye a T. E. E. la comisión del hecho que habría ocurrido el día 30 de octubre del año en curso a las 12:00 horas, oportunidad en la que se habría apoderado ilegítimamente, sin ejercer fuerza en las cosas ni violencia en las personas, de la bicicleta tipo playera de color celeste, rodado 26 con la inscripción "..." que su propietario, el Sr. I. C. había dejado apoyada sin sujeción alguna o medida de seguridad por unos instantes sobre un poste del semáforo ubicado en la intersección de las calles ... de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para así ingresar a un comercio. Ya con el rodado en su poder, el declarante se habría retirado de allí por la calle ... Al mismo tiempo, dicha maniobra fue observada mediante la utilización de la cámara denominada "..." por el Oficial 1° de Guardia del Centro de Monitoreo Urbano, Leonel Horacio Ferrari, quien ante ello, dio aviso a los preventores de la zona sobre lo que estaba sucediendo. Seguidamente, aproximadamente a las 12:35 horas, el mencionado oficial visualizó nuevamente al causante a través de la cámara denominada "...", quien estaba junto a otra persona a bordo de una bicicleta, circulando por la calle ..., hasta que doblaron por ... y los perdió de vista, por lo que anotició de ello mediante frecuencia al personal policial de la zona. Aproximadamente a las 12:41 horas, visualizó nuevamente al que declara junto con el otro sujeto, quienes estaban con la bicicleta sustraída y que se disponían a ingresarla a una finca, hasta que se hizo presente en el lugar el personal policial interviniente, quien procedió a la formal detención de E. y al secuestro del rodado sustraído sobre la calle ... de este medio.

Análisis del caso:

El doctor *Rimondi* dijo:

Luego del análisis de la cuestión traída a estudio, considero que los agravios expuestos por la parte recurrente, no podrán ser atendidos.

En prieta síntesis, la defensa refirió que no puede considerarse a la bicicleta como un vehículo a efectos de agravar el robo. En este sentido, citó jurisprudencia y doctrina que avalarían si postura.

Sobre el particular, ya he sostenido en esta Sala que: "...la bicicleta se encuentra comprendida dentro del elemento típico "vehículo" establecido en la agravante de la figura básica de hurto (medio de locomoción que permite el traslado de un lugar a otro)..." (causa N° 34.004/13 "NN s/ hurto", rta. el 19 de septiembre de 2013.

A su vez, se ha sostenido que: "...la bicicleta es un objeto cuya sustracción encuadra en el artículo 163, inciso 6°, del CP, pues se trata de un velocípedo que el diccionario de la Real Academia Española define como vehículo" (ver causa N° 6939/17 "Godoy, E.", rta. el 22 de febrero de 2017, de la Sala VII, en la cual me adherí al voto del Divito).

A ello se adiciona que en el caso se verifica la indefensión que reclama la significación jurídica en cuestión, puesto que el vehículo fue dejado por el Sr. C. en la vía pública por unos instantes (sobre un poste del semáforo ubicado en la intersección de las calles ... de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sin sujeción alguna o medida de seguridad), para ingresar a un comercio, lo que conduce a sostener que el bien no se hallaba dentro del ámbito de custodia de su usuario.

De modo tal que, como adelantara, el agravio formulado por la defensa no podrá prosperar. Así voto.

El doctor *Lucero* dijo:

Comparto los argumentos vertidos por el juez Rimondi. En este sentido, vale destacar que la literalidad del término "vehículo", utilizada en el agravante seleccionado por el *a quo*, se vincula a los medios de transporte de personas o cosas. De tal modo, es dable concluir que la bicicleta queda comprendida dentro de tal concepto y, por ende, la calificación legal escogida aparece razonablemente aplicable al caso.

A mayor abundamiento, se ha dicho que "la bicicleta es un objeto cuya sustracción encuadra en el artículo 163, inciso 6, del CP, al tratarse de un velocípedo que el diccionario de la Real Academia Española define como vehículo" (*in re:* Sala VII, cN° 2218/17, "Medrano", rta.: 05/02/2016, entre otras).

De modo tal que el planteo formulado por la parte recurrente no podrá tener acogida favorable. Así voto.

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: Confirmar el auto del 17 de diciembre de 2020 por el que se procesó a T. E. E., por ser considerado autor penalmente responsable del delito de hurto agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública (art. 455 del CPPN). Se deja constancia que la Dra. Magdalena Laiño no interviene 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, que 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, 520, 576, 605, 641, 677, 714, 754, 792 y 814/2020 y el distanciamiento social, preventivo y obligatorio por Decretos 875/2020, 956/2020, 1033/2020, 4/2021, 67/2021 y 125/2021, 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. Notifíquese mediante cédulas electrónicas (Acordada 38/2013) y comuníquese al juzgado de origen mediante DEO. Devuélvase con pase digital y sirva la presente nota de envío. — *Jorge L. Rimondi. — Pablo G. Lucero.*

DEFRAUDACIÓN POR DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS

Actos defraudatorios en perjuicio de quien adquirió lotes en un barrio cerrado. Procesamiento de un abogado y de un notario.

1. — El procesamiento de un letrado por el delito de defraudación por desbaratamiento de derechos acordados debe confirmarse, pues quedó demostrado, con el grado de probabilidad exigido para esta etapa, que aquel emprendió una serie de actos dilatorios a través de los cuales, desobedeciendo en forma sistemática una orden judicial, frustró el derecho a escriturar los dos lotes ubicados en un barrio cerrado, que habían sido adquiridos por la querellante mediante un boleto de compraventa y cesión.

2. — El procesamiento de un letrado por el delito de defraudación por desbaratamiento de derechos acordados debe confirmarse, pues quedó demostrado, con el grado de probabilidad exigido para esta etapa, que aquel emprendió una serie de actos dilatorios a través de los cuales, desobedeciendo en forma sistemática una orden judicial, frustró el derecho a escriturar los dos lotes ubicados en un barrio cerrado, que habían sido adquiridos por la querellante mediante un boleto de compraventa y cesión.

CNCrim. y Correc., sala IV, 08/03/2021. - P., B. D. y otro s/ procesamiento.

[Cita on line: AR/JUR/2706/2021]

CCC 76155/2014

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 8 de 2021.

El doctor *Rodríguez Varela* dijo:

I. Del planteo de nulidad por falta de impulso del Ministerio Público Fiscal:

Corresponde señalar en forma liminar que la falta de impulso por el Ministerio Público Fiscal no impide que el proceso penal continúe, en su caso, con la intervención exclusiva de la acusación particular, tal como señalan los criterios doctrinales y jurisprudenciales habidos a partir del fallo "Santillán" (Fallos: 321:2021), postura receptada por quien aquí suscribe en numerosas ocasiones (*in re* CCC Sala IV causas N° 67.738/2017, "Villegas", rta.: 25/03/2019 y N° 3873/2019, "NSS SA.", rta.: 30/04/2019, entre muchas otras).

II. De la situación procesal de D. P. B.:

Ha quedado demostrado, con el grado de probabilidad exigido para esta etapa, que el imputado D. P. B., en su carácter de letrado apoderado del Haras "E. M. SA", emprendió una serie de actos dilatorios a través de los cuales, desobedeciendo en forma sistemática una orden judicial, frustró el derecho a escriturar los dos lotes ubicados en el barrio, que habían sido adquiridos por la querellante P. R. D. mediante un boleto de compraventa y cesión en marzo de 1996.

En este sentido, es pertinente remarcar que, luego de la transacción, la querellante junto a A. B. C. d. R. y C. R., iniciaron un incidente de escrituración contra Haras "E. M. SA" respecto de los lotes, siendo que el 23 de diciembre de 1998, el Juzgado Comercial N° 21 condenó al Haras a escriturar los lotes en cuestión, en favor de la querellante (incidente de escrituración N° 21.497/1996, fs. 1/2 de la presente causa).

Ahora bien, pese a tal decisión judicial, desde entonces y hasta el día de la fecha el acto ordenado no se ha llevado a cabo en razón de la actitud elusiva del obligado, pese a que la querellante se encuentra en posesión de los inmuebles desde el año 1998.

En este sentido, de fs. 7 de esta causa se desprende que el 29 de noviembre de 2011 P. B. manifestó haber extraviado el primer testimonio de la escritura original de los terrenos, por lo que solicitó una prórroga al juzgado competente para confeccionar uno nuevo y se le concedió un plazo de treinta días, transcurrido el cual tampoco cumplió.

Posteriormente, en marzo de 2012 la judicatura comercial volvió a intimar al barrio y designó al Dr. Eulogio Marcelo Almanza para que llevara a cabo la escritura. Esta medida también fue infructuosa pues, en septiembre de 2012, el Haras informó nuevos inconvenientes para concretarla, lo que motivó otra intimación en diciembre de ese año (cfr. fs. 11, 12/13 vta., fs. 15).

Pese a la designación del escribano Almanza, el 27 de febrero de 2013 el actuario J. A. P. envió una carta documento intimando a R. D. a escriturar, señalándose a sí mismo como el profesional designado en el marco del incidente comercial, postura que contraría en forma palmaria lo ordenado por el órgano judicial (fs. 645).

En marzo de 2013, el Juzgado Comercial vuelve a intimar al Haras —imponiendo astreintes que posteriormente fueron incrementadas ante nuevos incumplimientos—. Es pertinente destacar que, en el marco de dicha intimación, se ordenó nuevamente que el escribano ante quien debía realizarse el acto era el Dr. Almanza (cfr. fs. 23/vta., 24 y 29).

Posteriormente, la representación del Haras volvió a plantear la imposibilidad de cumplir la manda por hallarse la entidad inhibida e indicó que por dicha razón, con fecha 27 de septiembre de 2013, había transferido (en comisión a favor de la querellante) los lotes a O. O. A. por quinientos cincuenta mil pesos. Ello no solo no fue consentido por el Juez Comercial ni por la querellante, sino que motivó una nueva intimación a cumplir con la orden de escriturar y la elevación de las astreintes (fs. 36/37 vta.).

En abril de 2014, ante nuevos reclamos de la acusadora particular, se volvió a aducir la inhibición, a lo que se agregó la propuesta —para no afectar la traslación— de labrar una nueva escritura aclaratoria en la que se expresara que O. había adquirido los lotes como gestor de negocios a favor de la querellante en lugar de "en comisión".

Pese a que la propuesta fue rechazada por la querellante, el 2 de junio de 2014 se formalizó el acto, contando para ello con la actuación como escribano de P. Ante el nuevo rechazo de la gestión de O. A., el juez comercial volvió a intimar, decisión esta que fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que a su vez fijó un plazo de cuarenta y cinco días para que se entregara la documentación necesaria para escriturar (cfr. fs. 843/846 vta., 848/850, 854/856, 910/912 y 1002/1005 del Expte. 21.497/1996 del fuero comercial).

Finalmente, luego de reiterados incumplimientos, el 23 de abril de 2019 el juez nuevamente intimó al Haras a escriturar (cfr. fs. 1188/1191 vta.), lo cual fue apelado el 29 del mismo mes. P. B. alegó, el 6 de agosto de 2019, que no podía ello cumplirse en tanto O. A. había fallecido (fs. 1296 y 1308 —cfr. escrito presen-

tado con fecha 6 de agosto de 2019), lo que obligaría —según sostuvo— a sustanciar un proceso sucesorio.

Así planteada la plataforma fáctica de esta encuesta, la secuencia desarrollada pone en evidencia el emprendimiento de maniobras dilatorias y actos jurídicos en los cuales incluso se interpuso a un tercero (O. A.) en la relación entre las partes, sin el consentimiento de la compradora y desobedeciendo varias órdenes emanadas de la jurisdicción comercial y las múltiples intimaciones realizadas en consecuencia.

En ese marco, sin perjuicio del encuadre legal que en definitiva corresponda, la conducta atribuida satisface *prima facie* los elementos típicos de la figura prevista por el artículo 173, inciso 11°, del CP, pues se ha imposibilitado que la querellante efectivizara el derecho que le había sido judicialmente reconocido, tornando dudosa su vigencia y goce, mediante las sucesivas desobediencias a los mandatos del juez y, principalmente, en razón de los actos posteriores concedidos fraudulentamente a favor de O. A., interponiéndolo como un obstáculo desbaratador, que se vio agravado por su fallecimiento.

Ello sin perjuicio de que tales alzamientos al imperio de los jueces, aunque puedan configurar actos desbaratadores a la luz del art. 173 inc. 11 del CP, a mi juicio no encuadran al mismo tiempo en la figura del art. 239 del mismo ordenamiento. Al respecto, ha sostenido la Sala que no configura el delito de desobediencia cuando el incumplimiento de la orden impartida por la autoridad judicial tenga prevista una sanción especial (*in re,* causa 75.926/2014, "Barbé", rta. el 16/08/2016, entre otras). Tal es el caso de autos, en el que se incumplieron órdenes procesales que tienen previstas sus herramientas y coacciones para garantizar su cumplimiento y que, además, se integran como parte de una cuestión disputada.

Por otro lado, la defensa alegó, luego, que la escrituración no había podido concretarse por la existencia de una deuda de expensas en cabeza de la aquí querellante.

Sin embargo, la resolución judicial que intima a esta al pago de expensas data del 4 de agosto de 2020 (ver en LEX 100 "adjunta sentencia de expensas") por lo que mal podría entenderse, al menos en esta etapa, que allí radicó el motivo del incumplimiento de una sucesión de órdenes judiciales previas. En efecto, más allá de que no resulta una excusa que justifique la prolongada omisión del cumplimiento de la escrituración aludida, permite inferir la actuación de mala fe del imputado P. B., pues fue precisamente debido a su conducta que la querellante R. D. no podía consolidar su derecho real, que requiere del título, es decir, del "acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad trasmitir o constituir el derecho real" (art. 1892 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

III. De la situación procesal de J. A. P.:

La secuencia documentada en autos revela también que, en su carácter de notario, J. A. P. realizó un aporte esencial a la maniobra descripta, sin el cual no hubiera sido posible su concreción, actuando en connivencia con el imputado P. B.

En efecto, tal como fuera desarrollado en el apartado anterior se ha demostrado con la probabilidad suficiente la intervención del encartado en dos momentos fundamentales para la materialización de los actos defraudatorios.

Se trata, concretamente, del envío de la carta documento del 27 de febrero de 2013, intimando a R. D. a escriturar y atribuyéndose una designación judicial inexistente (fs. 645), y su posterior participación en el acto jurídico en el cual se interpuso al fallecido O. A. en la relación entre el Haras y R. D., transfiriéndole los lotes. En ambos casos se trata de aportes que no constituyen meras intervenciones inocuas o formales, cuya razón final no podía pasarle desapercibida en razón de su profesión y de la vasta experiencia que él mismo dijo tener.

Consistió además su rol en un despliegue de varios actos sucesivos en la controversia entre P. B. y la querellante, de manera que es posible en esta etapa sostener que no desconocía la naturaleza ilícita del accionar al que prestaba sus auxilios. Por el contrario, su participación, aunque limitada en lo concreto a los actos jurídicos precisados en el apartado II de estos considerandos, se advierte ligada a la maniobra fraudulenta en su totalidad y, obviamente, a las consecuencias derivadas de su aporte a tal empresa. Sus sucesivas contribuciones, aunque individualmente revistieran la apariencia de actos formales y legales, habrían integrado así una secuencia que hizo posible el accionar de los responsables del Haras y puso en evidencia que su actuación resultaba un eslabón esencial en la planificación y ejecución del fraude.

Por tales razones, se considera que los elementos probatorios reseñados también permiten tener por satisfecha la exigencia de mérito establecida por el artículo 306 del ordenamiento adjetivo con relación a J. A. P.

IV. De la prescripción de la acción penal:

Se ha alegado también que la acción penal derivada de la maniobra se encontraría prescripta.

Al respecto, más allá del encuadre típico que en definitiva se imponga en las etapas ulteriores del proceso, a los efectos del análisis de la vigencia de la acción penal, ha de atenderse "...a la posible calificación más gravosa que razonablemente pueda corresponderle" (CCC Sala IV, causas N° 31.099, "Aracama", rta.: 21/03/2007, 42.713/2014 "Fontanarrosa", rta.: 09/03/2016, entre otras). También en ese sentido se ha pronunciado la Cámara Federal de Casación Penal (Sala II, causa N° 9077 "Camerini", rta.: 01/04/2009; Sala III, causa N° 11.860 "Calderini", rta.: 05/08/2010 y Sala IV, causa N° 943/2013 "Pereyra", rta.: 09/12/2013).

Así, la interpretación que surge del juego armónico de los artículos 59, 62, 67 y 173 inciso 11° Cód. Penal indica que, en este caso, la prescripción de la acción penal operaría a los seis años luego de la comisión del ilícito o, en su caso, del último acto interruptivo.

Ahora bien, independientemente de la discusión en torno a los efectos perdurables de la maniobra, que continúan afectando a la damnificada, se verificaron hitos o episodios que, aun cuando supongan la integración en conductas delictivas únicas, han implicado sucesivas actualizaciones del fraude y de la intención de violar dolosamente los compromisos asumidos con R. D. y desoír a lo largo de toda esa saga, las decisiones judiciales que se dictaron para remediar el injusto.

En ese sentido, lucen como actos desbaratadores y a la vez constitutivos del renovado alzamiento contra la jurisdicción comercial, aquellos que datan del 29 de abril y 6 de agosto de 2019, mientras que el llamado a indagatoria al imputado se realizó el 20 de noviembre de 2019, razón por la cual, la acción penal se encuentra en plena vigencia.

El mismo punto de partida ha de tomarse con relación al notario J. A. P. —que ha sido convocado a prestar declaración indagatoria el 3 de noviembre de 2020—, pues tal como se desarrolló en el apartado anterior, su intervención en el suceso ha resultado indispensable ya que facilitó el perfeccionamiento de la maniobra urdida y autorizó el acto que contribuyó a tornar litigiosos los derechos sobre los bienes en cuestión. En ese marco, atenerse a las fechas de realización de los actos jurídicos en los cuales intervino personalmente implicaría desconocer su verdadero rol en una maniobra que se extendió en el tiempo con posterioridad a aquellos, a la que está ligado en su totalidad, como así también a las consecuencias que de esta se derivan.

Debe tenerse presente que la prescripción de la acción penal comienza a correr en función de la comisión de los delitos —o de su cese en el caso de los delitos continuados— (art. 63 del CP), por lo que el inicio del plazo es común a todos los partícipes, independientemente de la cronología dispar del aporte de cada uno de ellos y de la eventual aplicación individual de causales de suspensión o interrupción del término (ver en este sentido CCC Sala IV causa N° 25.160/2017/2 "Mayo", rta.: 03/10/2018).

El doctor *Divito* dijo:

En relación con el planteo de nulidad efectuado, comparto en un todo lo expresado por el colega preopinante, que se ajusta al criterio que he sostenido con anterioridad (CCC, Sala VII, causas N° 84.790/2019, "Bordigoni", rta.: 10/06/2020 y N° 62.754/2018, "Montrasi", rta.: 20/12/2019, entre muchas otras) y a las previsiones de la ley procesal, en cuanto facultan a la parte querellante a recurrir el auto de desestimación.

Respecto del fondo del asunto, he de coincidir también con la ponderación de la prueba efectuada por el juez Rodríguez Varela, para concluir en que el procesamiento de P. B. y P. merece ser confirmado. De modo similar, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la doctrina del Máximo Tribunal, "no incurre en el delito de desobediencia quien incumple órdenes relativas a intereses personales de índole patrimonial" (Fallos: 313:824), estimo que el hecho atribuido configuraría el delito de desbaratamiento de derechos acordados previsto en el artículo 173, inciso 11°, del CP.

Finalmente, teniendo en cuenta la modalidad concreta bajo la cual —en el caso— se habría ejecutado ese delito, concuerdo con lo expuesto en el voto que antecede acerca de que no puede admitirse el planteo de prescripción de la acción penal.

En ese sentido, dado que los actos orientados a tornar litigiosos los derechos de la querellante no se ciñeron, como lo ha pretendido la defensa de P. B., al plasmado en la escritura traslativa de fecha 27 de septiembre de 2013, sino que continuaron con posterioridad, mediante la supuesta enmienda de esta —de fecha 2 de junio de 2014 — y las distintas maniobras dilatorias que exhibe el expediente comercial respectivo —desarrolladas, incluso, durante el año 2019, tal como se extrae de las copias de este—, estimo que el llamado a prestar declaración indagatoria al nombrado, el 20 de noviembre de 2019, ha interrumpido el curso de la invocada prescripción.

El mismo efecto ha tenido la convocatoria a P. —de fecha 3 de noviembre de 2020—, en función de la participación que se le atribuye en la maniobra apuntada y la extensión asignada a esta.

Por estos argumentos, adhiero a la solución propuesta por el doctor *Rodríguez Varela*.

Por las razones expuestas, sin perjuicio de la calificación legal que en definitiva corresponda, el Tribunal resuelve confirmar el auto apelado, con la salvedad de que D. P. B. y J. A. P. son considerados autor y partícipe necesario, respectivamente, del delito de defraudación por desbaratamiento de derechos acordados. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase la causa mediante pase en el Sistema Lex 100, sirviendo lo proveído de muy atenta nota de envío. Se deja constancia de que el juez Mauro A. Divito integra esta Sala conforme la designación efectuada mediante sorteo del pasado 25 de agosto en los términos del artículo 7° de la Ley N° 27.439, mientras que el juez Julio Marcelo Lucini también la integra por sorteo del 9 de diciembre de 2020 realizado en los mismos términos, aunque no suscribe la presente en razón de lo dispuesto en el artículo 24 bis, último párrafo, del CPPN. — *Ignacio Rodríguez Varela. — Mauro A. Divito.*

DEFRAUDACIÓN INFORMÁTICA

Utilización ilegítima de datos de la víctima para solicitar un préstamo bancario. Procesamiento.

> No obsta para el dictado del procesamiento la imposibilidad de determinar el IP desde el que se realizó la operación primigenia pues, precisamente, se habría utilizado un sistema de "Nateo" o comunicación entre redes de datos que lo impide. Y, si bien resta aún el peritaje sobre los dispositivos incautados en el domicilio del encausado —que podría permitir establecer el modo en el que se accedió a la cuenta del denunciante—, las pruebas reunidas autorizan agravar su situación procesal en orden al delito de defraudación mediante manipulación informática, en calidad de autor, tal como propugnó el Ministerio Público Fiscal.

CNCrim. y Correc., sala IV, 16/03/2021. - M. S., M. A. s/ falta de mérito.

[Cita on line: AR/JUR/3699/2021]

CCC 41.736/2020/CA2

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 16 de 2021.

Considerando:

I. Sobre el fondo:

M. A. M. S., mediante técnicas de manipulación informática, habría accedido a la plataforma de E-Bank correspondiente a la cuenta de E. J. S. en el Banco ..., desde donde solicitó un préstamo por ciento cuarenta y nueve mil seiscientos sesenta y ocho pesos ($149.668), para lo cual utilizó los datos de usuario, contraseña y de la tarjeta de coordenadas a nombre del denunciante.

El crédito fue pedido el 28 de julio de 2020 y acreditado a las 21:50 de esa misma fecha en la caja de ahorros N° ... de la víctima, pero, a las 21:52 desde la misma plataforma, el imputado transfirió ciento sesenta y nueve mil pesos ($169.000), que comprendía el monto obtenido y los diecinueve mil trescientos doce pesos ($19.312) que tenía dicha caja de saldo, hacia una cuenta propia en la entidad financiera U.

E. J. S. fue informado vía correo electrónico por el Banco ... —donde posee una cuenta de la que es único titular— que el 5 de septiembre de 2020 se debitaría la primera cuota de ese préstamo, pero lo desconoció y denunció lo sucedido ante la entidad bancaria y la policía local, aportando copias de los extractos que le entregaron, los que reflejan los movimientos de cuenta del 28 de julio de 2020 por otorgamiento del préstamo y de débito (fs. 1/vta. y 14).

A partir de la información suministrada a fs. 30/31, se obtuvieron los datos del beneficiario de la transacción mencionada y el IP desde el cual habría sido cursada (cfr. constancia actuarial agregada a fs. 32).

En efecto, se constató que el dinero se acreditó en la cuenta que M. A. M. S. posee en la financiera U. (fs. 40/42) y que, casi en simultáneo, desde esa se cursaron otras tres transacciones. Las dos primeras a las 22:13 del mismo 28 de julio de 2020, ambas por sesenta y cinco mil pesos ($65.000) con destino a otra presuntamente del Banco .... de M. L. R. (CUIL ....) y la última a las 22:15 de ese día por treinta y nueve mil pesos ($39.000) a una de ese mismo banco y a nombre a M. V. N. (CUIL ...).

A ello se agrega que la empresa U. informó que el causante no formuló desconocimiento alguno de las operaciones realizadas en su cuenta (ver fs. 40/42).

Todas esas pruebas alcanzan las exigencias del artículo 306 del CPPN para el dictado del procesamiento de M. S.

No obsta a lo expuesto la imposibilidad de determinar el IP desde el que se realizó la operación primigenia pues, precisamente, se habría utilizado un sistema de "Nateo" o comunicación entre redes de datos que lo impide (fs. 39). Y, si bien resta aún el peritaje sobre los dispositivos incautados en el domicilio del encausado —que podría permitir establecer el modo en el que se accedió a la cuenta del denunciante—, las pruebas reunidas autorizan agravar su situación procesal en orden al delito de

defraudación mediante manipulación informática, en calidad de autor, tal como propugnó el Ministerio Público Fiscal (artículos 45 y 173, inciso 16°, del CP).

Esta figura perpetrada a través de la utilización ilegítima de datos para acceder a los fondos de la víctima y efectuar transferencias a terceros produciendo el detrimento patrimonial, puede adoptar diferentes modalidades tales como la alteración de los registros, mediante correo electrónico y duplicación de sitios web comúnmente conocido como phishing, suplantando los nombres de dominio (DNS) en el ordenador de la víctima —pharming— o incluso con falsas ofertas laborales con el propósito de utilizar las cuentas bancarias de los postulantes para desviar el dinero y poder "blanquearlo" (cfr. Horacio Fernandez Delpech, Manual de derecho informático, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 202/204).

Por ello, están reunidos los extremos del artículo 306 del CPPN, sin perjuicio de la pertinente finalización del peritaje pendiente y de las mayores indagaciones en torno a los movimientos correspondientes a la cuenta de M. S., como así también de aquellas a las que fueron derivados los fondos y el aporte por la firma U. de datos sobre el IP y plataforma desde la que se realizaron las operaciones informadas a fs. 40/42. También que el Banco ... comunique el estado o resultado de la investigación interna iniciada con motivo del desconocimiento formulado por el denunciante, cuyos dichos deberán ampliarse para que informe si conoce a alguno de los involucrados en las transacciones y brinde los datos de las personas que pudieron haber tenido acceso a sus datos o dispositivos que utiliza para ingresar al sitio web de la entidad bancaria.

II. Sobre la procedencia del dictado de medidas cautelares:

El doctor *Rodríguez Varela* dijo:

Considero que es el juez de primera instancia el que debe expedirse sobre las medidas cautelares a fin de asegurar el derecho a la doble instancia (artículos 8, inciso 2, apartado "h" de la CADH y 14.5 del PIDCP).

El doctor *Lucini* dijo:

Entiendo que, en tanto la Sala es la que está decretando el procesamiento, corresponde decidir en esta instancia respecto de las medidas cautelares pertinentes. Así voto.

El doctor *López* dijo:

Resuelta como ha quedado la cuestión relativa al fondo del asunto, mi intervención habrá de limitarse al aspecto vinculado con las medidas cautelares que pudieran disponerse como consecuencia del auto de procesamiento que habrá de dictarse en esta instancia. En este orden, coincido con lo señalado por el juez Ignacio Rodríguez Varela en cuanto a que su dictado corresponde al juzgado de origen para asegurar el derecho a la doble instancia (artículos 8, inciso 2, apartado "h" de la CADH y 14.5 del PIDCP), por lo que adhiero a su voto (de esta Sala, causa N° 35.398/20 "Labarca", rta. 16/03/2021).

Por todo ello, este Tribunal resuelve: I. Revocar la resolución recurrida II. Decretar el procesamiento de M. A. M. S., cuyas demás condiciones personales constan en autos, en orden al delito de defraudación mediante manipulación informática en calidad de autor (artículos 45 y 173, inciso 16° del CP y 306 del CPPN). III. Encomendar al juez de grado que resuelva acerca de las medidas cautelares accesorias. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase la causa mediante pase en el Sistema Lex 100, sirviendo lo proveído de muy atenta nota de envío. Se deja constancia de que el juez Julio Marcelo Lucini integra esta Sala conforme a la designación efectuada mediante sorteo del 9 de diciembre de 2020 en los términos del artículo 7° de la Ley N° 27.439, mientras que el juez Hernán Martín López también la integra por sorteo del 19 de febrero de este año realizado en los mismos términos, aunque no suscribe la presente en razón de lo dispuesto en el artículo 24 bis, último párrafo, del CPPN. — *Ignacio Rodríguez Varela*. — *Julio M. Lucini* (en disidencia parcial). — *Hernán M. López*.

PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN

Facultad del imputado de no someterse a una pericia psicológica o psiquiátrica. Derecho constitucional. Principio de incoercibilidad.

> Los agravios de la defensa merecen ser atendidos, en la medida en que la realización de una pericia psicológica y psiquiátrica al imputado, al mediar una oposición expresa y fundada por parte de su asistencia técnica, vulnera el principio de no autoincriminación consagrado en la Carta Magna. Nadie puede ser obligado por ninguna autoridad o particular a suministrar involuntariamente información que lo incrimine penalmente.

CNCrim. y Correc., sala V, 11/03/2021. - F. d. A., L. A. s/ oposición a la realización de un examen psicológico y psiquiátrico.

[Cita on line: AR/JUR/2128/2021]

CCC 47880/2020/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 11 de 2021.

Considerando:

Los agravios de la defensa merecen ser atendidos, en la medida en que la realización de una pericia psicológica y psiquiátrica a F. D. A., al mediar una oposición expresa y fundada por parte de su asistencia técnica, vulnera el principio de no autoincriminación consagrado en la Carta Magna (art. 18 de la CN; ver también, art. 296 del CPPN).

Dicha garantía supone, entre otras cosas, la libertad que tiene cualquier persona que sea sometida a un proceso penal a declarar o guardar silencio, sin que ello genere una presunción en su contra. Al respecto, dado que, para concretar la realización de un estudio de dicha naturaleza se requiere de la participación activa del causante, su negativa expresa impide que se lo constriña a llevarlo adelante.

Es que el estudio ordenado importa considerarlo sujeto de prueba (como se señaló, resulta indispensable su participación activa, dado que debe aportar datos de su fuero íntimo que, eventualmente, podrían perjudicarlo). Obligarlo a colaborar en esa diligencia, frente a su negativa, no solo vulneraría el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, sino que también podría menoscabar su privacidad (ver, en este sentido, de esta Sala, causa N° 41.403/2005, "Alfonso", rta. 21/09/2017, y citas allí volcadas).

Si bien resulta una facultad discrecional de la jueza ordenar su realización, la medida tiene un límite en los derechos constitucionales aludidos, y el imputado no se encuentra obligado a colaborar en ella contra su voluntad. Lo contrario traduciría avalar una compulsión —física o moral— para obtener declaraciones, lo que se encuentra, por supuesto, vedado (ver, CSJN, Fallos: 326:3758, citado en Pitlevnik, Leonardo, "Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 279).

En esta línea, nadie puede ser obligado por ninguna autoridad o particular a suministrar involuntariamente información que lo incrimine penalmente (ver, Jauchen, Eduardo M., "Derechos del Imputado" (2007), 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 204).

Según el principio de incoercibilidad del imputado, que tiene su base en el art. 18 de la Carta Magna (ver también, art. 8, inc. 3, de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, art. 14, inc. 3 "g", del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 75, inc. 22, CN), no es permisible, de manera alguna, constreñir a un individuo a brindar información, porque nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Se alude no solo a "sus manifestaciones confesorias concretas sino toda clase de aporte de cualquier tipo de elemento, sea material, documental, expresivo, gestual, etcétera, que pueda comprometerlo en su situación frente a la atribución delictiva que se le realiza" (Jauchen, "Derechos del Imputado", ob. cit., ps. 401/402).

En función de lo expuesto, el Tribunal resuelve: Revocar el auto traído a estudio, en cuanto fue materia de recurso. El juez Ricardo Matías Pinto no interviene en función de lo previsto en el art. 24 bis, *in fine*, del CPPN, al haberse conformado la mayoría y en función de la situación de emergencia. Notifíquese a las partes, comuníquese mediante DEO al juzgado de origen y devuélvase mediante pase en el "Sistema Lex 100". Sirva la presente de muy atenta nota. — *Rodolfo Pociello Argerich. — Hernán M. López.*

ACCIDENTE DE TRABAJO

Incendio de buque. Fallas en la seguridad técnica. Responsabilidad de la ART.

1. — Los cumplimientos de las disposiciones reglamentarias no se agotan en la fiscalización del efectivo y real adiestramiento de la tripulación en temas de seguridad, pues lo que falló en el caso fue la seguridad del aspecto técnico de la embarcación y que se enmarcan en el art. 4° de la ley 24.557.

2. — Si bien la LRT impone deberes de "colaboración" que incluyen a los trabajadores, en modo alguno puede ponerse en cabeza del dependiente la responsabilidad por la ausencia o mal estado de los elementos de seguridad y de prevención. Ello es incumbencia exclusiva y excluyente del empleador y de la aseguradora de riesgos del trabajo, y constituye una responsabilidad inexcusable.

3. — La aseguradora debería haber tenido cabal conocimiento de las condiciones en que se encontraba el buque donde el actor laboraba y, particularmente, el estado de los elementos de seguridad, y dicha información debía haberse incorporado a la causa, como complementaria de las negativas formuladas en su responde.

4. — La aseguradora de riesgos concurre con las restantes codemandadas a la causalidad del daño, por la omisión de conductas impuestas legalmente y cuyo cumplimiento, seguramen-

te hubieran conculcado el riesgo y las situaciones que originaron las secuelas incapacitantes.

5. — El Estado ha delegado en las aseguradoras de riesgos de trabajo todo lo relativo al control y sujeción de los empleadores a las normas de higiene y seguridad, imponiéndoles a estos gestores privados del sistema diversas obligaciones de control y supervisión. Se genera así, una ampliación de los sujetos responsables, de modo tal que deja de ser el empleador el único sujeto obligado en materia de prevención de riesgos laborales, por lo cual la omisión o cumplimiento deficiente de aquella función "cuasiestatal" genera la responsabilidad de la ART, cuando se comprueba un nexo de causalidad adecuada con el daño sufrido por el trabajador.

CNCrim. y Correc., sala VI, 05/03/2021. - S., G. c. Galeno ART SA y otro s/ accidente acción civil.

[Cita on line: AR/JUR/1541/2021]

Expte. N° 13.783/2014

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 5 de 2021.

La doctora *González* dijo:

I. Llegan las actuaciones a conocimiento de esta Sala, para dilucidar los recursos de apelación deducidos por las partes actora y codemandada Galeno ART SA, de acuerdo a sendos memoriales obrantes a fs. 262/264 y fs. 266/278, respectivamente.

II. No se encuentra controvertido en la causa el acaecimiento de un accidente, cuya victima (entre otros) fue el actor, mientras se encontraba embarcado en la nave B/T Polaris, trabajando para la codemandada Operadores Marítimos SA. El evento dañoso tuvo lugar el 12/08/2011. De acuerdo al relato inicial, la nave colisionó con el remolcador de empuje "Cavalier VII", lo que produjo un incendio de magnitud tal, que tanto el actor como sus compañeros de trabajo, frente al riesgo inminente de una explosión, se vieron forzados a abandonar la nave, arrojándose al agua, pues los botes salvavidas de los pescantes se trabaron. En medio de la confusión y desorden que reinaba, el actor se dirigió a nado hacia los juncos de la costa argentina (800 metros) donde se mantuvo a flote hasta que fue rescatado por una lancha de pescadores. Añade que en el siniestro fallecieron dos compañeros. Dice que, por el trauma psicológico derivado de la situación vivida, fue tratado por cuenta de la ART quien, sobre la base de la estimación de una incapacidad del 11.50% según el dictamen de la Comisión Médica, la suma de $213.310,06.- en septiembre del año 2012.

Por considerar que la incapacidad que padece es mayor, y porque entiende que en el caso les compete responsabilidad civil a ambas codemandadas, viene a reclamar las diferencias a su favor.

La sentencia de primera instancia, que hizo lugar a los reclamos de S., se encuentra consentida por la codemandada empleadora.

III. Por razones de buen método, trataré de inicio los agravios de la ART codemandada.

Se queja Galeno, porque sostiene que no está demostrado en autos incumplimiento alguno de su parte, y que el actor no formula imputaciones específicas en su demanda.

No le asiste razón. Sin perjuicio de señalar que no es cierta su afirmación, pues de la lectura del libelo de inicio se extrae, justamente, lo contrario (v. fs. 9 vta./10 vta.), la postura asumida por la pretensora es improcedente. En efecto, entre otras expresiones, se pone de manifiesto que los cumplimientos de las disposiciones reglamentarias no se agotan en la fiscalización del efectivo y real adiestramiento de la tripulación en temas de seguridad, pues lo que falló en el caso fue la seguridad del aspecto técnico de la embarcación, vgr. no poder desenganchar el bote salvavidas porque estaba trabado. Y que "...en el caso particular de autos, la aseguradora de riesgos de trabajo codemandada resulta responsable directa y solidariamente, en tanto incumplió con una de las obligaciones fundamentales previstas en el régimen legal en el que pretende amparase. El art. 4 de la Ley 24.557 en cuanto impone "adoptar las medidas lealmente prevista para prevenir eficazmente los riesgos de trabajo" (...) la aseguradora demandada estaba obligada a implementar todas las medidas preventivas acordes y propias a la actividad de que se trate, en el aso, explotación de un buque petrolero (...) No efectuó planes de prevención ni instruyo a los trabajadores respecto de la evacuación ordenada y segura de los tripulantes frente a casos de siniestros propios de la actividad navegatoria y particularmente más peligrosos por tratarse del transporte e sustancias inflamables y explosivas. En este sentido nunca comprobó que estuvieran efectivamente adiestrados. La prueba de ello es que el abandono del buque ante el siniestro fue en forma anárquica y ordenada, sin que existía la alarma de un zafarrancho concreto, sin poder arriar los botes salvavidas (...) El mencionado plan de acción o d mejoramiento deben ser acordes al tipo de actividad y encuadre. La ART demandada, no solamente no efectuó los planes de prevención, sino que tamp9oco efectuó inspecciones apropiadas y eficientes en relación a las condiciones de seguridad a bordo y la efectiva provisión de elementos de seguridad y maniobras de evacuación o abandono en forma ordenada y segura

de modo tal de evitar o, al menos disminuir el riesgo padecido por el actor".

Como puede observarse, el planteo es falaz, desde que las imputaciones concretas se encuentran articuladas en la demanda.

Tampoco luce admisible su postura, en cuanto pretende exonerar su responsabilidad al efectuar críticas que involucran al actor quien, a su modo de ver, también estaba sujeto a adoptar medidas de prevención. Así, expresa en su escrito recursivo que "Pero, si quedaba alguna duda respecto a que el trabajador queda también comprendido en dicho precepto como sujeto pasivo de la obligación de adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos de trabajo; basta remitirse al art. 31, apartado 3, incisos b) y c) de la Ley 24.557, en los que se impone al trabajador, no solo la obligación de cumplir con las normas de seguridad e higiene, incluyendo al plan de mejoramiento; sino también la de informar al empleador "...los hechos que conozcan relacionados con los riesgos del trabajo...". Conforme al criterio indicado, no cabe duda alguna, entonces, que —para el hipotético caso en que VE entendiere que resulta posible extraer de la norma legal en examen un supuesto de atribución de responsabilidad subjetiva extraña al sistema prestacional que regula la LRT— tal como lo hace el sentenciante de grado, el primer responsable por las consecuencias del hecho dañoso sufrido sería la propia actora, al incumplir aquel la obligación genérica de adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo y que le impone la misma norma en la que se pretende fundar la responsabilidad de la ART".

Tal postulación, además de equivocada, es inmoral. No soslayo que la normativa impone deberes de "colaboración" que incluyen a los trabajadores, pero en modo alguno puede ponerse en cabeza del dependiente la responsabilidad por la ausencia o mal estado de los elementos de seguridad y de prevención. Ello es incumbencia exclusiva y excluyente del empleador y de la aseguradora de riesgos del trabajo, y constituye una responsabilidad inexcusable (conf. ley 24.557, ley 26.773, Código Civil de la Nación ley 340 —vigente a la época de los hechos en debate—, Nuevo Código Civil y Comercial), salvo que mediare culpa grave (cuasi delito) del trabajador, y sin perjuicio de la colaboración que pueda involucrar su accionar, si observa o advierte alguna irregularidad o faltante.

Desde esa óptica, es digno de mención que, como es sabido, son obligaciones de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, entre otras, realizar la evaluación periódica de los riesgos existentes en las empresas afiliadas y su evolución, efectuar los exámenes médicos periódicos para vigilar la salud de los trabajadores expuestos a riesgo, visitar periódicamente a los empleadores para controlar el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo, promover la prevención, informando a la SRT acerca de los planes y programas exigidos a las empresas, mantener un registro de siniestralidad por establecimiento, controlar la ejecución del Plan de Acción de los empleadores y denunciar ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo los incumplimientos, brindar asesoramiento y asistencia técnica a los empleadores y a sus trabajadores en materia de prevención de riesgos del trabajo y denunciar los incumplimientos de los empleadores a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (https://www.argentina.gob.ar/srt/art/funcion-de-las-art-ea).

Cabe precisar que todas las acciones reseñadas precedentemente, que se encuentran en cabeza de las ART, las obligan a velar por el cumplimiento de sus deberes, de lo que se sigue que tal responsabilidad no les es ajena. Por otra parte, y, como se ha visto, las obligaciones a cargo de la ART previamente reseñadas, no se advierten satisfechas por parte de Galeno ART SA en el caso sub-examine.

Forzoso es recordar que, como vengo sosteniendo en causas análogas, en los procesos de daños se ha de poner en juego el principio de la carga dinámica de la prueba (conf. art. 1735 Nuevo Código Civil y Comercial). En ese sentido, frente a sus desconocimientos, la ART se encontraba en mejor situación para probar la sinrazón de las afirmaciones del actor. La carga dinámica de la prueba constituye la aplicación de los principios básicos del debido proceso y, entre ellos, tiene especial importancia el de igualdad: si a una de las partes le resulta imposible o muy difícil probar mientras que a la otra le es sumamente simple, será esta última quien debe traer los elementos en que funde su pretensión, defensa o excepción; de esa forma se evita la "indiferencia a las diferencias", usando palabras de Ferrajoli.

Por lo tanto, a partir del cumplimiento de las obligaciones reseñadas "*ut supra*", la aseguradora debería haber tenido cabal conocimiento de las condiciones en que se encontraba el buque donde el actor laboraba y, particularmente, el estado de los elementos de seguridad (vgr. botes salvavidas), y dicha información debía haberse incorporado a la causa, como complementaria de las negativas formuladas en su responde. Así, debió decir expresamente con qué referencias y resultados de inspecciones contaba en su poder —contrarias a las aseveraciones de la parte actora— relativas a las condiciones en que se encontraba el buque petrolero B/T Polaris. Lo que, en vista de lo expuesto, se ha omitido.

De acuerdo a ello, no tengo la menor duda de que la aseguradora no ha cumplido eficazmente su deber de prevención, nacido del art. 4 LRT, lo que deriva en la existencia de omisiones justificantes de la responsabilidad civil concurrente en los términos del citado art. 1074 del Cód. Civil. Como se trata del olvido de obligaciones de alcance legal y se verifica una suficiente y eficiente relación de causalidad entre las omisiones de la ART y las afecciones del actor, entiendo activada la responsabilidad —concurrente con la de la causadora directa del daño— del art. 1074 del Cód. Civil. En otras palabras, la aseguradora de riesgos concurre con las restantes codemandadas a la causalidad del daño, por la omisión de conductas impuestas legalmente y cuyo cumplimiento, insisto, seguramente hubieran conculcado el riesgo y las situaciones que originaron las secuelas incapacitantes.

En definitiva y como corolario de lo aquí analizado, el agravio que se trata deberá desestimarse, y así lo dejo propuesto.

IV. Tampoco luce admisible la queja que trasluce su disconformidad por haber sido condenada por responsabilidad civil, al expresar que "el único contrato de afiliación suscripto entre mi mandante y la demandada por los riesgos de accidente del trabajo, exclusivamente ampara las contingencias establecidas en el sistema de riesgos del trabajo, y de ninguna manera puede extenderse su garantía a sistemas reparatorios expresamente prohibidos por ley (art. 39° Ley 24.557).

Soslaya la recurrente que en la sentencia de grado se declaró la inconstitucionalidad de la mencionada norma. En esa dirección, deviene inverosímil y hasta casi obsceno, pretender exculparse según el argumento de que la empleadora era quien debía adoptar las medidas de seguridad. La ART es obligada primigenia por ser coautora de la omisión de adoptar las medidas preventivas para evitar infortunios como el que se trata en el *sub lite*.

Sobre el particular, repárese que el Estado ha delegado en las aseguradoras de riesgos de trabajo todo lo relativo al control y sujeción de los empleadores a las normas de higiene y seguridad, imponiéndoles a estos gestores privados del sistema diversas obligaciones de control y supervisión (art. 18 decreto 170/1996). Se genera así, una ampliación de los sujetos responsables, de modo tal que deja de ser el empleador el único sujeto obligado en materia de prevención de riesgos laborales, por lo cual la omisión o cumplimiento deficiente de aquella función "cuasi— estatal" genera la responsabilidad de la ART, cuando se comprueba un nexo de causalidad adecuada con el daño sufrido por el trabajador (art. 901, 902 y 904 Cód. Civil).

Por lo demás, se debe recordar que, en acciones por accidente fundadas en normas de derecho común, si bien el reclamante tiene a su cargo aportar las pruebas necesarias, de modo tal que el juez pueda evaluar si en el caso mediaron algunos de los presupuestos que prevén los arts. 1113, 1109, 1074 y conc. del Cód. Civil de Vélez (invocado por el actor como fundamento normativo de su demanda) el hecho se encuentra reconocido, lo que torna abstracta la imposición legal.

Sentado ello, es menester destacar que la "obligación de seguridad" que recae sobre las ART, proviene del principio protectorio enunciado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, representada en diversas conductas a seguirse: control, asesoramiento, capacitación, asistencia y vigilancia en materia de prevención de infortunios del trabajo. Dicho principio dispone que las leyes deben asegurar al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, sumándose a ello todo lo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para el que uno de los más antiguos aspectos de sus estándares en el campo laboral fue el de asegurar que las condiciones de trabajo resultasen, a la vez, seguras y saludables.

En esas condiciones, la demandada resulta responsable civilmente por haber omitido observar sus obligaciones, lo que ha devenido en el daño que padece el accionante (conf. arg. arts. 1074, 512, 1081, 1109 y conc. del Cód. Civil).

En función de lo expuesto, auspicio desechar los argumentos aquí dilucidados, por improcedentes. Al tiempo que tengo por tratado también el tercer agravio de la pretensora, que también se debe rechazar. Así lo voto.

V. Seguidamente, expone su desacuerdo con relación al quantum indemnizatorio fijado en grado, por considerarlo excesivo e irrazonable.

No le asiste razón. Prima facie, omite ponderar la recurrente que el juez *a quo* explicita con absoluta claridad de qué modo arriba al monto que difiere a condena, lo que da por tierra su planteo en cuanto a la "irrazonabilidad" que imputa.

Sin perjuicio de ello y, de acuerdo a mi modo de ver, la utilización de los parámetros del fallo citado es únicamente indicativa. Abona tal parecer, que en la medida en que no se trata de una acción forfataria ni tarifada, los jueces no están sujetos a fórmulas matemáticas para determinar una reparación integral fundada en normas del derecho civil, sino que tal estimación queda sujeta a los criterios que emanan de su sana crítica.

Valorar daño es una tarea compleja, dado que importa una actividad previa que se relaciona con el conocimiento que debe tener o tiene el juez antes del caso puesto a resolver, respecto del contenido *in abstracta* de cada rubro factible de ser resarcido. Es a partir de esa tarea de ilustración, que se llega a una conclusión propia, la que permite conceptualizar cual es el contenido en particular de cada daño resarcible. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "El valor de la vida humana no resulta apreciable tan solo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres" (A. 436. XL; Recurso de hecho: "Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL, del 8 de abril de 2008), en la cual el Alto Tribunal también señaló que "La incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a este un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable".

Acorde con lo expuesto, debo añadir que conforme la doctrina que se desprende de numerosos fallos de la CSJN (vgr. "Aquino c. Cargo", citado anteriormente, "Cura c. Frigorífico Rizoma SA", del 14/06/2005 y, este último, con la ratificación y remisión del pronunciamiento en "Recurso de Hecho deducido por Giomon SRL en la causa "Roldán, Germán E. c. Giomon SRL y otro", del 07/08/2012), un reclamo amplio debe encontrar respuesta en una reparación que involucre aspectos tales como el daño moral, la pérdida de "chance" cuando las afecciones priven o limiten a la víctima de posibilidades de acceso a determinados trabajos, el lucro cesante como pérdida de ganancias. En el fallo aludido, el máximo tribunal cita como fundamento de su decisión tratados en materia de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Desde esa perspectiva, estimo que el monto de la reparación patrimonial con base en el derecho común, establecido en la sentencia de primera instancia, luce razonable y adecuado, por lo que cabe su confirmación.

De tal modo y de compartirse mi criterio, no prosperará el agravio de ART en este tramo.

VI. Con relación a la controversia planteada por la aseguradora respecto de los intereses, no será admitida.

De conformidad con lo dispuesto por esta Sala en autos: "Ibarra Braian Germán (1253) c. Provincia Art SA s/ accidente - ley especial" (Expte. 14.595/2016), del 07/10/2019, a cuyos fundamentos me remito en homenaje a la brevedad, los intereses deben computarse desde la fecha del accidente.

Ello así, en un todo conforme con lo establecido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable; los tratados internacionales de Derechos Humanos contemplados en el artículo 75 inciso 22 del mencionado cuerpo legal; el artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y los artículos XIV y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que contemplan el derecho a la integridad personal en los aspectos físico, psíquico y moral.

En ese contexto, esos derechos deben ser reconocidos y resguardados por esta jurisdicción, del único modo posible, es decir reconociendo los accesorios durante el lapso que corre desde el infortunio y hasta la efectiva satisfacción del crédito reconocido a la víctima o, en caso de enfermedad profesional desde la fecha de toma de conocimiento de la incapacidad o de la primera manifestación invalidante.

En función de lo cual, el inicio del cómputo de los intereses sobre el capital de condena fijado en grado, debe ser confirmado.

Con relación a la tasa, también cabe desestimar la queja. Los jueces son soberanos para ponderar y fijar, asimismo, los intereses compensatorios que devengará el capital de condena. Tal facultad no puede ser cuestionada.

Dicho ello, esta Cámara, mediante el Acta 2601 del 21 de mayo de 2014 estableció, como criterio a seguir, que los créditos emergentes de las relaciones individuales del trabajo deben actualizarse, desde su exigibilidad, mediante la utilización de la tasa nominal anual que el Banco de la Nación Argentina aplica para préstamos de libre destino, en un plazo de 49 a 60 meses. Más tarde se adecuó, mediante el Acta 2630/2016, fijándola en el 36% anual (Acta 2630/2016) y, desde el 1° de diciembre de 2017, la Tasa activa efectiva anual vencida, Cartera General Diversas, del Banco Nación (conf. Acta CNAT N° 2658 del 8/11/2.017).

En la medida en que esta Sala viene adhiriendo a lo resuelto por este cuerpo en las distintas actas citadas,

deberá mantenerse lo dispuesto en primera instancia y fijar los intereses según las disposiciones referidas.

VII. Resta tratar el agravio del memorial de la parte actora, respecto del modo de detracción del monto ya abonado, con respecto al capital de condena.

Tal como se denuncia en el libelo de inicio, por lo que no resulta una cuestión controvertida, el actor ya percibió por parte de la aseguradora de riesgos del trabajo la suma determinada según el dictamen de la Comisión Médica Central.

Desde ese orden, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico el acreedor no está obligado a aceptar pagos parciales de sus créditos en cuanto se debe cumplir con el "principio de integridad de pago", deviene aplicable en la especie la disposición del art. 903 del Cód. Civ. y Comercial (Pago a cuenta de capital e intereses. Si el pago se hace a cuenta de capital e intereses y no se precisa su orden, se imputa en primer término a intereses, a no ser que el acreedor dé recibo por cuenta de capital), art. 900 (Imputación por el deudor. Si las obligaciones para con un solo acreedor tienen por objeto prestaciones de la misma naturaleza, el deudor tiene la facultad de declarar, al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas debe entenderse que lo hace. La elección debe recaer sobre deuda líquida y de plazo vencido. Si adeuda capital e intereses, el pago no puede imputarse a la deuda principal sin consentimiento del acreedor) y concordantes —normas anteriormente reflejadas en el Cód. Civil de Vélez (Art. 776. Si el deudor debiese capital con intereses, no puede, sin consentimiento del acreedor, imputar el pago al principal. Art. 777. El pago hecho por cuenta de capital e intereses, se imputará primero a los intereses, a no ser que el acreedor diese recibo por cuenta del capital).

En ese contexto, va de suyo que el actor se encontraba legitimado para rechazar el pago insuficiente que consideraba insuficiente —tal como ha quedado determinado en esta instancia jurisdiccional—.

Siendo así, corresponde imputar el pago oportunamente efectuado por la ART demandada a los intereses devengados desde la fecha del accidente (atento la naturaleza del siniestro padecido, que produjo en ese mismo momento la consolidación jurídica del daño, por tratarse de la amputación del dedo índice de la mano izquierda) teniendo en cuenta la tasa que arribó firme a esta Alzada.

En consecuencia, el procedimiento a seguir para liquidar será el siguiente: al monto de condena se cargarán intereses hasta la fecha del pago realizado en sede administrativa, en que se detraerá el monto abonado. El saldo ganará las correspondientes utilidades hasta el efectivo pago.

Por consiguiente, de compartirse mi juicio, auspicio que el capital de condena se determine según el conducto propuesto, en el momento procesal del art. 132 de la ley de rito.

VIII. La demandada recurre por altos los honorarios de los peritos y la letrada apoderada del actor.

Teniendo en cuenta la extensión e importancia de los trabajos realizados por dichos profesionales, en mi criterio, los emolumentos fijados en grado resultan justos y adecuados y no deben ser objeto de corrección (conf. Art. 38 LO, ley 21.839 y demás normas arancelarias).

IX. Las costas de Alzada deberán ser soportadas por la recurrente (conf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

X. Por lo expuesto en mi voto, propongo que se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto pronuncia condena; oportunamente, se detraigan el importe percibido por el actor, de acuerdo al mecanismo fijado en el considerando VII; imponer las costas de Alzada a Swiss Medical ART SA y regular los honorarios correspondientes a los profesionales que suscriben los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia previa (art. 30 ley 27.423).

El doctor *Pesino* dijo:

Que por análogos fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1. Confirmar la sentencia de grado en cuanto pronuncia condena. 2. Disponer que la suma percibida oportunamente por el actor se tome a cuenta de acuerdo a lo resuelto en el considerando VII. 3. Imponer las costas de Alzada a Galeno ART SA. 4. Fijar los honorarios correspondientes a los profesionales que suscriben los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia previa. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° Acordada CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y oportunamente, devuélvase. — *María D. González. — Víctor A. Pesino.*

COMPETENCIA

Utilización fraudulenta de la clave fiscal para emitir facturas ante los registros de la AFIP. Actuaciones que se deben remitir a la justicia federal.

Se debe revocar la decisión de la instancia anterior que no hizo lugar al pedido de incompetencia a favor de la justicia federal, pues

> mantener la competencia de la justicia ordinaria cuando a primera vista se observa que es incompetente —con motivo de la utilización fraudulenta de la clave fiscal de la víctima para, en este caso, emitir facturas fraudulentas ante los registros de la AFIP, entorpeciendo el normal funcionamiento y buen servicio que prestan sus empleados—, desnaturalizaría la regla de competencia del art. 33 del Cód. Proc. Penal y afectaría la garantía constitucional del juez natural (art. 18, CN).

CNCrim. y Correc., sala VI, 05/03/2021. - NN s/ incompetencia.

[Cita on line: AR/JUR/2838/2021]

CCC 41310/2020/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 5 de 2021.

Considerando:

I. Intervengo en la apelación interpuesta por la fiscalía contra la decisión de la instancia anterior que no hizo lugar al pedido de incompetencia a favor de la justicia federal postulado.

II. R. N. H. C. denunció que posee junto a su hermano una sociedad de hecho denominada "H. U. R. M. y H. U. B. S. H." dedicada al comercio de mercadería "polirrubro" y que, en el mes de septiembre pasado, tomó conocimiento que autores desconocidos habrían accedido ilegítimamente a su cuenta de la Administración Federal de Ingresos Públicos, activado el "punto de venta 4" y expedido ilegítimamente 85 facturas apócrifas a nombre de la sociedad —en el período del 23 de mayo de 2018 y el 19 de febrero de 2019—, por un monto total de $4.894.153,48.

III. El agente fiscal solicitó la declaración de incompetencia en razón de la materia a favor del fuero federal, al entender que —al margen de las posibles implicancias para el Régimen Penal Tributario—, dado que la operatoria habría implicado el ingreso ilegítimo y fraudulento a la cuenta de la Sociedad en el sistema informático de la AFIP para el expendio de facturas falsas, se habría afectado el normal funcionamiento de dicha institución nacional.

Lo expuesto no tuvo acogida favorable por la magistrada de la instancia anterior, quien lo consideró prematuro.

IV. Tal como sostuve en la causa de la Sala V de esta Cámara, N° 42.603/14, "Giménez, Á. G. s/ estafa", rta. el 11/02/2015, entiendo que mantener la competencia de la justicia ordinaria cuando a primera vista se observa que es incompetente —con motivo de la utilización fraudulenta de la clave fiscal de la víctima para, en este caso, emitir facturas fraudulentas ante los registros de la AFIP, entorpeciendo el normal funcionamiento y buen servicio que prestan sus empleados—, desnaturalizaría la regla de competencia del art. 33 del CPPN y afectaría la garantía constitucional del juez natural (art. 18 C.N.).

En dicho precedente se señaló que "la Administración Federal de Ingresos Públicos —AFIP—, es una entidad autárquica en el orden administrativo, en lo que se refiere a su organización y funcionamiento, y actúa bajo la superintendencia general y control de legalidad que ejerce sobre ella el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, además es un ente de ejecución de la política tributaria y aduanera de la Nación. Por tanto, la inserción de falsedades en sus registros —tal como los supuestos traídos a consideración— tiene efectiva entidad para afectar su normal funcionamiento y el buen servicio de sus empleados, presupuestos de la competencia de excepción conforme lo dispuesto en el artículo 33 inciso 1°, apartado "c" del CPPN".

En razón de lo expuesto, al compartir lo expuesto por la Fiscalía de Cámara en su dictamen al cual cabe remitirse por economía procesal, corresponde remitir las actuaciones a conocimiento de la justicia federal.

En consecuencia, resuelvo: Revocar la decisión de la instancia anterior que no hizo lugar al pedido de incompetencia a favor de la justicia federal postulado. Regístrese, notifíquese y devuélvanse las presentes al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío. — *Ricardo M. Pinto.*

COSTAS EN EL PROCESO PENAL

Sobreseimiento de los imputados. Exención sin fundamento hacia la parte vencida. Nulidad.

> El pronunciamiento relativo a las costas que se aparta del principio general de la derrota contiene un vicio insalvable que impide mantenerlo como acto jurisdiccional válido, toda vez que el deber de motivación encuentra basamento en la forma republicana de gobierno e impone a los funcionarios la obligación de argumentar su intervención de manera coherente **[1].**

CNCrim. y Correc., sala VI, 10/03/2021. - F., M. G. y otro s/ costas.

[Cita on line: AR/JUR/2698/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Organización Brandsen Asesores de Seguros SA c. Administración Federal de Ingresos Públicos – DGI", 19/04/2011, Fallos: 334:396, AR/JUR/12901/2011, sostuvo que es nula la exención de costas sin fundamento.

CCC 62280/2019/CA2

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 10 de 2021.

Considerando:

I. Convoca la atención de este tribunal la apelación interpuesta por las defensas de M. G. F. y R. G. F. contra el punto III del auto del 17 de febrero pasado que impuso, tras sobreseerlos en los términos del artículo 336 inciso 3° de lo Código Procesal Penal de la Nación, las costas en el orden causado.

II. Los recurrentes postulan que la decisión carece de fundamentación en lo que hace a las costas, toda vez que el juez *a quo* no ha expresado siquiera mínimamente los motivos que lo llevaron a apartarse del principio general.

III. El artículo 531 del código de rito establece que las costas deben ser afrontadas por la vencida, pues "será la responsable de cargar con el financiamiento del proceso y, consecuentemente, la obligada a afrontar los gastos producidos durante su tramitación..." (Navarro, Guillermo Rafael - Daray, Roberto Raúl, "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial"; Tomo 2, Ed. Hammurabi, 1° edición, Buenos Aires, 2004, p. 1305).

Al disponer el sobreseimiento de F., F. y de su consorte de causa, el magistrado de primera instancia únicamente expresó que "(...) [p]or considerar que existieron razones plausibles para litigar, he de apartarme del principio general del art. 531 del CPP y dispondré que las costas sean computadas según el orden causado habiendo tenido la querella razones plausibles para querellar", lo que revela que no fundamentó por qué se apartaba de aquella regla, contrariando, así, lo prescripto en el artículo 123 del ritual.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "...conforme al art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el principio general es la imposición de las costas al vencido, y solo puede eximirse de esa responsabilidad —si hay mérito para ello mediante un pronunciamiento expreso acerca de dichas razones, bajo pena de nulidad" y que "si es nula la exención de costas sin fundamento, resulta contrario a la lógica interpretar que el silencio de la sentencia sobre ese punto implique su pago en el orden causado, pues entonces el mero silencio podría constituir una vía indirecta para evitar la nulidad derivada de disponer la exención sin causa explícita." (O. 237. XLII; "Organización Brandsen Asesores de Seguros SA c. Administración Federal de Ingresos Públicos - DGI s/ impugnación de deuda" rta. el 19/04/2011, Fallos: 334:396).

El deber de motivación encuentra basamento en la forma republicana de gobierno (artículo 1° de la Constitución Nacional) e impone a los funcionarios la obligación de argumentar su intervención de manera coherente.

Se ha sostenido que "la forma republicana de gobierno (art. 1°, CN) impone a todos los funcionarios —los fiscales lo son— expresar los fundamentos y razones de sus actividades, pues no hay otra forma de verificar si cumplen con su tarea y hacer efectiva su responsabilidad en caso contrario" y que "el control de motivación de los requerimientos del MF está en manos de los jueces y debe ser ejercido de manera que no se afecten otros derechos del imputado (...)" (D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", Abeledo-Perrot, año 2012, Buenos Aires, p. 147).

En definitiva, el pronunciamiento relativo a las costas contiene un vicio insalvable que impide mantenerlo como acto jurisdiccional válido (cfr. *mutatis mutandi* Sala VI, causa N° 39.866/2017 "Cardone, P. L. y otros", rta. el 07/08/2018 con cita de la N° 16.852/2010 "Graciano, E." rta. el 14/05/2014), por lo que el Tribunal resuelve: Declarar la nulidad del punto III del auto del 17 de febrero de 2021 en cuanto impuso las costas en el orden causado. Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío. El juez Ricardo Matías Pinto, subrogante de la vocalía N° 8 de esta Cámara, no interviene en función de lo previsto en el artículo 24 bis del CPPN. — *Magdalena Laíño. — Julio M. Lucini.*

PROCEDIMIENTO PENAL

Imputada que reside en la República Federativa de Brasil. Declaración indagatoria materializada mediante videoconferencia.

1. — Garantizada la intervención, asistencia y representación de la imputada en el proceso, no procede encomendar la averiguación de su paradero en virtud de que existen medios para localizarla y materializar, previo acreditarse

fehacientemente su identidad, la declaración indagatoria que se encuentra pendiente.

2. — En tanto las actuaciones han sido digitalizadas y la imputada cuenta con asistencia letrada, el Tribunal estima que el acto procesal pendiente se podrá llevar a cabo en forma remota, sin necesidad, al menos momentáneamente, de que tenga que regresar al país, habida cuenta de las limitaciones que rigen en los pasos fronterizos con motivo de la situación de pandemia global.

3. — La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con anterioridad a la situación particular del virus "COVID-19", mediante su acordada 20/2013, del 2 de julio de 2013, ha previsto la posibilidad de materializar las declaraciones no solo de testigos o peritos sino de imputados mediante el procedimiento de la videoconferencia, en casos en "que no sea oportuno o posible que quien deba comparecer acuda personalmente a la sede del tribunal". Tal procedimiento fue nuevamente avalado con motivo del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado durante el año 2020 por el Gobierno nacional, mediante las acordadas números 6/2020, 12/2020 y 14/2020 del más Alto Tribunal, al contemplarse la utilización de la videoconferencia como herramienta para obtener las declaraciones en un proceso.

CNCrim. y Correc., sala VII, 08/03/2021. - B. d. O., A. C. s/ paradero. Estafa.

[Cita on line: AR/JUR/1964/2021]

CCC 7271/2020/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 8 de 2021.

Vistos:

La representante del Ministerio Publico Fiscal apeló la decisión fechada el 23 de diciembre de 2020, mediante la cual se ordenó la averiguación del paradero y la posterior citación de A. C. B. de O.

Al sistema de gestión integral de expedientes judiciales "Lex 100" se incorporó el memorial respectivo y un escrito digitalizado de la defensa oficial, mediante el que solicitó la homologación de lo decidido, de modo que el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

De las constancias del legajo surge que B. de O., cuya declaración indagatoria se ha ordenado, reside desde el mes de febrero de 2019 en la República Federativa de Brasil.

Por otro lado, el 11 de diciembre de 2020, mediante una comunicación emitida desde la dirección de correo electrónico, la nombrada expuso su deseo de someterse al proceso y a tal efecto brindó el número telefónico.

A partir de ello, en tanto las actuaciones han sido digitalizadas y la imputada cuenta con asistencia letrada, el Tribunal estima que el acto procesal pendiente se podrá llevar a cabo en forma remota, sin necesidad, al menos momentáneamente, de que tenga que regresar al país, habida cuenta de las limitaciones que rigen en los pasos fronterizos con motivo de la situación de pandemia global (ver en este sentido causa número 17.891/18 "Gutiérrez Sanabria, D. C.", del 20 de noviembre de 2020).

Al respecto, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aun con anterioridad a la situación particular del virus "Covid-19", mediante su Acordada 20/2013, del 2 de julio de 2013 (Expediente N° 2267/13), ha previsto la posibilidad de materializar las declaraciones no solo de testigos o peritos sino de imputados mediante el procedimiento de la videoconferencia, en casos en "que no sea oportuno o posible que quien deba comparecer acuda personalmente a la sede del tribunal".

De otro lado, esta Sala ha sostenido que "sobre la base de un juicio de razonabilidad, podrá concretarse, en su caso, mediante el aludido sistema, según la reglamentación que acompaña a dicha Acordada, siempre que a diferencia del exhorto no importa la delegación del acto en otra autoridad judicial" (causas números 73.193/13, "Terlinden, J.", del 14 de septiembre de 2015 y 66.773/13, "García, S. P.", del 29 de marzo de 2016).

Tal procedimiento fue nuevamente avalado con motivo del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado durante el año 2020 por el Gobierno Nacional, mediante las Acordadas números 6/2020, 12/2020 y 14/2020 del más Alto Tribunal, al contemplarse la utilización de la videoconferencia como herramienta para obtener las declaraciones en un proceso.

En tales condiciones, garantizada la intervención, asistencia y representación de la imputada en el proceso, no procede encomendar la averiguación de su paradero en virtud de que existen medios para localizarla y materializar, previo acreditarse fehacientemente su identidad, la declaración indagatoria que se encuentra pendiente.

Por ello, el Tribunal resuelve: Revocar la decisión de fecha 23 de diciembre de 2020, en cuanto fuera materia de recurso. Notifíquese y efectúese el pase

electrónico al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de respetuosa nota de envío. El juez Rodolfo Pociello Argerich, quien fue designado como subrogante en virtud de la licencia concedida al juez Mariano A. Scotto, no interviene en función de lo previsto por el artículo 24 bis, *in fine*, del Cód. Proc. Penal. — *Mauro A. Divito.* — *Juan E. Cicciaro.*

ENCUBRIMIENTO

Receptación de objeto a sabiendas de su procedencia ilícita.

1. — Es inverosímil que una persona adquiera a título oneroso un rodado de manos de quien no acredita titularidad, no hace entrega de documentación alguna que individualice el rodado ni dé cuenta de la operación efectuada y, más aún, lo reciba con un dominio colocado diferente al que luce en los cristales y con agujeros en su chasis compatibles con disparos de armas de fuego, lo que permite sostener que el imputado conocía la procedencia ilícita del vehículo que conducía y, a efectos de evitar la identificación correcta del automóvil, sustituyó las chapas patentes por otras correspondientes a otro rodado de similares características.

2. — El acuerdo de juicio abreviado, declarado correctamente inválido —porque el imputado manifestó no estar de acuerdo—, carece de todo efecto para limitar al fiscal en la determinación del monto de pena solicitado al acusar en el momento previsto en el art. 393, Cód. Proc. Penal, que, por otro lado, se llevó a cabo adecuadamente respondiendo a parámetros correctos en materia de dogmática en la determinación de la pena luego de celebrada la audiencia de debate.

CNCasCrim. y Correc., sala I, 18/02/2021. - C., M. M. s/ condena.

[Cita on line: AR/JUR/2711/2021]

Causa n° 34.813/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 18 de 2021.

Resulta:

I. Por decisión del 7 de agosto de 2018, el tribunal mencionado, integrado unipersonalmente por la jueza Inés Cantisani, en lo que aquí interesa, resolvió:

"I. Rechazar el planteo de nulidad introducido por la Defensa respecto de la solicitud de pena formulada por el Ministerio Público Fiscal, sin costas, por aplicación de lo normado por los artículos 166 a contrario sensu y concordantes y 530 y 531 del CPPN. II. Condenar a M. M. C., de las demás condiciones personales obrantes en el encabezado, a la pena de dos años de prisión y al pago de las costas procesales, por resultar autor penalmente responsable del delito de encubrimiento por receptación de un objeto a sabiendas de su procedencia ilícita y con ánimo de lucro, en concurso real con supresión de numeración de un objeto registrado conforme la ley —artículos 5, 29 inciso 3°, 45, 55, 277 inciso 1° apartado c) y 3° apartado b) y 289 inciso 3° del CP de la Nación y 530 y 531 del CPPN—. III. Declarar reincidente a M. M. C. de las demás condiciones personales obrantes en el encabezado, por aplicación de lo normado por el artículo 50 del CP de la Nación. IV. (...)" (fs. 413/414).

A fs. 415/440, se encuentran sus fundamentos, brindados el 14 de agosto siguiente.

II. El recurso fue interpuesto a fs. 449/456 vta., por sus defensores de confianza, Dres. Fernando Daniel Gómez y Adrián Krmpotic, el que concedido a fs. 459/460 vta. y mantenido a fs. 465, fue admitido por la Sala de Turno el 12/09/2018 (cfr. fs. 467).

Las críticas a la sentencia por parte de la defensa se centran en cuestionar la valoración probatoria efectuada donde consideran —por razones de hecho y prueba que luego serán desarrolladas— que es de aplicación el principio del in dubio pro reo. Asimismo, tachan de inconstitucional la declaración de reincidencia (art. 50, CP), por las propias características del instituto y, asimismo, se impugnó de nulidad la acusación del fiscal en el juicio por el monto de pena solicitado en su alegato, ya que superó el que se había propuesto en el marco de un acuerdo de juicio abreviado presentado para su homologación, pero que se frustró por decisión del propio acusado al celebrarse la audiencia de control prevista en el inciso 3° del artículo 431 bis, CPPN.

III. Puestos los autos en término de oficina, las partes no efectuaron presentaciones. Luego, superada la instancia prevista en los arts. 465 y 468, CPPN, el tribunal deliberó en los términos del art. 469 del ritual, y arribó a una decisión en los términos que a continuación se exponen.

El doctor *Bruzzone* dijo:

Admisibilidad

El recurso de casación deducido por la defensa es admisible, pues se dirige contra una sentencia defi-

nitiva (art. 457, CPPN), fue interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (art. 459, CPPN), y satisface los requisitos formales de procedencia y admisibilidad (arts. 444 y 463, CPPN).

Sus agravios, vinculados a la inobservancia de normas procesales, han sido bien encauzados por vía de los dos supuestos previstos en el art. 456 CPPN. Asimismo, de acuerdo a la doctrina del conocido fallo "Casal" (1), la tacha de arbitrariedad en la valoración de la prueba, determina que se debe agotar la capacidad de revisión de todo aquello que sea "revisable" en esta instancia, en donde el límite lo traza la percepción directa que los jueces del tribunal de juicio obtienen de la prueba a través de la inmediación, para la determinación de los hechos que acreditan la imputación. En definitiva se trata de eliminar todos los errores que la sentencia pueda contener y legitimar, si corresponde, la imposición de una pena en un caso donde se intenta poner el crisis la solicitada por la fiscalía.

Agravio vinculado a la arbitraria valoración de la prueba Para analizar este agravio, corresponde tener presente qué fue lo que la fiscalía le imputó; así en la sentencia se deja constancia que al requerir la elevación a juicio (fs. 270/274), la Sra. Agente Fiscal Laura Belloqui imputó "a M. M. C. haber receptado entre los días 22 de mayo y 9 de junio de 2017, con conocimiento de su procedencia espuria y con ánimo de lucro, el automóvil VW Gol Trend color gris dominio ...

Durante ese período y con la finalidad de no ser identificado, suprimió el dominio mencionado, quitándolo y colocando en su lugar el dominio ... que no le corresponde.

El 9 de junio del corriente, el Inspector M. A. A. observó al imputado mientras conducía el rodado por Av. Vélez Sarsfield —sentido a Provincia de Bs. As.— y al llegar a su intersección con la calle Zepita giró de manera imprudente hacia la izquierda, atravesando la mano contraria y sin la habilitación correspondiente. Detuvo su marcha y le solicitó al imputado la documentación del vehículo y la personal, a los fines de identificarlo, quien manifestó no poseer ninguna en su poder, exhibiendo una licencia de conducir de la Municipalidad de Quilmes de fecha de vencimiento 6 de marzo de 2017 a nombre de S. F. K.

Al advertir que la fotografía de la licencia no coincidía con el rostro del conductor, inspeccionó los cristales del auto comprobando que tenían grabado el dominio ... y que llevaba colocado el dominio ...

Así procedió a formalizar su detención y una vez en la sede de la comisaría entabló comunicación telefónica con la titular del vehículo, quien informó que el 22 de mayo de 2017 había sido sustraído mediante armas de fuego a su hija, M. N. U., por autores ignorados y había sido denunciado el episodio en la Comisaría 6° de Lomas de Zamora en Provincia de Buenos Aires".

En el debate, el fiscal interviniente sostuvo la imputación en términos similares, y con motivo de lo ventilado en la audiencia también se hizo cargo de contestar a los argumentos de la defensa, que pretenden desmerecer la prueba de cargo intentando plantear un caso de duda en favor del acusado sobre argumentos muy endebles. La fiscalía lo hizo de la siguiente manera:

"En la oportunidad prevista en el art. 393 del ordenamiento ritual vigente, el Dr. Fernando Fiszer quien efectuó una reedición de la imputación que se formuló en el requerimiento de elevación a juicio y afirmó 'Hemos acreditado que el Sr. C., recibió entre el 22 de mayo y el 9 de junio de 2017 el rodado ... sustraído el día 22 de mayo mediante el empleo de intimidación y armas, que no sabemos si eran aptas o no.

La recepción fue conociendo la procedencia ilícita y para aprovecharse con su uso.

Sustituyó la patente por la ..., correspondiente a un rodado que estaba estacionado en el garaje de Hidalgo 888 para la venta".

Formulada estas afirmaciones, la acusación se hizo cargo de descartar el descargo de C., lo que fue expuesto de la siguiente manera:

"En su indagatoria C. contó que había comprado el auto a una persona por Internet, que pagó mil pesos a un gestor y que ese día iba a verificar el vehículo en la Planta de Zepita y Vélez Sarsfield.

El 9 de junio fue detenido en cercanías de la Planta Verificadora de Zepita, hizo un giro en U no permitido, lo que motivó la alerta del Personal Policial y el Inspector A. detuvo la marcha del rodado y solicitó la documentación. El señor no tenía (documentación del vehículo) y exhibió una licencia de conducir cuya fotografía no coincidía con el señor".

Esta situación claramente irregular en la que fue detenido conduciendo un vehículo sustraído poco tiempo antes, sin ningún tipo de documentación, ni del vehículo ni propia, porque el registro de conducir tampoco le pertenecía, pretende ser explicada mediante la versión acerca de la compra no documentada, pero efectuada —según él— de buena fe a través de "Mercado Libre" a un tal F. P., con quien se habría encontrado "en el supermercado Makro de la localidad de Avellaneda, a metros de la planta verificadora Zepita", donde ese mismo día le habría entregado el

vehículo. Asimismo, sostiene la defensa "que firmó un boleto de compraventa, que le fue entregada una cédula verde, y que el día de su detención le fue entregado el vehículo con fines de verificación policial." (cfr. en part. fs. 451 vta./452).

Como ocurrió, "(l)uego la Defensa hizo una presentación a fojas 151 en la que cuenta que la pareja del señor le acercó documentación, un boleto de compraventa", pero el mismo acusado lo desconoció porque "ese boleto de compraventa es falso y que la firma no es suya".

En este contexto, el fiscal Fiszer, confrontando objetivamente los elementos de cargo, también se hace ocupa del descargo y explica:

"La versión del señor se encuentra desvirtuada, el rodado con chapa ... era en realidad el ..., los números originales correspondientes al dominio del rodado que el 22 de mayo le fuera sustraído a M. N. U. en la localidad de San José PBA, la titular registral era S. A. L., quien hizo la denuncia en sede policial cuya constancia se encuentra agregada a fojas 46.

Dieciocho días antes el vehículo fue sustraído.

La chapa que tenía colocada el rodado correspondía a un vehículo que perteneció a M. E. C. que estaba estacionado en el garaje de ....

Está acreditado que existe ese garaje, hay un vendedor de nombre F.

Contamos con los testigos del procedimiento. Con las vistas fotográficas de fojas 93 y siguientes. Con las pericias de fojas 122 y siguientes de la que surgen los impactos de bala que tenía el rodado".

A partir de esos elementos objetivos el fiscal concluye en que:

"No hay duda de que el rodado fue sustraído. No hay duda de que el señor estaba en poder del auto en las condiciones en las que estaba. No hay duda de que la chapa patente fue sustituida", por eso considera que el descargo "se desvirtúa porque no dan los tiempos, el rodado fue robado el 22 de mayo de 2017 a las 19.30 hs., la publicación tiene que haber sido posterior, dice que el dueño demoraba y por eso contrató un gestor. No dan los tiempos ni la lógica, dice que iba a verificar el auto más allá de que denotaba haber tenido un antecedente violento, tenía impactos de bala o piedras, no tenía ningún tipo de documentación personal ni del vehículo, no tenía boleto de compraventa, título o formulario 08, DNI, nada".

Asimismo destaca que: "El señor dice que tenía un seguro por tres meses de Federación Patronal, pero la aseguradora informa a fojas 229/233 que ambos vehículos estaban asegurados en esa compañía a nombre de sus respectivos titulares no del señor. Su versión queda descartada".

Para concluir en que: "La única documentación aportada al expediente resultó ser falsa. Contamos además con planos, fotografías e informes periciales".

Es por la valoración de esas pruebas y los argumentos utilizados por el fiscal que la jueza Cantisani sostiene:

"Durante la audiencia de debate y por medio de la prueba que se analizará seguidamente, pudo comprobarse que durante el período comprendido entre el día 22 de mayo de 2017 y el 9 de junio de 2018 M. M. C. recibió el vehículo marca Volkswagen modelo Gol Trend dominio ..., a sabiendas de su procedencia ilícita y con la finalidad de aprovecharse con su utilización.

Asimismo, se estableció que durante el período indicado M. M. C. sustituyó las chapas patentes del rodado ... —delantera y trasera— por las pertenecientes al dominio ..., correspondiente a otro vehículo marca Volkswagen modelo Gol Trend, con la finalidad de evitar su identificación".

El eje de la crítica de la defensa se centra en señalar que no se consideró veraz el descargo de C. solo porque contaría con antecedentes penales, ya que la explicación que diera de cómo llegó el vehículo a su poder y por qué lo estaba conduciendo sin ninguna clase de documentación cuando fue detenido, tendría que ser valorada de acuerdo al principio del in dubio pro reo, porque él habría sorprendido en su buena fe por la apariencia de legalidad que tuvo la operación de compra al tal F. P.

En ese sentido, coincido con la jueza Cantisani en que "ninguna duda cabe que M. M. C. conocía el origen espurio del vehículo que comandaba, pues circulaba sin ninguna documentación que lo habilitara para ello ni que acreditara su identidad y vinculación con el rodado."

Por otro lado"(e)l estado que presentaba el automotor no es menor, pues los orificios en su carrocería dan cuenta de haber estado involucrado con un hecho de características violentas. Asiste razón al Sr. Fiscal en cuanto a que, si bien no pudo determinarse con certeza el modo de producción de tales daños, resultan compatibles con orificios provocados con proyectiles de armas de fuego —confrontar informe pericial de la División Balística de fojas 122/126—".

Así, "(l)a 'apariencia de legalidad' a que alude la defensa no tiene sustento alguno, pues la discrepancia entre el dominio grabado en los cristales y el exhibido en las chapas patentes del rodado es palmaria y apreciable a simple vista con una somera inspección, tal como se advierte de las vistas fotográficas agregadas a fojas 93/96."

Poco se puede agregar a lo argumentado por la jueza en la sentencia, respecto de la conducta objetiva del acusado confrontado con su descargo ya que "las probanzas acumuladas en la causa e incluso, por elementales razones de sentido común y lógica" no puede ser considerado.

Como dice el fallo "es inverosímil que una persona adquiera a título oneroso un rodado de manos de quien no acredita titularidad, no hace entrega de documentación alguna que individualice el rodado ni dé cuenta de la operación efectuada y, más aún, lo reciba con un dominio colocado diferente al que luce en los cristales y con agujeros en su chasis compatibles con disparos de armas de fuego", lo que permite sostener que C. "conocía la procedencia ilícita del vehículo que conducía y, a efectos de evitar la identificación correcta del automóvil, sustituyó las chapas patentes por otras correspondientes a otro rodado de similares características".

También comparto que "(r)esulta irrelevante determinar, como pretende la defensa, cómo, cuándo y dónde se produjo la sustitución de las chapas, pues para acreditar el ilícito basta con la verificación del estado en el que se halló el automóvil y la delimitación del período durante el cual se perpetró el cambio, esto es entre el 22 de mayo de 2017 —fecha en que fue sustraído— hasta el 9 de junio —fecha en que fue hallado—" y que "(t)ampoco es necesario, a los fines de tener por acreditado el ilícito, determinar cómo es que C. se hizo de las chapas patentes dominio …, pues a esta altura, lo relevante es que de algún modo consiguió chapas patentes de un vehículo similar con la obvia finalidad de evitar la identificación del rodado de origen ilícito que utilizaba".

A estos datos objetivos por las condiciones en que se encontraba el vehículo que estaba conduciendo sin ningún tipo de documentación que lo habilitara para ello, se agrega como elemento indiciario, la actitud asumida con los testigos del procedimiento cuando fue detenido. Como recogió el fallo "el testigo de procedimiento Cáceres Aguilera (…) indicó que 'el detenido estaba dentro del patrullero, gritaba y se golpeaba, nos decía que nos conocía y que conocía nuestra familia, que nos iba a buscar' (…) actitud, que no se condice con alguien que acaba de descubrir que fue engañado en su buena fe".

Por último, la sentencia también se hace cargo de explicar la valoración efectuada de lo declarado por otros testigos para descartar el descargo inverosímil del acusado, ya que si bien "la venta de rodados entre particulares generalmente se efectúa en un marco de informalidad", como ocurrió con la testigo C., "se advierte que los roles no son similares, pues quien vende no necesita adoptar los mismos recaudos que quien compra un automotor, no puede asimilarse la actitud de quien deja a la venta un rodado con aquel que lo recibe y muchos menos, pretender dar visos de una suerte de 'obrar consuetudinario' frente a alguien que recibe un vehículo sin chequear ni obtener documentación alguna que individualice el rodado ni dé cuenta de la operación efectuada, con un dominio colocado diferente al que le corresponde y con agujeros en su chasis compatibles con disparos de armas de fuego".

La valoración probatoria, conforme las reglas de la sana crítica racional, en este caso fue adecuada a la prueba colectada y ponderada en su conjunto, por lo que el agravio en este sentido debe ser rechazado ya que se encuentra acreditado con la certeza correspondiente la calidad de autor y responsabilidad penal de M. M. C. en los eventos que se le imputan.

Agravio vinculado a cuestionar la declaración de reincidencia (art. 50, CP) por inconstitucional.

Como tuve oportunidad de señalar en el precedente "Romano" (2), "(s)i bien existe un amplio debate en torno a cuestionar el instituto de la reincidencia —art. 50 del CP, no lo es menos que la CSJN ha tenido oportunidad de expedirse recientemente sobre su adecuación constitucional en el precedente 'Arévalo', que es posterior a la reforma de la Constitución Nacional de 1994. En esa oportunidad, con remisión al dictamen del Procurador General Eduardo E. Casal, y manteniendo un criterio constante de ese tribunal, consideraron que la cuestión relativa al planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia resultaba, sustancialmente análoga, a la que habían resuelto en "Gómez Dávalos", "L'Eveque" y, también, en "Gramajo", destacando, especialmente, los considerandos 12° a 18°, del voto del juez Enrique Petracchi, por lo que rechazaron el planteo con remisión a lo dispuesto en el art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. La cuestión, en consecuencia, podría quedar cancelada ya con esta remisión, porque y aunque no se comparta en su detalle todos los argumentos de los precedentes citados, sí se comparten en su generalidad y conclusión. Volver sobre esas cuestiones de detalle es trabajo de la academia. Del punto de vista político institucional, no percibo que existan motivos de entidad para descalificar el instituto de la reincidencia, sin perjuicio de estar fundados en razones plausibles y mejores convicciones".

La defensa se limita a reiterar argumentos conocidos y que fueron desarrollados y descartados en el precedente mencionado y sus citas. En este sentido el agravio debe ser rechazado.

Agravio vinculado a la nulidad planteada respecto del monto de pena solicitado por la fiscalía en el momento de alegar (art. 393, CPPN).

Este agravio debe ser analizado en último lugar porque, de proceder, incidiría exclusivamente sobre el monto de la pena impuesta, pero no acerca de la materialidad del hecho y la responsabilidad de C. que ya han sido analizadas. Si la fiscalía no podía solicitar una pena de mayor importancia a la propuesta en el marco del acuerdo de juicio abreviado, la jueza sentenciante también se habría visto limitada por la doctrina que surge de la posición minoritaria en el fallo "Amodio" de la CSJN (3) y, aunque no se encuentra vigente, ya tuvo recepción legislativa en la reforma a la ley procesal nacional, en el art. 273 del CPPN según la Ley 27.063, donde se establece que los jueces al dictar sentencia "no podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores", receptado igual en el art. 307 del Código Procesal Penal Federal, según la Ley 27.482. Toda vez que en este caso se cuestiona si el fiscal podía requerir en el juicio común, luego de que frustrara el acuerdo, una pena mayor a la allí ofrecida, se debe analizar lo actuado por la fiscalía para establecer la corrección de la pena impuesta por el tribunal unipersonal que la dictó.

Explica el fallo que "(e)n oportunidad de formular su alegato, el Dr. Adrián Krmpotic, letrado defensor de M. M. C. solicitó se declare la nulidad del pedido de pena formulado por el Sr. Fiscal por falta de fundamentación suficiente (…) porque el Sr. Fiscal no ha fundado por qué se apartó de la pena solicitada en el acuerdo de juicio abreviado celebrado oportunamente en esta causa".

Agrega el Sr. Defensor que "(d)e conformidad con la doctrina de los actos propios, el Fiscal se encuentra ligado al pedido de pena anterior que difiere del que efectuó aquí, porque no explica por qué se apartó de las circunstancias por las que solicitó esa pena, que son las mismas que señaló aquí."

En efecto, a fs. 313/314 se encuentra agregado el pedido de juicio abreviado suscripto por todos los interesados que, con fecha 18/12/2017 (fs. 316/316 vta.), al momento de celebrarse la audiencia prevista en el inciso tercero del artículo 431 bis, CPPN, el acusado manifestó su deseo de no ratificarlo, tanto por no estar de acuerdo con la pena propuesta como sosteniendo que era inocente de lo que se lo acusaba.

Acto seguido, la jueza Cantisani lo declaró inválido (cfr. fs. 317), lo que no recibió ninguna clase de observación por parte de la defensa en esa oportunidad ni luego. Es decir, la continuidad de la misma jueza a cargo del caso para llevar a cabo el procedimiento normal no fue cuestionada en ningún momento, por lo que una eventual nulidad queda subsanada por lo dispuesto en el artículo 171 por remisión a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 170, CPPN.

Hago referencia a esa cuestión —no planteada— porque la regla general en los casos en los que no se convalida un acuerdo de juicio abreviado es el rechazo y apartamiento del tribunal o juez que así resuelve atendiendo a la imparcialidad con la que debe obrar frente al caso, la que se ve comprometida si, previamente, tuvo que evaluar un acuerdo de juicio abreviado a punto de considerar que debía rechazarse. Pero ello solo puede ocurrir en caso que el tribunal considere que el asunto requiere, para ser resuelto de la forma propuesta, un mayor conocimiento o que se discrepe fundadamente con la calificación asignada (inc. 3° del art. 431 bis, CPPN).

En este caso ello no ocurrió, ya que la invalidez del acuerdo presentado no se equipara al rechazo y se debió exclusivamente a la voluntad del acusado, por lo expresado más arriba. Y si alguna duda le podía caber a la defensa acerca de alguna afectación a la imparcialidad con la que habría de conducir el debate y concluirlo dictando sentencia, ello no fue manifestado ni planteado, quedando consolidada la intervención de la Dra. Inés Cantisani como jueza natural del caso.

Creo que la aclaración es pertinente, porque nos permite analizar el reclamo de la defensa referida a la pena de dos años de prisión solicitada luego del debate frente a la propuesta de un año y tres meses de prisión en el acuerdo de juicio abreviado.

El fiscal Fiszer explicó que en ocasión de acordar tuvo en cuenta como circunstancias atenuantes "la confesión y buena predisposición para acelerar los tiempos procesales".

Y sostuvo que: "El juicio abreviado presenta tres características, que el imputado asume su responsabilidad por el hecho con las circunstancias y grado de participación descripto en el requerimiento de elevación a juicio, renuncia a la celebración de un juicio oral y por parte de la Fiscalía la propuesta de una pena menor a la que la solicitaría en juicio".

Pero como fue el propio imputado el que no ratificó el acuerdo por considerarse inocente de la imputación (4), lo presentado carece de toda clase de efectividad como acto procesal válido con algún efecto remanente para, como se señaló, apartar a la jueza que

estaba interviniendo o para que la fiscalía mantuviera el mismo monto de pena ofrecido.

Como destacó el fiscal: "de ningún modo esta fiscalía se encuentra atada a la pena allí solicitada, porque las circunstancias han variado, hemos realizado un juicio oral y ventilado toda la prueba, oímos testimonios y demás".

Ahora bien, y más allá de la teoría de los actos propios, los acuerdos de juicio abreviado son contratos que deben ser cumplidos por ambas partes, pero muy especialmente por la fiscalía cuando el acuerdo es rechazado por el órgano jurisdiccional conforme los motivos expresamente previstos en la ley.

Cuando luego del rechazo interviene otro tribunal o juez, a mi criterio, el acusado ya se ha asegurado un determinado monto de pena que la fiscalía en el juicio posterior, conforme a una adecuada política criminal de persecución, no puede modificar a riesgo de infringir el principio del pacta sunt servanda y generar un descrédito general en el sistema de acuerdos en los que hoy se apoya el sistema penal nacional y el del resto del país.

Al comienzo de la implementación de esta forma alternativa de solución de los casos penales ocurría (5), con bastante frecuencia, que los jueces, sin llegar a descalificarlos por inconstitucionales, rechazaban los acuerdos por considerar que las penas que se obtenían por esa vía eran leves; pero como esa causal no estaba prevista, aplicaban las otras tergiversando el sentido de la norma que no admitía que ello fuera posible. Lo cierto es que no existe —hasta donde tengo conocimiento— y aunque ya se ha superado parcialmente la cuestión de la actuación en una estructura fija y refleja a como está organizado el Poder Judicial, ninguna instrucción general de la Procuración General de la Nación que les indique a los fiscales qué posición deben tener frente a un acuerdo rechazado formalmente por el órgano jurisdiccional por las razones previstas en la ley. Es decir, si deben mantener el mismo monto ofrecido o lo pueden modificar, independientemente que cambie el funcionario que se hará cargo del juicio común.

En ese sentido la reforma efectuada por la Ley 27.063, en el título II "Procedimientos abreviados" del libro Segundo, referido a "Procedimientos especiales" estableció en el tercer párrafo del art. 290 que: "Si el juez estimara que el acuerdo no cumple con los requisitos legales, declarará su inadmisibilidad. En este caso, el representante del Ministerio Público Fiscal no podrá solicitar en el procedimiento común una pena superior a la requerida en el procedimiento abreviado. La admisión de los hechos por parte del imputado no podrá ser considerada como reconocimiento de culpabilidad". Esta parte de ese artículo, si bien fue suprimida por la Ley 27.482 en la redacción del art. 325 del CPPF, en el marco del "Programa Justicia 2020", constituye un antecedente importante de la regulación que la Procuración General de la Nación puede realizar en base a una instrucción general.

Pero en este caso lo único que se advierte es un intento de obtener una mejora en la situación procesal limitando la facultad de la acusación de requerir la pena que consideró adecuada, sobre un acuerdo que, deliberadamente, fue frustrado por el acusado, luego de haber acordado reconocer la existencia del hecho y su intervención en él, así como la calificación legal asignada y donde no se advierte que el abogado defensor haya engañado al acusado u obrado en mala praxis, por lo menos para con esa representación.

En consecuencia, el acuerdo de juicio abreviado agregado a fs. 313/314, declarado correctamente inválido a fs. 316/316 vta., carece de todo efecto para limitar al fiscal en la determinación del monto de pena solicitado al acusar en el momento previsto en el artículo 393, CPPN, que, por otro lado, se llevó a cabo adecuadamente respondiendo a parámetros correctos en materia de dogmática en la determinación de la pena luego de celebrada la audiencia de debate. En la forma en que se fundó el pedido de pena y en la forma en que lo receptó la sentencia, respecto de lo cual la defensa nada dice, se encuentra el fundamento de la pena de dos años impuesta.

Por ello, este agravio, también debe ser rechazado.

En consecuencia, descartados todos los agravios y no habiendo otras cuestiones a tratar, el recurso debe ser rechazado en todos sus términos, con costas, atento el resultado.

Así voto.

El doctor *Días* dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del doctor *Bruzzone.*

La doctora *Llerena* dijo:

Atento a que en la deliberación los doctores *Bruzzone* y *Días* han coincidido con los argumentos y la solución propuesta para el caso, he de abstenerme de emitir mi voto, conforme lo autoriza el art. 23, CPPN.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, resuelve: Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, con costas (arts. 456, 465, 468, 570 y 471, a contrario sensu, 530 y 531, CPPN). Se deja constancia que los jueces Días y Llerena emitieron su voto en el sentido indicado, pero no suscriben la presente en cumplimiento de las Acordadas N° 4, 6, 7, 8, 10, 27 y cc,

todas del 2020, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y las Acordadas N° 1, 2 y 3/2020 de esta Cámara. Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/2013 CSJN; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia tan pronto como sea posible, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Gustavo A. Bruzzone.*

(1) Fallos: 328:3399 (2005).

(2) Sala 1, Registro N° 306/2015, 04/08/2015, jueces Bruzzone, Garrigós de Rébori y Niño; y sus citas.

(3) Fallos: 330:2658, 2007, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni.

(4) En realidad esta cuestión nos tendría que conducir a otra clase de responsabilidad: a la del abogado defensor que asistió a aceptar el acuerdo propuesto cuando el acusado se considera inocente; para lo que puede ser consultado el trabajo de Mariano Juárez, "Defensa técnica eficaz y juicio abreviado", Revista del Ministerio Público de la Defensa, N° 7, Oct. 2012, pp. 93 y ss.

(5) El juicio abreviado fue introducido por la Ley 24.825, BO del 18/06/1997 y generó una enorme conmoción y resistencia entre los operadores del sistema.

CONCILIACIÓN PENAL

Falta de escucha de las partes intervinientes en el proceso. Derechos de la víctima. Disidencia.

1. — La afirmación de que la víctima no habría contado con un debido asesoramiento al momento de suscribir el acuerdo conciliatorio respectivo aparece como meramente dogmática, pues no la hace derivar de ninguna circunstancia concreta que le permitiese sostenerlo, sino del mero hecho de que el acuerdo habría sido suscripto en sede de la Defensoría Pública. El juez debió haber fijado una audiencia en la que las partes hubiesen podido expedirse, donde la víctima hubiese podido expresar claramente su voluntad respecto al acuerdo arribado y en la cual la Fiscalía, en ejercicio de su deber de velar por la observancia de la legalidad del proceso y de los intereses generales de la sociedad, hubiese podido exponer lo que hubiese estimado pertinente en orden a la presencia —o no— de vicios en la manifestación de voluntad realizada por el damnificado.

2. — La decisión del juez debe considerarse como una sentencia equiparable a definitiva, causante de un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior, pues ha sellado definitivamente, la eventual procedencia de un medio alternativo de solución del conflicto, que, de haber sido admitido, hubiese evitado que el imputado siguiese sometido a proceso al declararse extinguida, en su caso, la acción penal.

3. — El recurso de casación carece de un requisito insoslayable de admisibilidad, pues se encuentra dirigido contra una resolución —la que no homologó la conciliación— que no está comprendida entre las enunciadas en el art. 457 del Cód. Proc. Penal, en la medida en que esa decisión solo importa la consecuencia de continuar sometido a proceso (del voto en disidencia del Dr. Magariños).

CNCasCrim. y Correc., sala III, 23/02/2021. - A. M., J. L. s/ hurto.

[Cita on line: AR/JUR/3700/2021]

Causa N° CCC 30070/2019/TO1/CNC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 23 de 2021.

Resulta:

I. Mediante resolución de fecha 7 de octubre de 2019, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 27 de esta ciudad, integrado en forma unipersonal por el juez Federico Salvá, resolvió: "No hacer lugar a la homologación del acuerdo conciliatorio presentado ni a la audiencia de conciliación peticionada por la defensa de J. L. A. M.".

II. Contra esa resolución la defensa interpuso recurso de casación, cuyo rechazo motivó la queja que tuvo favorable acogida por parte de la la Sala de Turno de esta Cámara, otorgándole el trámite previsto en el art. 465 bis del CPPN.

III. Corrida vista a las partes para que se expidan sobre el caso, la defensa oficial presentó por vía digital breves notas, luego de lo cual las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

Considerando:

El doctor *Huarte Petite* dijo:

I. En la resolución recurrida, en primer lugar, el *a quo* se refirió a la operatividad del instituto solicitado. En tal sentido, destacó que el instituto de la conciliación solo podía ser aplicado una vez que fuese regulado por las leyes procesales correspondientes.

Refirió que el Código Procesal Penal de la Nación no tenía mención alguna respecto de la conciliación, motivo por el cual no existía norma procesal que la

regulara, por lo que su aplicación resultaba contraria a derecho.

A ello agregó que no correspondía sostener la aplicación del Código Procesal Penal Federal en la presente causa, toda vez que de la lectura de dicho cuerpo legal surgía claramente que no se encontraba vigente para ser aplicado ni siquiera ante la Justicia Federal de la Ciudad de Buenos Aires, al tiempo que destacó que el decreto PEN N° 257/2015 disponía que dicho Código entraría en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación que estableciera la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

Finalmente, cuestionó la forma en la que se había llevado a cabo el acuerdo conciliatorio presentado, señalando que el mismo fue suscripto en la sede de la Defensoría en presencia tanto del defensor, del imputado y del damnificado.

Consideró que tal forma de proceder no resultaba adecuada, toda vez que la víctima podría haberse sentido intimidada con la presencia del imputado y haber tomado decisiones que pudieron haber sido condicionadas.

Por tales motivos, resolvió conforme fuera enunciado en un principio.

II. La intervención de la Sala está dada por el recurso de casación presentado por la defensa oficial del imputado contra la resolución ya reseñada.

Preliminarmente, la asistencia técnica recordó el suceso atribuido a su asistido, al tiempo que realizó una reseña de la tramitación del proceso.

Señaló que arribada la causa a la etapa de juicio, esa parte presentó un acuerdo conciliatorio suscripto por el imputado y por la presunta víctima, el señor M. G. V., al tiempo que se solicitó la fijación de una audiencia de conciliación para que el tribunal de grado pudiera analizar el acuerdo arribado entre las partes y se procediera a su homologación.

Recordó que luego de que se corriera vista a la Fiscalía —la cual se opuso a la homologación del acuerdo—, el tribunal resolvió conforme se dijera supra.

Sentado ello, sostuvo que parte de sus agravios hacían a la arbitrariedad del fallo que recurría.

En primer lugar, la defensa consideró que, contrariamente a lo dispuesto en la resolución impugnada, el artículo 59, inciso 6° del CP resultaba de aplicación automática, pues se trataba de un derecho plenamente vigente y operativo, sin que pudiese supeditárselo en su aplicación a una ley procesal.

En tal sentido, no podía sostenerse válidamente que la mencionada fuese una norma de carácter programático, pues se veía consagrada como causal extintiva de la acción penal y no precisaba reglamentación alguna para su aplicación.

Consideró que la mora del legislador al no regular el procedimiento no podía ser cargada al justiciable, así como que el hecho de que muchas provincias hubieran regulado procesalmente los institutos previstos en el artículo de mención generaba una afectación al principio de igualdad en aquellas jurisdicciones donde tal situación aún no había ocurrido.

Asimismo, la recurrente señaló que en la presente causa prácticamente no había existido daño económico o patrimonial toda vez que el damnificado recuperó inmediatamente su celular luego de la colisión de su vehículo y que en ese contexto se firmó el acuerdo conciliatorio que involucró, además de un pedido de disculpas aceptado por el denunciante, una reparación en especie de dos mil pesos consentida entre las partes, lo que motivó que la víctima manifestara su desinterés en la continuación del proceso.

Explicó que el acuerdo conciliatorio arribado entre las partes componía el conflicto mediante la restitución de las cosas al estado anterior al episodio dañoso, así como también se brindaba una solución final al conflicto penal suscitado.

Mencionó que la resolución impugnada importaba una inobservancia a la Ley de Víctimas, por cuanto no se le brindó al damnificado la real posibilidad de ser oído.

Por otro lado, la recurrente se refirió al dictamen fiscal brindado al momento de corrérsele vista.

En tal sentido, consideró que el rol del Ministerio Público Fiscal en esta clase de acuerdos queda limitado a la verificación de que la voluntad, tanto del imputado como de la presunta víctima, hubiese sido expresada libremente, y de que se tratase de un compromiso acorde con la ley.

A su vez, sostuvo que el magistrado *a quo* no hizo referencia alguna a la legalidad y/o logicidad de la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal, pese a que correspondía evaluar si ella resultaba vinculante para la jurisdicción y si superaba tales estándares como para considerarla fundada.

Bajo tales fundamentos, solicitó que se case o anule la resolución recurrida, se homologue el acuerdo conciliatorio presentado y se extinga la acción penal en los términos del artículo 59, inciso 6°, decretando el sobreseimiento de su asistido. Subsidiariamente, re-

quirió que se devolvieran las actuaciones al Tribunal de radicación de la causa a los fines de que se fije la audiencia de conciliación correspondiente.

II. Previo a ingresar en el tratamiento del fondo de la cuestión, corresponde señalar que la decisión del juez de grado que resolvió en los términos señalados en el encabezamiento, debe considerarse como una sentencia equiparable a definitiva, causante de un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior, pues ha sellado definitivamente, más allá del acierto o error de la decisión sobre el fondo a la cual se arribó (lo cual será materia de análisis más adelante), la eventual procedencia de un medio alternativo de solución del conflicto, cuál es la aplicación al *sub lite* de lo previsto en el art. 59, inc. 6°, CP, que, de haber sido admitido, hubiese evitado que el imputado siguiese sometido a proceso al declararse extinguida, en su caso, la acción penal.

Para fundar tal conclusión, me remito a lo señalado ya a partir del precedente "Orellana" (Registro N° 1828/2019, sentencia del 03/12/2019, voto del Juez Huarte Petite), y más recientemente, con adición de fundamentos, en los precedentes "Retamar" (Registro N° 2762/20, sentencia del 18/09/2020, voto del Juez Huarte Petite) y "Colantonio" (Registro N° 2763/20, sentencia del 18/09/2020, voto del Juez Huarte Petite), a todo lo cual cabe remitirse en beneficio a la brevedad.

III. Superada tal eventual dificultad para el tratamiento del recurso, en cuanto a la cuestión traída a conocimiento de esta Sala corresponde, en primer término, recordar el hecho que fuera imputado a J. L. A. M.

En tal sentido, en el requerimiento de elevación a juicio se le atribuyó: "...que, aprovechando la facilidad que le generó el accidente vial sufrido junto a M. G. V., se apoderó ilegítimamente, de un teléfono marca Samsung, modelo S9 plus, color negro, propiedad del nombrado V., que se hallaba en el interior del vehículo en el cual circulaban.

Es así que, el día 28 de abril de 2019, entre las 14:30 y las 15:00 horas aproximadamente, mientras M. G. V. conducía el vehículo marca Chevrolet, modelo Spin, dominio ..., con colores reglamentarios propiedad de la empresa DJM SRL, por la arteria Boyacá, acompañado de tres personas entre las que se encontraba el encausado, al llegar a la altura catastral 651, perdió el control del rodado impactando contra un automóvil que se encontraba estacionado en la vía pública, lo que ocasionó el vuelco del mismo.

En esa oportunidad, y ante el pedido del conductor, se retiraron las tres personas del lugar. Posteriormente, fueron prevenidos por R. A. G. a la altura catastral 555 de la misma arteria, quien fue alertado por un vecino acerca de que los tres individuos que se encontraban en el interior del vehículo que había volcado, se habían dado a la fuga.

En esas circunstancias, V. solicitó la restitución de su teléfono celular siendo que el mismo ya no se encontraba en el taxi volcado. Ante ello, el inspector C. A. E. procedió a la requisa de J. L. A. M., advirtiendo que entre sus ropas poseía un teléfono marca Samsung, modelo S9 plus, indicando que era de su propiedad, frente a lo cual personal policial le solicitó que desbloqueara el mismo y este manifestó que era de un amigo, sin lograr desbloquear el teléfono.

Consecuentemente, una vez que el damnificado se encontraba en el hospital y anoticiado de lo sucedido, aportó el patrón de desbloqueo, logrando el personal policial desbloquearlo..."

En la resolución impugnada se ha denegado la posibilidad de avanzar en el tratamiento de la causal de extinción de la acción penal en juego por haber expuesto el Sr. Juez de grado un doble orden de motivos.

Por un lado, entendió que el instituto de conciliación invocado por la defensa no resultaba operativo, mientras que, por el otro, consideró que la presunta víctima no había sido debidamente asesorada con el fin de resguardar sus derechos.

En lo que aquí interesa, señaló al respecto: "...la ley 27.147, sustituyó entre otros, el art. 59 del CP, en el que se agregó en el inc. 6° como causal de extinción de la acción penal, la conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

Resulta absolutamente claro que el instituto de la conciliación previsto en el Código de Fondo solo puede ser aplicado una vez que sea regulado por las leyes procesales correspondientes.

El vigente Código Procesal Penal de la Nación que regula el procedimiento de las causas penales que tramitan actualmente ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional ordinarios, no tiene mención alguna respecto de la conciliación.

En consecuencia, no existe norma procesal alguna que regule la conciliación, siendo por lo tanto contrario a derecho su aplicación..."

En ese orden de ideas, manifestó que: "...resulta absolutamente claro que el instituto de la conciliación previsto en el Código de Fondo solo puede ser aplicado una vez que sea regulado por las leyes procesales correspondientes.

El vigente Código Procesal Penal de la Nación que regula el procedimiento de las causas penales que tramitan actualmente ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional ordinarios, no tiene mención alguna respecto de la conciliación.

En consecuencia, no existe norma procesal alguna que regule la conciliación, siendo por lo tanto contrario a derecho su aplicación...".

A su vez, en relación a la forma en que se llevó a cabo el acuerdo conciliatorio, refirió que: "...se realizó una reunión en la Sede de la Defensoría Pública Oficial N° 2 ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en la que se encontraba el Defensor Público Coadyuvante, el imputado y el damnificado.

Sin perjuicio de no surgir del acta correspondiente si el imputado y el damnificado se presentaron espontáneamente o fueron citados, lo cierto es que el damnificado no ha tenido asistencia alguna que puede resguardar los derechos que le asisten como víctima, máxime cuando se lo confronta con su presunto victimario.

Si bien, no dudo de la buena fe de parte del Defensor Coadyuvante para poder resolver la cuestión de una forma que favorezca los intereses de su pupilo, lo cierto es que este tipo de procedimiento no resulta adecuado a mi entender, ya que eventualmente la víctima puede sentirse intimidada con la presencia del imputado y tomar decisiones que puedan ser condicionadas...".

IV. La solución del caso

a. En relación al primero de los agravios traídos por la defensa, esto es, la operatividad del instituto invocado (denegada por el Sr. Juez de mérito), el suscripto ya se ha referido a tal cuestión, y brindado una respuesta afirmativa al respecto en los mencionados precedentes "Retamar" (Registro N° 2762/2020, sentencia del 18/09/2020, voto del Juez Huarte Petite) y "Colantonio" (Registro N° 2763/2020, sentencia del 18/09/2020, voto del Juez Huarte Petite), por lo cual corresponde remitirse a las consideraciones allí expuestas en beneficio a la brevedad.

b. Sin perjuicio de ello, que podría eventualmente derivar en un temperamento liberatorio respecto del imputado, el trámite cumplido por el tribunal de grado justifica la anulación de la decisión impugnada.

En efecto, al momento en que la defensa presentó el acuerdo conciliatorio, el juez de la instancia anterior optó por rechazarlo *in limine* por los motivos que ya fueran señalados, y resolvió sin escuchar a las personas físicas involucradas en el conflicto, esto es, imputado y víctima.

Sin embargo, más allá de las consideraciones que dicho Magistrado efectuó sobre la no operatividad del instituto (que lo llevaron, en ese orden de ideas, a considerar no aplicable al caso, tampoco, lo establecido en el art. 34, CPPF), la afirmación de que la víctima no habría contado con un debido asesoramiento al momento de suscribir el acuerdo conciliatorio respectivo, aparece como meramente dogmática, pues no la hace derivar de ninguna circunstancia concreta que le permitiese sostenerlo, sino del mero hecho de que el acuerdo habría sido suscripto en sede de la Defensoría Pública.

Empero, contaba el tribunal de mérito con una herramienta precisa para dilucidar tal cuestión y otorgar, en su caso, un razonable sustento a la pura afirmación efectuada sobre el punto.

En efecto, al recibir la solicitud de la defensa, el juez debió haber fijado una audiencia en la que las partes hubiesen podido expedirse, donde la víctima hubiese podido expresar claramente su voluntad respecto al acuerdo arribado y en la cual la Fiscalía, en ejercicio de su deber de velar por la observancia de la legalidad del proceso y de los intereses generales de la sociedad, hubiese podido exponer lo que hubiese estimado pertinente en orden a la presencia (o no) de vicios en la manifestación de voluntad realizada por el damnificado.

De tal manera, al no haber procedido de la forma correspondiente, el juez presumió que el damnificado podría haber sido amedrentado o intimidado por la presencia del imputado al momento de suscribir el acuerdo presentado, pero lo cierto es que no brindó mayores razones para fundar su posición, por lo que tal argumento no puede ser considerado más que una mera hipótesis.

Por tal motivo, sin costas en la instancia, corresponde resolver de la manera enunciada precedentemente, esto es, anular la decisión impugnada, y remitir la presente causa a su tribunal de origen a fin de que, previa realización de la correspondiente audiencia de conciliación en los términos del art. 34, CPPF, se resuelva lo que se estime corresponda en derecho respecto de la primigenia presentación de la defensa en autos (arts. 471, 530 y 531, CPPN).

El doctor *Magariños* dijo:

Se advierte que el recurso de casación carece de un requisito insoslayable de admisibilidad, pues se encuentra dirigido contra una resolución que no está comprendida entre las enunciadas en el artículo 457

del CPPN, en la medida en que esa decisión solo importa la consecuencia de continuar sometido a proceso.

Al respecto, corresponde recordar que las resoluciones que no ponen fin al pleito ni impiden su continuación, como aquellas que rechazan un planteo de extinción de la acción penal, solo generan que la persona imputada continúe sometida a proceso y, por ende, no pueden, por regla, ser consideradas resoluciones definitivas o equiparables a tales por sus efectos.

Esa conclusión no se ve alterada por aquellas afirmaciones tendientes a demostrar, con apoyo en lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Padula" (Fallos: 320:2451), que corresponde arribar a la solución contraria. Ello es así pues esa posición no toma a su cargo la tarea de explicar por qué razones las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema en punto a las impugnaciones dirigidas contra decisiones que rechazan la aplicación de un instituto diferente al solicitado en este caso —esto es, la suspensión del proceso a prueba— serían trasladables al *sub examine*, o por qué motivos correspondería asignar a las afirmaciones efectuadas por la Corte Suprema en aquella decisión el carácter de precedente con autoridad normativa para decidir un caso como el presente.

En razón de lo expuesto, corresponde declarar mal concedido el recurso de casación y, en consecuencia, inadmisible (artículo 444, segundo párrafo, del CPPN).

El doctor *Jantus* dijo:

Como es sabido, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal del Honorable Congreso de la Nación, mediante Resolución COMCPPF N° 02 - P/19, BO 19/11/2019, puso en vigencia los arts. 19, 21, 22, 31, 34, 80, 81, 210, 221 y 222 del citado código, en el ámbito de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional; con lo que debe admitirse que, de ese modo, se ha completado la introducción al Código Penal de los institutos mencionados en el art. 59 inciso 6.

Ello plantea, en casos como el estudiado, el problema de la recurribilidad de las decisiones adversas para las partes, puesto que en el complejo sistema normativo en el que nos regimos, para determinar la estructura completa de la conciliación y la reparación debemos echar mano a tres ordenamientos diferentes: el Código Penal, el Código Procesal Penal que aún nos rige y el Código Procesal Penal Federal que tiene una vigencia plena limitada a una acotada jurisdicción federal; aunque, como dije, con algunas normas que deben aplicarse en nuestro ámbito.

De ese complejo hay que desentrañar las posibilidades recursivas de las partes procurando, a su vez, tratar de no armar, de todo ese menjunje, un nuevo orden normativo, resultante de tomar parcialmente normas de cada uno de esos textos.

En esa tarea, se advierte claramente que la decisión de rechazar un acuerdo conciliatorio o una propuesta de reparación, aceptada por la parte damnificada, no constituye en principio una resolución que esté alcanzada por el art. 457 del Código Procesal Penal.

Debemos recordar, sin embargo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente "Padula" (Fallos: 320:2451) estableció que el auto que deniega la suspensión del juicio a prueba constituye un supuesto de sentencia equiparable a definitiva, con lo que podría pensarse si esa solución es aplicable a estos casos.

Por otra parte, sabemos también que el Código Procesal Penal Federal no ha reconocido el recurso de casación como en el Código que nos rige, sino un recurso de revisión reglamentado a partir del art. 344; el art. 356 expresamente ha reconocido que es una decisión impugnable la que deniega la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, pero no la que rechaza un acuerdo de conciliación o reparación.

Como puede apreciarse, la situación es bien diferente a la que trató al Corte Suprema en "Padula" porque en el caso que estudiamos no se discute una suspensión de juicio a prueba rechazada; este instituto ha sido previsto como uno de los recurribles por el nuevo ordenamiento procesal —para el recurso que ese código prevé— y no han tenido la misma suerte los del art. 59 inciso 6 del CP que, como vimos, no están mencionados en el Código Procesal Penal que nos rige y si en el código federal.

Ante este panorama, el recurso de casación contra la resolución que deniega la aplicación de la conciliación o la reparación, en principio, no es admisible porque no se trata de una sentencia equiparable a definitiva y la situación difiere notablemente de la que se planteó en el caso "Padula" ya citado; salvo los supuestos en que ha habido acuerdo de todas las partes, el hecho se encuentra dentro de los contemplados por el art. 34 del Código Procesal Penal Federal y la resolución que ha denegado la petición de todas las partes resulte arbitraria.

Dicha excepción se da en el caso, puesto que como bien puntualizó el colega Huarte Petite, el *a quo* arbi-

trariamente rechazó *in limine* el acuerdo sin escuchar a los intevinientes en el conflicto.

Por lo expuesto, en el adhiero a la solución propuesta por el juez Alberto Huarte Petite.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, resuelve: Anular la decisión impugnada, y remitir la presente causa a su tribunal de origen a fin de que, previa realización de la correspondiente audiencia de conciliación en los términos del art. 34 del Código Procesal Penal Federal, se resuelva lo que se estime corresponda en derecho respecto de la primigenia presentación de la defensa en autos, sin costas (arts. 471, 530 y 531 del CPPN). Se hace constar que el juez Alberto Huarte Petite participó de la deliberación por medios electrónicos y emitió su voto en el sentido indicado, pero no suscribe la presente por no encontrarse en la sede del tribunal (Acordadas 3/2020, 4/2020, 7/2020 y 11/2020 de esta Cámara; cfr. Acordadas 12/2020, 14/2020 y 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y art. 399 *in fine* del CPPN). Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/2013 CSJN; LEX 100) y remítase el incidente de acuerdo a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Acordada 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). — *Pablo Jantus. — Mario Magariños* (en disidencia).

VIOLENCIA INFANTIL

Interés superior del niño. Reintegro de los menores a su hogar.

1. — El interés superior del niño representa una herramienta hermenéutica que obliga a los jueces y a las juezas a interpretar la circunstancias fácticas traídas a su consideración y resolviendo las mismas teniendo en miras la máxima satisfacción integral de derechos, analizado no en abstracto, sino en concreto en cada caso en particular.

2. — Los progenitores han manifestado su deseo de que las niñas retornen al hogar, y se han preparado para recibirlas; han mudado su residencia a una vivienda más grande, más cómoda, cuentan con los recursos para cubrir las necesidades básicas de sus hijas, han realizado tratamiento psicológico tal como se les indicó, y han cumplido con el proceso de revinculación en forma telefónica. Es cierto que existe una causa penal que se encuentra aún en etapa de investigación en relación con el progenitor, por eso, es razonable la solicitud y la propuesta efectuada por este de retirarse del hogar familiar para que las niñas sean restituidas al mismo, para que puedan volver a convivir con la madre, en su casa, en su pueblo.

3. — Cuando la víctima es mujer y sufre violencia en razón de su género, se encuentra protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta protección especial.

JNiñ., Juv. y Viol. Fliar y Pen. Juv., San Francisco, 04/03/2021. - B., C. B. - M., W. A. s/ control de legalidad.

[Cita on line: AR/JUR/2688/2021]

SAC N° 9484130

1ª Instancia.- San Francisco, marzo 4 de 2021.

Fundamentos:

1) Que este Juzgado toma intervención en el presente caso a pedido de la Responsable de la Delegación UDER San Francisco, dependiente de Se.N.A.F., a fin de ejercer el control de legalidad dispuesto por los arts. 56 y 64, inc. a) de la Ley Provincial N° 9944.

2) Que con las copias de los DNI de las hojas 5 y 6 surgen los datos filiatorios de la adolescente C. B. B., nacida el día... de... de..., hija de H. S. B. y Y. P. B., y W. A. M., nacida el día... de... de..., hija de J. M. M. y Y. P. B.

3) Que mediante Auto N° 82 de fecha quince de octubre de dos mil veinte, este Juzgado Ratificó la medida excepcional adoptada por la Delegación UDER San Francisco en relación a W. A. M. y C. B. B. (hojas 34-37).

4) Que agregada la fundamentación técnica y jurídica de la Prórroga de la medida excepcional dispuesta por la autoridad de aplicación respecto de ambas menores de edad, y celebrada la audiencia prevista por el art. 56 de la Ley Provincial N° 9944, corresponde evaluar la legalidad de la misma y ratificar o rechazar la medida.

5) El informe técnico elaborado por el Equipo Técnico de la Delegación UDER San Francisco, suscripto por la Lic. Lorena Vanay, que corre agregado en las hojas 54-60 de este expediente, da cuenta de las acciones realizadas e informes recabados desde la toma de la medida excepcional, a saber: a) Entrevista telefónica con el señor J. M. M., quien se muestra verborrágico y niega en todo momento los hechos de los cuales se lo acusa, requiriendo el retorno de las

niñas a su hogar; no se pudo entrevistar a la señora Y. P. B. porque no se encontraba en el domicilio. Se les indicó que inicien tratamiento psicológico ambos a los fines de realizar una evaluación psicodiagnóstica y el abordaje de modalidades vinculares (hoja 54 vta.); b) Entrevista telefónica con K. B. M., hermana de W. A. M., quien expresa que la niña se ha adaptado sin inconvenientes a la dinámica del grupo familiar, ya que mantenían una buena relación previamente, al igual que con su padre; desconoce los hechos que originaron la adopción de esta medida y de antecedentes similares previos; c) Entrevista telefónica con la tía paterna de C. B. B., señora I. M. B., quien expresa que la joven se adoptó sin inconvenientes a su hogar ya que con anterioridad, cuando falleció su padre, había permanecido allí; que conoce algunos aspectos de la disfuncionalidad del vínculo de la pareja J. M. M. y Y. P. B. y que no mantiene relación con ellos; que C. B. B. no ha expresado nada respecto de los hechos denunciados y que continúa manteniendo comunicación con sus hermanos; d) Informe del equipo técnico de Brinkmann en relación a la señora I. M. B. y su grupo familiar: la señora I. M. B. es tía paterna de C. B. B., V. y P., que vivían con su papá y abuela paterna hasta el fallecimiento del progenitor, ocurrido siete años atrás, los niños quedan al cuidado de la abuela y ella colabora en su crianza; la madre ya vivía en F. con su nueva pareja pero veía poco a los chicos, vivía en una casa chiquita, todo estaba desordenado y sucio, y la pareja y su familia toman mucho alcohol, hay violencia, él le pega, ella también grita, viven así desde siempre. Las niñas V. y C. B. B. regresan a vivir con la madre cuando fallece la abuela paterna, permaneciendo P. con la tía I. M. B., pero V. solo permaneció unos meses y luego se fue a vivir con una tía a la ciudad de Córdoba; e) Informe del equipo técnico de D. en relación a la señora K. B. M. y su grupo familiar, donde destacan que W. A. M. se presentó en buen estado anímico, y mostró indicios de mantener un vínculo afectuoso con sus hermanas y resto del entorno familiar; f) Informe de la Trabajadora Social de F., quien visitó la nueva vivienda que ocupa la pareja, que se encuentra en mejores condiciones habitacionales que la anterior y posee los servicios básicos, el mobiliario se encuentra en condiciones óptimas y poseen un local comercial de productos alimenticios en la vivienda. Ambos comenzaron a asistir de manera particular a tratamiento psicológico; g) Informe de la Lic. S. respecto del abordaje realizado con ambos progenitores, quien concluye que "...dadas las características vinculares de esta pareja, donde se puede observar claramente que un sujeto anula al otro, se considera necesario un espacio de contención psicoeducativo para la señora Y. P. B. que brinde herramientas para poder pensarse como mamá y como persona, donde pueda trabajar su autovaloración y posibilidades vitales. La sumisión y la vincularidad con una pareja dominante no permiten que piense y discrimine situaciones, se alinea al discurso de su marido. Si bien su forma de comprender y procesar la información es concreta, en ausencia del señor J. M. M. puede pensar y sacar conclusiones propias cuando se la invita a reflexionar y se siente escuchada..." (hoja 57 vta.); h) Pericia psicológica a la niña W. A. M. efectuada por el Equipo Técnico judicial, ordenada por la Fiscalía interviniente, que concluye que "...no se ha obtenido un relato de la niña sobre los supuestos acontecimientos denunciados, careciendo del indicador específico de abuso sexual...", evidenciándose indicadores diagnósticos de "...carencia de sostén emocional, falta de límites y acompañamiento para un adecuado desarrollo psicomadurativo...", observando por último conductas de hiperalerta y sobresaltos en distintos momentos de la entrevista "... lo cual podría ser indicador de haber vivenciado de manera directa o indirecta situaciones de violencia...", no advirtiendo indicadores de daño psíquico; sugieren dar continuidad al tratamiento psicológico iniciado (hoja 58); i) Informe de la psicóloga que atiende a W. A. M., que es quien lleva adelante el proceso de revinculación de la niña con sus padres a través de llamadas telefónicas. Durante las llamadas, W. A. M. se muestra comunicativa, con interés en contarles lo que está haciendo y lo que vivenció en días anteriores, es respetuosa, cariñosa, atenta al otro, responde a lo solicitado con buen nivel de comprensión y expresión, habla con tonos suaves de manera tranquila. Su papá es quien habla la mayor parte de la llamada y guía la conversación con preguntas, solicitudes y recomendaciones, se muestra verborrágico y con dificultades para escuchar y respetar los tiempos de su hija en la conversación, y se le brindan recomendaciones al respecto. La conversación con su mamá gira en torno a los cuidados, alimentación, abrigo, cuidados que debe tener debido a la pandemia. W. A. M. le expresa sus deseos, pregunta sobre lo cotidiano de ellos. Sugiere continuar con tratamiento psicológico en su lugar de residencia si vuelve con sus padres; además de un seguimiento familiar y que ambos padres realicen tratamiento psicológico (hoja 59), y; j) Informe de la psicóloga que atiende a C. B. B., donde se ve en forma reiterada el pedido de la adolescente de volver a vivir con su mamá (hoja 59).

6) En definitiva, el equipo técnico del Órgano Administrativo considera que surgen de los informes aspectos relevantes respecto a las relaciones vinculares y familiares que deben ser abordadas, sumado a que el proceso de investigación que se originó a partir de la denuncia efectuada en contra del progenitor aún no se encuentra finalizado, por lo cual valoran oportuno solicitar la prórroga de la presente medida.

7) El informe que fundamenta legalmente la prórroga de la medida, suscripto por la Lic. Lorena Vanay y que luce agregado en las hojas 61-62, hace un análisis de las intervenciones realizadas y del informe téc-

nico de la UDER San Francisco, que entiende que aún persisten las causas que dieron origen a la adopción de la medida, y fundamenta la necesidad de prorrogar la medida a los fines de que pueda concluir el proceso de investigación por parte de la Fiscalía interviniente, continuar con las medidas proteccionales en relación a los cuidados integrales y de salud de ambas niñas, fundamentalmente garantizando la continuidad del acompañamiento por parte del equipo técnico de cada localidad y del tratamiento psicológico de W. A. M., y que la progenitora pueda dar inicio a tratamiento psicológico a partir de la sugerencia de la profesional interviniente, a los fines de abordar las características vinculares de la pareja y rol materno. En definitiva solicita que en la etapa procesal oportuna se ratifique la prórroga de la medida excepcional adoptada, por ser ajustada a derecho según lo establecido por los artículos 48, 53, 56 y 57 de la Ley Provincial N° 9944.

8) Con fecha diecisiete de febrero de dos mil veintiuno (hojas 66-68) se celebra la audiencia prevista por el art. 56 de la Ley Provincial N° 9944. En el contacto directo y personal con la adolescente C. B. B., manifestó "...que sigue viviendo en Brinkmann con su tía, está 'más o menos' con su tía, extraña mucho a su mamá y quiere vivir con ella, con sus hermanos y su padrastro en F. Vive con su tío y su tía y su hermano P., está cómoda, habla con su mamá por teléfono, le dice que atiende el negocio, que ve la novela, se interesa por el colegio, cuando habla con su mamá la siente triste porque quiere estar con sus hijos, su mamá habla por teléfono con W. A. M.; J. M. M. y su mamá están bien entre ellos. Que antes iba de la psicóloga pero dejó de ir por decisión suya, pero va a volver a ir porque quiere hacerlo. Tiene amigas, le gusta leer libros, a veces sale a caminar, le fue bien en el colegio el año pasado, el de F., pasó a año. Habla a veces con su hermana W. A. M., la última vez fue el finde pasado, la siente triste porque 'quiere estar con nosotras, con mamá y conmigo'. Necesita estar con su mamá y su padrastro, quiere y necesita volver a vivir con ellos...". Por su parte, la niña W. A. M. dijo que "...que vive en D. con su hermana K., le gusta vivir con K., tiene su lugar en la casa, mira la tele, juega con sus amiguitas J., C., K. y J. que son como sus primas. Pasó a primer grado en la Escuela de F., no sabe si va a empezar este año en D. Papá Noel le trajo una bicicleta hace un montón, K. le regaló un par de zapatillas con luces que tiene puestas. Habla con su mamá cuando va de la psicóloga E., le gusta ir ahí; le gustaría hablar con su papá, pero hace mucho que no habla con él, no la llama nunca, quiere hablar con su papá. Tiene ganas de volver con su papá y su mamá, 'muuuuchas ganas', 'los quiero, los amo' expresa...". La señora I. M. B. expresó "...que no está muy bien, tendría que operarse porque se le cortó el tendón, se le complica seguir teniendo a C. B. B., tendría que cambiar de colegio y no puede ni física ni económicamente, ya tiene a su cargo a su hermanito P. B., y se le complica mucho, no recibe asistencia económica de nadie. Que C. B. B. no da trabajo, es tranquila y pacífica, introvertida, está acostumbrada a vivir con ellos pero quiere vivir con su mamá. Ahora que se vieron, está pegada a su mamá, la extraña y quiere estar con ella. C. B. B. sufrió mucho cuando se separó de su mamá. Cree que la madre está en condiciones de cuidar a C. B. B., ella es ama de casa, y J. M. M. vende ropa, en una época tuvieron un carrito de hamburguesas y C. B. B. ayudaba. C. B. B. habla con la mamá todos los días, la llama la mamá la mayoría de las veces. Que con el padrastro habla muy poco. Cree que la madre de C. B. B. es una persona que necesita a alguien que la ayude, que la siga, J. M. M. es su guía. Cree que C. B. B. estaría bien con su mamá, que incluso podría ayudarla. C. B. B. también se comunica con su hermana W. A. M. telefónicamente, pero nunca están juntas físicamente, solo por teléfono. La psicóloga que atiende a C. B. B. se llama Y. P. En definitiva, cree que lo mejor, lo que haría más feliz a C. B. B., es volver con su mamá, es lo que más quiere. Para seguir teniéndola bajo su cuidado, tendría que hablar con su familia...". Asimismo, la señora K. B. M. expresó "...que W. A. M. le pide volver a F. para empezar el colegio, con sus amigas. Que ella depende de su abuela, que si fuera por ella sola quisiera seguir cuidando a W. A. M., pero depende económicamente de su abuela G. C., que viven en dos casas separadas pero comparten el patio abierto. Que actualmente hace uñas y vende cosas a pedido. Que la ve bien a W. A. M., pregunta mucho últimamente por Y. P. B. (así la llaman a la mamá) y por su papá, dos veces por semana hablan con W. A. M. en presencia de la psicóloga de W. A. M. que se llama J. W. A. M. tiene amigas, juega con la vecinita y con sus primas. Cree que su papá cambió, la llama seguido para preguntar por W. A. M., le pregunta si necesitan algo, le da dinero todos los meses para W. A. M. Le gustaría que W. A. M. empiece el colegio en F., ella pide permanentemente eso. Que su papá habla gritando, es su forma, pero con ella no fue violento, nunca vivió con él en F., desde que se separó de su mamá hace siete años, siempre vivió con su mamá...". Por su parte, el progenitor, señor J. M. M., manifiesta "...que no sabe por qué está acá...". Se le explica que el Juzgado debe ejercer el control de legalidad respecto de la prórroga de la medida excepcional adoptada por la Delegación UDER. El señor J. M. M. expresa "...que le hicieron la Cámara Gesell a su hija W. A. M. y dio negativo. Que el viernes pasado le realizaron la pericia psicológica a él, pero aún no están los resultados. Que quiere que le restituyan a su hija W. A. M. y a la hija de su mujer, C. B. B. Que en caso de no ser posible, ofrece como alternativa retirarse él de la vivienda, instalarse en la casa de su madre, para que ambas niñas puedan volver a vivir con la mamá.-

Hizo tratamiento psicológico con la Lic. S., él y su mujer, y les dijo que los veía bien, les dio el alta y les dijo que no quería sacarles más dinero...". Que él es quien trae el dinero a la casa todos los días. Que suplica que sus hijas vuelvan a casa, rompe en llantos, pide piedad, dice que nunca violentó a su señora ni a sus hijas, "...no les hicimos nada..." expresa. Que al menos solicita que le entreguen las niñas a la madre, él se retiraría del hogar, su señora está en condiciones de cuidar a las niñas, siempre y cuando no le falte el dinero.

Que él hizo tratamiento psicológico, se mudó a una casa más grande, le puso un almacén a su mujer para que lo atienda y tenga un ingreso propio, él se dedica a viajar por el campo y vender ropa al por mayor.-

El Dr. Gabriel Oliva, por su parte, solicitó "...el cese de la presente medida, que las niñas vuelvan al hogar de sus progenitores, y subsidiariamente, que se haga lugar a la propuesta del señor J. M. M. de retirarse del hogar para que las niñas puedan regresar con la madre. El señor J. M. M. acepta retirarse del hogar, acepta también que se le dicte un impedimento de contacto con sus hijas, y acepta un seguimiento de parte de la Delegación UDER y del Juzgado, incluso si tiene que volver al tratamiento psicológico, y se compromete en instalarse en la casa de su madre sita en calle ... de F. Que está dispuesto a aceptar todas esas condiciones para que las niñas regresen al hogar con la madre...".-

La progenitora, señora Y. P. B., expresó no saber el motivo de la audiencia, y luego de explicárselo, dijo "... que tiene contacto telefónico con W. A. M. cuando va de la psicóloga, hablan de cómo está ella, de su día a día, W. A. M. le dice que los extraña, que quiere volver con ellos, que quiere ir a la escuela a F., pero tienen que cambiar de tema porque se angustian mucho. Con C. B. B. también hablan, y C. B. B. también quiere volver a vivir con ellos, dice que los extraña, que se aburre donde está viviendo. Que ella hizo tratamiento con una psicóloga S., y les dijo que no necesitaban más tratamiento, la psicóloga llevó el informe a Uder. Que ahora están viviendo ella y J. M. M. solos en la casa, la casa es grande, tiene tres habitaciones, un garaje, baño. Que en el garaje pusieron el almacén, lo atiende ella, mientras su marido va a vender ropa al campo. Que está de acuerdo con la propuesta efectuada por su esposo, de retirarse de la casa para que sus hijas regresen a la casa, que quiere que sus hijas regresen, no aguanta más, está en condiciones de cuidarlas...", mostrándose muy angustiada.

9) Corrida Vista al Representante Complementario, Dr. Lucio Sarnago, expresa que "...Que luego de escuchar a las partes y de haber tomado contacto directo y personal con las niñas, las que han manifestado su deseo expreso de volver a vivir con su madre a la que quieren y extrañan; teniendo en cuenta la propuesta efectuada por el señor J. M. M. de retirarse del hogar y aceptar y acatar las condiciones que se le impongan; teniendo en cuenta también las dificultades que se les presentan a las familiares que tienen a su cargo a las niñas y el próximo comienzo del ciclo lectivo, considera que sería beneficioso para las niñas reintegrarse al hogar de su madre, a su centro de vida, bajo la condición expresa del señor J. M. M. de no acercarse a la vivienda ni tener contacto con las niñas, y con la supervisión y control del equipo técnico local, para conocer cómo se desenvuelve la dinámica familiar y si las niñas se encuentran resguardadas junto a su progenitora, y si reciben los cuidados y atenciones necesarias por parte de su madre..." (hojas 67 y 68).

10) En la hoja 72 corre agregado un informe del Hospital Pediátrico del Niño Jesús de Córdoba de fecha 17 de abril de 2019, que fuera remitido a la Delegación UDER San Francisco en momentos en que la niña V. A. B. se encontraba internada en dicho nosocomio. El informe refiere entrevistas mantenidas con la niña, en la que relata con detalle situaciones de violencia de género hacia su madre Y. P. B. por parte de su pareja J. M. M. que ella presenció en reiteradas oportunidades mientras vivía en el domicilio.

11) En las hojas 76-78 se agregó copia de la pericia psicológica efectuada al señor J. M. M. en el marco de la investigación por la denuncia tramitada ante la Fiscalía de Tercer Turno de esta sede judicial. El informe concluye, en lo que aquí importa, que "...el señor J. M. M. presenta un discurso coherente, centrado en la angustia generada por la situación familiar y personal que atraviesa. Se observa que puede presentar cierta rigidez en sus juicios y tendencias impulsivas que podrían expresarse predominantemente por vía verbal infiriéndose un yo expansivo, que puede explicar sus rasgos omnipotentes y su tendencia a liderar y dirigir al grupo familiar de manera autoritaria. Dichas características de su personalidad podrían favorecer reacciones violentas ante situaciones de frustración o estrés...". Agrega que "...no presenta indicadores vinculados a distorsiones a nivel psicosexual que puedan predisponerlo a actuaciones desajustadas en dicha área. En su estado anímico actual predomina la angustia y el desconcierto, así como la necesidad de cumplimentar los pasos requeridos para recuperar la unidad del grupo familiar...".

12) Ingresando a la resolución del presente caso, debe tenerse presente que las medidas excepcionales dispuestas por la Se.N.A.F. —órgano de naturaleza administrativa sin facultades jurisdiccionales—, como así también la Prórroga de las mismas, deben ser controladas judicialmente para verificar que se haya dado cumplimiento a los principios jurídicos de oportunidad, proporcionalidad y eficiencia, y haya lo-

grado eficacia o "efectividad" conforme lo establece el art. 11 de la Ley Provincial N° 9944.

13) En el marco del control de legalidad dispuesto por la Ley Provincial N° 9944 (arts. 48, 56 y 64 inc. "a"), el Juez debe verificar que se garanticen los derechos esenciales consagrados constitucionalmente y en las leyes nacionales y provinciales que regulan la materia, así como los pactos internacionales con rango constitucional.

14) En el presente caso se debe resolver sobre la prórroga de la medida excepcional en relación a la niña W. A. M. y a la adolescente C. B. B., lo que supone analizar si la continuidad de las estrategias de intervención por parte de la Se.N.A.F responde a la máxima satisfacción de derechos de los niños, niñas y adolescentes en el caso concreto. En dicha misión resulta central priorizar el "Interés Superior del Niño", en tanto representa una herramienta hermenéutica que obliga a los jueces y a las juezas a interpretar la circunstancias fácticas traídas a su consideración y resolviendo las mismas teniendo en miras la máxima satisfacción integral de derechos, analizado no en abstracto, sino en concreto en cada caso en particular.

15) Del análisis de las constancias de este expediente surge que se debió recurrir a la toma de una medida excepcional ante la sospecha de que las niñas serían víctimas de malos tratos e incluso de abuso sexual. Así pues, surgió la necesidad impostergable de retirar a W. A. M. y C. B. B. de su grupo familiar con la finalidad de preservar su integridad psicofísica mientras se realizan las averiguaciones pertinentes por parte del Ministerio Público Fiscal. Fue necesario recurrir a alternativas familiares, hogares donde las niñas puedan encontrar un marco de estabilidad, contención, cuidado y protección, y donde se les garanticen sus derechos esenciales. Es así que fueron resguardadas dentro de su familia extensa, concretamente W. A. M. en el hogar de su hermana por línea paterna y C. B. B. en el hogar de su tía paterna (arts. 13, 14,17 18, 25 y concordantes de la Ley Provincial N° 9944). Es por ello que este Juzgado ratificó oportunamente dicha medida, considerando que la misma fue adecuada y oportuna.

16) Ahora bien, para resolver sobre la prórroga de la medida, debo analizar si la permanencia de las dos niñas en los hogares familiares donde se encuentran responde a la máxima satisfacción de derechos de las mismas en el caso concreto. En dicha misión resulta central priorizar el "Interés Superior del Niño", en tanto representa una herramienta hermenéutica que obliga a los jueces y a las juezas a interpretar la circunstancias fácticas traídas a su consideración y resolviendo las mismas teniendo en miras la máxima satisfacción integral de derechos, analizado no en abstracto, sino en concreto en cada caso en particular. Al respecto, la doctrina especializada señala que "...Se trata en definitiva de que el juez tenga en consideración todos y cada uno de los bienes necesarios para el desarrollo y la protección de ese sujeto de derechos, y eso solo será posible determinando qué le conviene en un momento determinado, en una circunstancia concreta y fundamentalmente teniendo a su vista el caso particular en análisis..." (Stella Maris Biocca, "Interés Superior del Niño", en Cecilia Grosman —Directora—, RDF, N° 30, Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 23).

17) Siguiendo tal premisa, y luego de analizar todos los elementos probatorios incorporados a la causa, arribo a la conclusión —y con esto adelanto opinión— de que la niña W. A. M. y a la adolescente C. B. B. deben retornar a su centro de vida en la localidad de F. y a la convivencia con su progenitora Y. P. B., aceptando la propuesta efectuada por el señor J. M. M. en la audiencia celebrada en este Juzgado (hojas 66-68). Doy razones:

a) En primer lugar, el deseo expreso de ambas niñas y la necesidad de que mantengan contacto entre sí y con su progenitora, a la que extrañan sobremanera. Tanto W. A. M. como C. B. B. —especialmente la adolescente— han manifestado en las audiencias celebradas en el Juzgado, y también se lo han hecho saber a sus psicólogas tratantes, su deseo de volver a vivir con su mamá (hojas 24-25, 59 y 66-68). En este sentido, debemos recordar que el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño garantiza el derecho del niño, niña y/o adolescente a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, dándole en particular la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. En consonancia, el art. 27 de la Ley Provincial N° 9944 establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a "...participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés...", y "...que sus opiniones san tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo...". Las niñas quieren volver a vivir con su madre, quieren volver a su pueblo, a su escuela, a sus amigos, y este deseo no puede soslayarse;

b) Los progenitores han manifestado su deseo de que las niñas retornen al hogar, y se han preparado para recibirlas: han mudado su residencia a una vivienda más grande, más cómoda, cuentan con los recursos para cubrir las necesidades básicas de sus hijas, han realizado tratamiento psicológico tal como se les indicó, y han cumplido con el proceso de revinculación en forma telefónica. Es cierto que existe una causa penal que se encuentra aún en etapa de investigación en relación al señor J. M. M. Por eso, es razonable la solicitud y la propuesta efectuada por el progenitor de retirarse del hogar familiar para que las niñas

sean restituidas al mismo, para que puedan volver a convivir con la madre, en su casa, en su pueblo. El señor J. M. M. manifestó que acepta retirarse del hogar, no tener contacto con sus hijas y un seguimiento de parte de la Delegación UDER y de parte del Juzgado para que sus hijas puedan regresar al hogar familiar, a la convivencia con la progenitora. Dicha propuesta que fue aceptada también por la señora Y. P. B., madre de las niñas (hoja 67 y 67 vta.). Así pues, considero que no existe entonces impedimento alguno para que las niñas se reintegren a su centro de vida, bajo el cuidado de su progenitora, a quien no se le ha recriminado ningún tipo de actitud violenta hacia sus hijas, sino que por el contrario —tal como se desarrolla a continuación— fue víctima de violencia de género;

c) Quiero destacar en este punto la obligación asumida por el Estado Argentino de juzgar con perspectiva de género y, entonces, considero oportuno reseñar que de los informes agregados en autos, surge que la señora Y. P. B. sería víctima de violencia verbal e incluso física por parte de su pareja. Así pues, cuando la víctima es mujer y sufre violencia en razón de su género, se encuentra protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta protección especial (cfr. "Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer" o "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women" o "CEDAW", aprobada por Ley N° 23.179, la "Convención de Belem Do Pará" o "Convención interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", aprobada por Ley N° 24.632, así como también nacionales a Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y Ley Provincial N° 9283). Los informes psicológicos son contestes en afirmar que el señor J. M. M. es una persona dominante, con pensamiento rígido, con tendencia a liderar y dirigir al grupo familiar de manera autoritaria, con tendencia a anular al otro, y que esas características podrían derivar en reacciones violentas (hojas 56 vta. y 57 y 77 vta.). Entonces, es necesario brindarle a la señora Y. P. B. un espacio de contención y asistencia, donde pueda adquirir las herramientas necesarias para fortalecerse, donde pueda trabajar su autovaloración y autoestima, pensar por sí misma y sacar sus propias conclusiones, y sobre todo, para que pueda tomar real dimensión de situaciones que ha naturalizado. Pero nunca puede castigársela, sumándole a su ya angustiante situación, la imposibilidad de convivir con sus hijas;

d) Dificultades de la familia extensa para la permanencia de las niñas en sus hogares: en la última audiencia celebrada en este Juzgado, tanto la hermana de W. A. M. como la tía paterna de C. B. B., han manifestado que se les hace difícil continuar con el cuidado de las niñas, por cuestiones económicas, de salud, habitacionales entre otras, sobre todo teniendo en cuenta el inicio del ciclo lectivo. Todas estas razones resultan más que atendibles, teniendo en cuenta que estas familias están colaborando y haciéndose cargo de las niñas desde hace varios meses.

18) En síntesis, considero que la prórroga de la medida excepcional solicitada por el Órgano Administrativo no es adecuada, oportuna ni razonable, toda vez que no responde a las premisas y principios establecidos por la normativa vigente en materia de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Entiendo que la opinión de W. A. M. y C. B. B., los cambios proyectados por la progenitora y la propuesta superadora presentada por el padre resultan determinantes para resolver el presente caso. Incluso, tal como destaque, corresponde juzgar con perspectiva de género y, en dicha misión, no puedo obviar que la progenitora que fue víctima de violencia familiar y de género, con lo cual, prorrogar la medida excepcional podría implicar una revictimización o victimización secundaria atento al "castigo" que está sufriendo por no tener a sus hijas viviendo con ella.

19) Finalmente, tomando en cuenta las personas involucradas en el presente proceso, en un todo conforme con las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad —conocidas como las "100 Reglas de Brasilia"—, que fueran aprobadas por la "XIV Cumbre Judicial Iberoamericana" (4 a 6 de marzo de 2008), la resolución tomada será adaptada y explicada en términos claros y sencillos (Reglas N° 72 y 78), como una forma más de garantizar el derecho de información y comprensión de los justiciables (arts. 18 y 42 CN). Solo así se logrará una justicia más abierta, más accesible a los usuarios del sistema judicial y a los ciudadanos en general (Cfr. Claudia A. Poblete - Pablo Fuenzalida González, "Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano", Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law, 69 (junio 2018), ps. 119-138). Es que pensar en los destinatarios de las sentencias y tenerlos en cuenta a la hora de componer los textos es mostrar cortesía con el lector; es aplicar el concepto de empatía al trabajo discursivo y naturalmente ponerse en el lugar del otro (cfr. Leonardo Altamirano, "El lenguaje claro y la cortesía con el lector", Comercio y Justicia, 30/10/2020). En dicha misión, toda vez que "...El juez tiene la obligación de explicarse... No se trata solo de un derecho del usuario del servicio de justicia... El que desempeña una función pública debe hacer saber en forma clara los argumentos y razones que brinda para condenar o absolver..." (Guillermo D. González Zurro, "Sentencias en lenguaje claro", Thomson Reuters, LA LEY, 2018), utilizaré lenguaje comprensible para que W. A. M., C. B. B., sus progeni-

tores y los guardadores hasta el dictado de la presente resolución comprendan mejor lo que se decidió.

Por las razones expuestas y normas legales mencionadas, teniendo en cuenta la opinión del Asesor de Niñez y Juventud y el "Interés Superior del Niño" consagrado en el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño que tiene rango constitucional (art. 75, inc. 22 CN), art. 3° de la Ley Nacional N° 26.061, art. 3° de la Ley Provincial N° 9944, y en cumplimiento del control de legalidad dispuesto por el art. 56, ss. y ccdtes. de la referida norma local, resuelvo: 1) Rechazar la prórroga de la medida excepcional oportunamente adoptada por la Delegación Uder San Francisco dependiente de Se.N.A.F., en relación a la adolescente C. B. B., Documento Nacional de Identidad..., y en relación a la niña W. A. M., Documento Nacional de Identidad... 2) Ordenar el reintegro inmediato de las niñas a su centro de vida y a la convivencia con su madre señora Y. P. B., aceptando la propuesta efectuada por el señor J. M. M. en la audiencia ante este Juzgado. 3) Intimar al señor J. M. M. a dar estricto cumplimiento de su compromiso de retirarse de la vivienda familiar y no mantener contacto con las niñas hasta que se resuelva la causa penal que se instruye en la Fiscalía de Tercer Turno de esta sede judicial. 4) Intimar a los progenitores a continuar con sus abordajes terapéuticos, como así también a que sus hijas C. B. B. y W. A. M. continúen sus tratamientos psicológicos. 5) Instar a la Delegación Uder a continuar trabajando en el fortalecimiento familiar a través de los programas que considere adecuados, y a realizar un seguimiento del grupo familiar, en especial en lo atinente a la continuidad de los tratamientos psicológicos y a la escolaridad de las menores. 6) Lenguaje comprensible para C. B. B. y W. A. M.: "Mi nombre es Andrés, soy Juez, y más allá de las veces que nos hemos visto personalmente, me dirijo a ustedes C. y W. para hacerles saber que mi tarea es controlar que las medidas que toma la Delegación Uder sean correctas y en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Quiero decirles que no estoy de acuerdo con la decisión tomada por la Delegación Uder para que permanezcan con las familias que los han cuidado durante todo este tiempo, sino que considero que ya es tiempo de que regresen a vivir con su mamá. En primer lugar, porque ustedes así lo desean y me lo han dicho más de una vez y, en segundo lugar, porque su mamá también así lo desea y ha aceptado que su papá se retire de la casa por un tiempo, para que vivan ustedes tres solas, en la nueva casa, donde tienen más lugar y más comodidades, y así podrán volver a sus escuelas y a sus amigos. Les pido que estudien, hagan caso a su mamá y continúen sus tratamientos psicológicos. Cualquier duda, pueden hablar en todo momento con el Dr. Lucio que trabaja en la Asesoría de San Francisco, sin perjuicio que quieran comunicarse conmigo, con Amelia o con Alicia (Dante Agodino N° 52, Segundo Piso, San Francisco, Provincia de Córdoba; mail: juzvfasecvf-sf@justiciacordoba.gob.ar; teléfono: 03564-475000, internos 71082-71085). Estoy a disposición para explicarles cualquier duda que tengan". 7) Lenguaje comprensible para Y. P. B. y J. M. M.: "Mi nombre es Andrés, soy Juez, y más allá de las veces que nos hemos visto personalmente, ya les expliqué que mi trabajo es controlar que las medidas que toma la Delegación Uder sean correctas y en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Quiero decirles que no estoy de acuerdo con la decisión de Uder de que sus hijas permanezcan más tiempo con los familiares que las cuidan. Creo que el compromiso de J. M. de retirarse de la casa resulta suficiente para que C. y W. puedan volver al hogar a vivir con su mamá, a la que extrañan mucho. A ambos les pido que continúen con sus tratamientos psicológicos, ya que les serán muy útiles para llevarse mejor y tener una relación más sana, más armoniosa, tanto de pareja como con sus hijos. Cualquier duda, pueden hablar conmigo en todo momento, con Amelia o con Alicia (Dante Agodino N° 52, Segundo Piso, San Francisco, Provincia de Córdoba; mail: juzvfasecvf-sf@justiciacordoba.gob.ar; teléfono: 03564-475000, internos 71082-71085). Estoy a disposición para explicarles cualquier duda que tengan". 8) Lenguaje comprensible para K. B. M. e I. M. B.: "Mi nombre es Andrés, soy Juez, y quiero agradecerles especialmente K. e I. por todo lo que hicieron en este tiempo. Sabemos del amor que sienten por C. y W., amor que se expresó en dedicación, atención y demás cuidados que requieren los niños y adolescentes. Mi tarea es controlar que las medidas que toma la Delegación Uder sean correctas y en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, creo que llegó el momento que C. y W. vuelvan con su mamá porque ellas expresamente me lo pidieron, y porque el papá accedió a retirarse por un tiempo de la casa. C. y W. tienen derecho a vivir con su mamá, quién les dio la vida y a quién reconocen como tal y aman. Esto no implica que Uds. no puedan ver a C. y W. o que pierdan todo tipo de contacto. Al contrario. Se trata de sumar afectos, y en dicho objetivo, no tenemos dudas que Uds. seguirán brindando amor y cariño a C. y W., ya que son familia ayer, hoy y siempre. Cualquier duda, pueden hablar en todo momento conmigo, con Amelia o con Alicia (Dante Agodino N° 52, Segundo Piso, San Francisco, Provincia de Córdoba; mail: juzvfasecvf-sf@justiciacordoba.gob.ar; teléfono: 03564-475000, internos 71082-71085). Les reitero mi agradecimiento por los cuidados que brindaron a C. y W. durante este tiempo. Estoy a disposición para explicarles cualquier duda que tengan".- Protocolícese, notifíquese, ofíciese, hágase saber y dése copia. — *Andrés E. Peretti.*

ABUSO SEXUAL INFANTIL

Relato de la víctima. Dictamen profesional. Cámara Gesell.

1. — La Defensa ha centrado su estrategia en desacreditar el testimonio de la niña, omitiendo valorarlo en cuanto a las pautas de valoración del testimonio de niños víctimas de abuso sexual infantil, y también tergiversando los claros conceptos vertidos por la experta, quien de manera alguna afirmó la inexistencia de un hecho de abuso sexual en el relato de la niña, sino que este carecía de datos suficientes como para realizar el SVA, por tratarse de un abuso sexual simple; por lo demás, la falta de imposibilidad de realizar un dictamen sobre la credibilidad de los dichos de la niña de manera alguna siembra la duda a favor de su asistido, toda vez que la veracidad de sus dichos se alza ante el contexto probatorio valorado.

2. — En los casos en que existe el testimonio único de la mujer víctima de violencia sexual, su declaración se constituye en prueba fundamental y debe vincularse con otros indicios, que otorguen elementos corroborantes que aporten solidez, de modo independiente, a la versión de la acusación que habilita a la condena.

3. — El fallo impugnado desarrolla la descripción de la conducta gestual y corporal que tuvo a la vista al observar a la niña espontánea cuando habla de su vida cotidiana, hermanos, mascotas, juguetes, pinturas, pero cuando comienza a hablar del hecho investigado hay un repentino cambio emocional, corporal, gestual, que evidenciaba vergüenza, timidez y reticencia a poner en palabras el hecho de abuso sexual que había la tenido como víctima.

Trib. Impug. Río Negro, 04/03/2021. - M. B. C. s/ abuso sexual.

[Cita on line: AR/JUR/2694/2021]

Expediente MPF-RO-06123-2018

Viedma, marzo 4 de 2021.

En función de lo dispuesto por el artículo 239 del CPP, como consecuencia de la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa del imputado, se convocó a las partes a audiencia oral que se realizó de manera remota a través de la plataforma Zoom, en la que se escucharon los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos contra el pronunciamiento jurisdiccional. Intervinieron, por la Acusación la representante del Ministerio Público Fiscal, doctora Belén Calarco, y por la Defensa la doctora Mariana Serra, en representación de C. M. B. En cuanto a la admisibilidad formal del recurso de la defensa, a la que no tuvo objeciones la Fiscalía, este es formalmente admisible habiéndose acreditado la presentación en plazo, forma con los requisitos de objetividad y subjetividad (artículos 222, 228, 230 y 233 del CPP).

1. Antecedentes.

Mediante sentencia de fecha 3 de diciembre de 2020, la Jueza de Juicio Verónica Rodríguez, del Foro de Jueces de la Cuarta Circunscripción Judicial de la provincia, resolvió condenar a C. M. B., como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo reiterado (4 oportunidades) en concurso real (arts. 45; 119, 1° párrafo y 4° párrafo inciso "b" y 55 del CP), a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, y al cumplimiento de reglas de conducta del art. 27 bis del CP, por el término de dos años y bajo apercibimiento de ley en caso de incumplimiento injustificado.

Consta en la sentencia que se acusó y condenó al imputado por el siguiente hecho:

"Ocurrido el día 6 de noviembre de 2018, en horas del mediodía, en el domicilio de ... de General Roca (RN) y en al menos tres oportunidades anteriores a esa fecha, ubicables estimativamente en el año 2018. En dichas circunstancias en momentos en que C. M. B. se encontraba solo con su bisnieta J. A. D. N. por ese entonces de 5 años de edad, ya que nació el día 26 de noviembre de 2012, ya que la mamá de la niña, V. S. N. y su abuela, S. A M. se encontraban en el patio del domicilio, allí abusó sexualmente de la niña mediante tocamientos en la vagina por arriba de la ropa, y le levantó la remera con intenciones de tocarle sus senos. Estas prácticas las realizaba el imputado mientras J. miraba televisión y cesaba en su accionar en el momento en que ingresaban a la vivienda, ya sea la mamá de la nena o abuela."

2. Presentación de los agravios y respuestas. Agravios de la Defensa.

La Defensa indica que no se ha adquirido el nivel de certeza que requiere toda sentencia condenatoria, por lo que debería ser revocada.

Refiere que la Jueza de juicio se basó, para tener por probada la existencia de un hecho de contenido sexual, en los dichos de la niña J. A. D. N. que la época de los hechos denunciados tenía 5 años y a la época de la Gesell más de 6. Pero, a su criterio, la sentencia tiene que ver más con una íntima convicción que con una debida fundamentación.

Puntualiza los dichos de la niña en cámara Gesell y señala que la jueza concluyó que la niña con las palabras y recursos propios de su edad y estado evolutivo dijo lo que le pasó, y que se apoyaba en los testimonios de la Lic. M., de la Lic. G. y de la Lic. H. de la OFAVI.

La Defensora descarta la relevancia de estos testimonios, porque, a su criterio, no evidencian la existencia de un acto de contenido sexual. La angustia de la niña mencionada por la Lic. M. pudo deberse a que el imputado es su bisabuelo y a que su abuelo estaba muy enfermo. La Lic. G. manifestó que la niña no presentaba ni daño psicológico ni trauma.

Menciona también los testimonios de V. S. N. y de S. A M., madre y abuela de la niña, respectivamente, también de G. M. F. M., maestra de la nena. Y sostiene que esta última, que fue contrainterrogada por la defensa, dio información de baja calidad como sustento probatorio para condenar.

Resalta la declaración de J. N., que, según la impugnante, la jueza omitió considerar, y que relató como fue el abuelo con ellos toda la vida, que casi convivieron, que sus hijos están bajo el cuidado del abuelo en quien confía plenamente.

Considera que no hay prueba respecto de los 3 hechos por los que se dispuso el concurso real. Solicita, por lo expuesto, que se revoque la sentencia y se absuelva a su asistido.

Responde de la Fiscalía.

La Fiscalía afirma que el testimonio de la niña fue evaluado con completa imparcialidad y objetividad en base a otras pruebas. Considera que la jueza ha hecho una sentencia analizando todas las pruebas que se presentaron en el juicio y teniendo como norte la declaración de la niña, no solo los dichos sino todo el lenguaje corporal. Refiere que se puede ver claramente como va cambiando su estado de ánimo y la presencia o ausencia de angustia según lo que va relatando.

Explica que quedó en evidencia que hay dos cuestiones que preocupan a la niña, una es la muerte de su abuelo y otra la situación con su bisabuelo, que no es que la niña lo estableció como un abuso sexual, sino como algo que la incomodó, algo que le hizo mal.

Manifiesta que la jueza no solo se apoya en ese relato, sino que es sostenido por tres profesionales que han entrevistado a la nena y han analizado ya sea su psiquis o su declaración o el caso en general. Puntualiza los dichos de la Lic. M., de la Lic. G., y de la Lic. H. y explica cómo dieron sustento al relato de la niña.

Sostiene que el hecho además encuentra corroboración en los testimonios de la abuela y de la mamá, y de la maestra.

Aduce que si la niña en el transcurso de estos dos años nunca cambió el relato y las relaciones nunca volvieron a ser las mismas, debe tomarse como un indicio más de que este hecho sucedió y que tuvo connotación sexual.

Disiente con la defensora respecto de que la maestra aportó información de baja calidad, pero, en todo caso, opina que se trata de prueba indiciaria que corrobora el relato de la niña y no puede dársele más crédito que ese.

Respecto de que no se pudo detectar daño en la niña, argumenta la doctora Calarco que la Lic. G. refirió que los hechos de abuso sexual simple raramente dejan algún tipo de secuela y más aún cuando la niña es escuchada y protegida en forma inmediata, y que no se pudiera realizar el SVA tiene que ver con la edad de la niña y de que el hecho era simple en cuanto al impacto que produce en la psiquis de la persona.

En cuanto al concurso real, explica que la niña habló de regularidad, que lo hacía cuando estaba solo, que pasó antes y siempre en el mismo contexto, en la casa del abuelo, Entiende que corresponde mantener la condena y solicita que se rechace el recurso de la defensa.

A consultas del Tribunal, la defensora refiere que la Fiscal incorpora elementos que no escuchó en la audiencia y que no constan en la sentencia. Insiste en que observen la cámara Gesell.

En uso de la última palabra, la doctora Serra insiste en que, a su criterio, no existe prueba para una condena.

3. Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (artículo 240 del CPPRN).

Luego de nuestra deliberación sobre la temática del fallo, se transcriben nuestros votos en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes cuestiones a resolver:

1ª ¿Qué solución corresponde adoptar? 2ª ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

4. Votación

1ª cuestión. — El doctor *Cardella* dijo:

Solución del caso.

Este Tribunal sostiene como estándar probatorio —en los casos que existe el testimonio único de la

mujer víctima de violencia sexual—, que la declaración de la víctima se constituye en prueba fundamental y debe vincularse con otros indicios, que otorguen elementos corroborantes que aporten solidez, de modo independiente, a la versión de la acusación que habilita a la condena.

Ese estándar se nutre del examen de credibilidad, veracidad y contradicción entre las partes sobre la totalidad de le evidencia ingresada a juicio con el fin de no desvirtuar el principio de inocencia. Es en ese sentido, que la valoración de la prueba debe ser analizada rigurosamente al momento de revisar la sentencia ("Antinao", 12/08/2019).

En este caso concreto el testimonio de una niña de 5 años de edad es la única fuente de prueba directa y queda por revisar si sus dichos fueron correctamente tomados y luego vinculados con el resto de las pruebas producidas en la audiencia de juicio por parte de la Jueza y que su decisorio tenga una argumentación jurídica valida que brinde una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia, más allá de toda duda razonable.

Un planteo recursivo de la Defensa es poner en crisis la existencia del hecho, sosteniendo que la prueba bajo su análisis global, no puede llegar a una certeza, porque no se alcanzó el estándar probatorio requerido. Sin embargo, de la lectura del documento se detalla cómo se recepta la acusación que admite la teoría del caso y concluye en la responsabilidad del imputado.

Sabemos que en la audiencia de impugnación no se va a repetir el juicio, sino que se llevará adelante la presentación argumentativa de los yerros de la sentencia que permite revocar o anular el fallo. Por lo tanto, la parte, en este caso la defensa, nos debe presentar qué evidencias faltaron de recolectar o investigar y que pruebas fueron mal valoradas que permitieron establecer que el razonamiento de la jueza de juicio no se ajustara a la fundamentación para dar por acreditados hechos o circunstancias contenidos en la acusación (artículo 190 del CPP).

La jueza de juicio realiza un prolijo detalle de la prueba producida en juicio como fue la reproducción de la Cámara Gesell con el testimonio de la niña víctima J. A. D. N., de su mamá V. S. N., de su abuela S. A M., de la maestra G. M. F. M., de la Directora de la Escuela Y. E. M., de S. S., profesional de la Etap y de las Licenciadas V. M., S. G. y G. H. (entrevistadora de la Cámara Gesell, Psicóloga Forense y personal de la oficina de víctimas del MPF —Ofavi—).

Dice la sentencia, "Analizado así el cuadro probatorio en su conjunto, no encuentro motivo alguno, para que esta niña de 5 años, criada dentro de un grupo familiar por entonces muy consolidado, denuncie falsamente a su bisabuelo, y mucho menos que cuente con las herramientas volitivas, para inventar un suceso de innegable connotación sexual, como el que se ha juzgado a M. B. Sumo a ello, el impacto que los hechos causaron en el grupo familiar, de manera alguna puede negarse que el Sr. M. B., conforme el relato de su hija y de sus nietas, ha sido un buen padre y abuelo, pero ello de manera alguna obsta a la ocurrencia de los hechos, que en esta sentencia doy por probados.

El vínculo entre la niña y el imputado, se encuentra acreditado mediante las convenciones probatorias acordadas por las partes. El imputado, haciendo uso del derecho que le asiste prestó declaración y negó los hechos, lo que de manera alguna conmueve el cuadro probatorio en su contra. La Defensa ha centrado su estrategia, en desacreditar el testimonio de la niña, omitiendo valorar el mismo, no solo a la luz de lo doctrina sentada por el TIP en cuanto a las pautas de valoración del testimonio de niños víctimas de abuso sexual infantil, sino también tergiversando los claros conceptos vertidos por la Licenciada S. G., quien de manera alguna afirmó la inexistencia de un hecho de abuso sexual en el relato de la niña, sino que el mismo carecía de datos suficientes como para realizar el SVA, por tratarse de un abuso sexual simple; por lo demás, la falta de imposibilidad de realizar un dictamen sobre la credibilidad de los dichos de la niña, de manera alguna siembra la duda a favor de su asistido, toda vez que la veracidad de sus dichos se alza ante el contexto probatorio valorado. La falta determinación temporal de los hechos, como las contradicciones en la declaración de los testigos, que la Defensa, intentó introducir a lo largo del juicio, no son tales, ya que las señaladas, tampoco ponen siquiera en crisis la acusación, las demás defensas esgrimidas, caen frente a la contundente prueba de cargo".

La Defensa hizo referencia a la testigo J. N. nieta del imputado, en cuanto a que dicho testimonio no tuvo valoración, pero no indicó que datos aportó en el juicio y estos cuánto peso tenían para modificar la sentencia que cuestiona. Más allá de sus referencias de cómo fue su abuelo con ella, ni el trato que les daba a sus hijos (bisnietos del imputado), sus dichos no aportan al hecho que se investiga. Se trata más de un testimonio para la cesura que para la existencia o no del hecho imputado.

La sentencia expresa sus conclusiones sin que la Defensa plante un error o arbitrariedad en la fundamentación y en función de ello establecer otra solución posible valida como conclusión del conflicto.

En otro agravio, la Defensa, hace referencia a los dichos de la niña dijo en Cámara Gesell. Dice que no

existe una agresión sexual cuando la niña narra un juego, que el imputado solamente le tocaba su panza. La Defensora da su interpretación sobre los dichos de la niña sobre los cuales obtuvo respuesta en la sentencia y ahora en la impugnación no propuso un agravio concreto contra esas respuestas.

En esa dirección el fallo expresa que la Cámara Gesell, en palabras de la Psicóloga Forense S. G., "es válida, fue realizada adecuadamente las preguntas correctas, se tomaron los recaudos, preguntas sugestivas indicativas, se contó con todos los cuidados para poder realizarla, la menor no había hecho tratamiento psicológico. Se ha obtenido una declaración de lo sucedido, se refiere al hecho abusivo que describe la menor". Sobre este punto no hubo un agravio, por lo tanto, la metodología de la entrevista no está cuestionada.

Cuando vamos a la sentencia la Jueza transcribe en detalle el testimonio de J. A. sobre el cual no hay agravio. Si existe un cuestionamiento por parte de la Defensa que realizó en el alegato de clausura y lo reitero en nuestra audiencia. Es el lugar del toca miento y el estado de ánimo de la niña. Del tocamiento ya se hizo referencia y de su ánimo se propuso una posibilidad que la niña estuviera más preocupada por el estado de salud de uno de sus abuelos (quien posteriormente falleció) y no por el hecho que se investigaba.

Sobre esos puntos la sentencia dio respuesta, la jueza nos transmite que analiza este testimonio de acuerdo al estadio evolutivo de la niña sobre una mirada de género frente a una agresión sexual, para lo cual cita legislación y antecedentes jurisprudenciales sobre los cuales la Defensa no hizo una observación objetiva distinta de la alcanzada por la magistrada.

Tengamos presente que una conclusión de la jueza es que la niña no tenía motivos para hablar con falsedad contra su bisabuelo. A lo que agregamos que, en el espacio de la entrevista de la Cámara Gesell, sabía que estaba hablando de los tocamientos que sufrió por parte del imputado y no del estado de salud de su abuelo enfermo.

El fallo desarrolla la descripción de la conducta gestual y corporal que tuvo a la vista al observar a la niña espontánea cuando habla de su vida cotidiana, hermanos, mascotas, juguetes, pinturas, pero cuando comienza hablar del hecho investigado hay un repentino cambio emocional, corporal, gestual, que evidenciaba vergüenza, timidez y reticencia a poner en palabras el hecho que había la tenido como víctima. Y allí le responde a la Defensa, cuando señala "de manera alguna puedo compartir con la Sra. Defensora, que la niña nada dijo en la Cámara Gesell, sino por el contrario A., con las palabras y recursos propios de su edad y estado evolutivo, dijo que "lo que le pasó, se lo contó a la Seño, porque su mamá se lo dijo", "que el abuelo le tocaba la cola", no solo el día que el hecho salió a la luz, sino en tres oportunidades anteriores, que pasaba en la casa de su abuelo que se llama M., que su abuelo lo hace solo cuando su mamá se va afuera a fumar con la abuela, y queda el abuelo solo, él dice que me toca la panza pero no, me toca la panza con la mano, si me toca y cuando entra la abuela o mi mamá no me lo hace y cuando salen si me lo hace", "me sube la remera", "se lo conté a mi seño, porque mi mamá me dijo que yo le cuente", ¿ alguna vez fue distinta? "antes no me lo hacía, no me dijo nada". Hasta la sanción de la ley 26.485, nuestro régimen jurídico no había incluido el factor "género" en las reglas que permiten descifrar, conocer e interpretar la violencia de género" (Di Corleto, Julieta "Valoración de la prueba en casos de violencia de género", ps. 589/606. Garantías Constitucionales en el enjuiciamiento penal. Florencia G. Plazas y Luciano A. Hazan, coordinadores. Editores del Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018).

Luego esos dichos de la niña se corroboran con el resto de la prueba que la Defensa no puede desestructurar. Concretamente me refiero a los dichos que la niña presenta y nos permite ver una situación en la que es agredida sexualmente y que destruye la hipótesis defensista que nos presenta como un juego (un tocamiento en la panza). La sentencia llega a la conclusión que es una agresión de contenido sexual porque el imputado agrede a su bisnieta cuando están solos aprovechando que las otras personas que están en el mismo lugar salen a fumar y controvierte los dichos de su agresor cuando sostiene que no dice la verdad, cuando su mamá y abuela están presentes le toca la panza, pero cuando quedan a solas le toca la cola.

Esa otra versión del hecho que plantea la Defensora queda absolutamente huérfana al no encontrar ningún tipo de corroboración.

Así también la niña, se lo cuenta con sus palabras a su maestra F. M., de quien observamos su declaración a pedido de la Defensa, y no advertimos que de su contraexamen haya podido establecer contradicciones o desacreditación que puedan poner en duda ese testimonio cuando la docente cuenta lo que su alumna agredida le narró. La calidad de su testimonio la brindó la jueza y no demostró que la misma fuera insuficiente, ya que lo concreto es que la niña expresó una conducta agresiva hacia ella por parte del imputado en este caso.

La defensa, respecto a este testimonio y al de J. N., en nuestra audiencia no expuso las necesarias inferencias de sus declaraciones que sostuvieran sus agravios en contra de la sentencia recurrida.

Contra lo observado y descripto por la Jueza en su sentencia ningún un agravio desestabiliza la decisión tomada. Los planteos son otro modo de ver esa declaración desde la subjetividad de quien cuestiona un argumento sin erigir otro de mejor apreciación que pudiera demostrar un análisis invalido en la valoración de la Cámara Gesell.

Al momento de dar mérito o no a los agravios de la defensa, confrontándolos con la exposición desde la fiscalía, del texto de la sentencia y las audiencias observadas se concluye que la sentencia relaciona las declaraciones de la niña víctima con el resto de las pruebas. Allí la defensa no pudo desvirtuar la información brindada en juicio ni desacreditar a las testigos ni marcar otra divergencia.

Del repaso realizado no se configura los puntos de agravio expresados en la audiencia por parte de la Defensa, no se observa ninguno de los puntos sometidos a consideración, porque ninguna de las conclusiones a las que llegó la Jueza de juicio son desacreditadas por su impugnación. De ese modo, lo resuelto se ajusta a la doctrina judicial que sostiene que la prueba de la autoría del imputado que tiene su fundamento principal en la declaración de la propia víctima debe encontrar corroboración en prueba indiciaria conteste que le provea certidumbre a lo referido de modo independiente (Marimbera - STJ - 15/06/2016).

En conclusión, los agravios no sortean los escollos de acreditar su existencia para poner en crisis el fallo que cuestiona, por lo tanto, se rechaza el recurso de la Defensa y se confirma la sentencia condenatoria dictada contra C. M. B., DNI. N° ... Así voto.

La doctora *Custet Llambí* y el doctor *Mohamed Mussi* dijeron:

Adherimos al voto del doctor *Cardella*, por cuanto la solución propuesta resulta de nuestra deliberación. Así votamos.

2ª cuestión. — El doctor *Cardella* dijo:

Que en razón de lo resuelto en la precedente cuestión las costas se imponen al señor C. M. B., por ser la parte vencida (art. 266, CPP). Así voto.

La doctora *Custet Llambí* y el doctor *Mohamed Mussi* dijeron:

Adherimos al voto del doctor *Cardella*. Así votamos.

Por ello, el Tribunal de Impugnación de la Provincia de Río Negro resuelve: Primero: Rechazar la impugnación presentada por la Defensa de C. M. B. Segundo: Las costas se le imponen a C. M. B. Texto Tercero: Registrar y notificar. — *Miguel A. Cardella*. — *María R. Custet Llambí*. — *Carlos M. Mussi*.

ABUSO SEXUAL INFANTIL

Perspectiva de género. Agravios que ya tuvieron tratamiento.

1. — Los preceptos relativos a la perspectiva de género devienen de una manda convencional y su finalidad práctica es resguardar o no dar cabida a interpretaciones de situaciones o casos bajo el velo de estereotipos de género.

2. — Los agravios que ahora plantea la defensa fueron objeto de tratamiento y respuesta en la sentencia en crisis, por lo que estos no trasuntan más allá de la discrepancia subjetiva con lo resuelto.

Trib. Impug. Río Negro, 15/03/2021. - R. R. O. s/ abuso sexual.

[Cita on line: AR/JUR/2695/2021]

Expediente MPF-CI-02674-2018

Viedma, marzo 15 de 2021.

¿Es admisible la impugnación extraordinaria interpuesta por los Defensores de R. O. R.?

A la cuestión planteada el doctor *Cardella* dijo:

1. Mediante sentencia de fecha 16 de diciembre de 2020 este Tribunal de Impugnación resolvió rechazar la impugnación presentada por la Defensa de R. O. R., condenado como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia preexistente con una menor de edad a la pena de ocho años de prisión de cumplimiento efectivo.

2.- El imputado al momento de ser notificado manifestó su voluntad de recurrir la sentencia dictada por este Tribunal por lo que procurada la intervención de sus defensores por el plazo de diez días para que provean la adecuación técnica de su pretensión recursiva. Así los defensores —Dres. Michel Rischmann e Iván Radeland— interponen impugnación extraordinaria contra el decisorio de marras expresando que el decisorio impugnado causa un gravamen irreparable a su defendido y encuadran jurídicamente la vía impugnaticia en los términos del segundo supuesto del art. 242 CPPRN en función del artículo 14 de la Ley 48, pues aseguran que en la presente se han vulnerado garantías constitucionales, efectuando una reseña de los antecedentes del legajo.

3. Los agravios.

3.1. En primer lugar, sostienen que existe un error en la interpretación del instituto de la perspectiva de género que realiza la sentencia.

Transcriben así parte del párrafo del voto rector en que alude a la existencia de estereotipos contra la mujer en los agravios de la Defensa y refieren que pareciera que cualquier mirada analítica sobre el testimonio de la víctima, resulta un agravio a la mujer en su calidad de tal y que la postura del Tribunal de Impugnación es que el testimonio de la mujer no puede ni debe ser sentencia verificado, asignándole valor probatorio absoluto lo que atenta contra el sistema de libertad probatoria y de la sana crítica racional. Aducen que lejos de interpretar adecuadamente el instituto de la perspectiva de género, lo aplica desfigurando los estándares de valoración y análisis de la prueba.

Critican que conforme las pautas de interpretación del Tribunal de Impugnación se han establecido como estándar probatorio que, en casos de abuso sexual, basta con el testimonio de la víctima.

Citan precedentes del Superior Tribunal de Justicia para dar sustento argumental a sus dichos y refieren que resulta necesario que la declaración de la menor se relacione con otras pruebas e indicios y que nada tiene de estereotipado observar si los dichos de la víctima se condicen con los indicadores de abuso sexual usualmente aceptados como tales, más si se reconoce que el abuso sexual produce efectos adversos sobre la víctima y del resto de la prueba no surge la existencia de tales efectos, por lo que en tal caso resulta licito dudar del testimonio de la víctima. Conforme el criterio del Superior Tribunal de Justicia, el testimonio de la víctima debe presentar coherencia interna y externa con el resto de la prueba que permite deducir en conjunto la existencia de un abuso sexual, lo que refieren, no se da en la sentencia en crisis.

Se remiten a diversos puntos de los que entienden, se constató la presencia de efectos contrarios a los aceptados por las ciencias de la psicología y la jurídica, lo que consideran implica una contradicción con el relato de la víctima, planteando el yerro de este Tribunal en la interpretación del estándar probatorio.

3.2. En segundo lugar, plantean la absurda valoración de la prueba:

Parten de la conclusión de que si en juicio no se acredita la presencia de efectos de abuso sexual en la víctima ello puede generar carencia de soporte del mismo por ausencia de indicios y si se prueba la presencia de hechos o circunstancias contrarias a las de un abuso sexual, trae aparejado la desacreditación del testimonio de la víctima.

Señalan que en juicio se acreditaron ambos extremos, que en su conjunto implicaban una clara contradicción con el testimonio de M., por lo que el acusado ha sido víctima de una arbitrariedad en la valoración de la prueba, que de haberse hecho apropiadamente se habría llegado a su absolución. Citan fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tal sentido refieren que este Tribunal nunca respondió a los cuestionamientos de esa parte, que versaban respecto a que M. jamás tuvo un solo síntoma de abuso sexual, al menos hasta sus 17 años.

Analizan cada agravio de la impugnación ordinaria e indican lo que a su entender han sido valorados absurdamente por el Tribunal de Impugnación. Así señalan que M. y su psicóloga relatan que a los 16 años de edad tuvo un problema, el develamiento, pero de la declaración de los testigos se desprende que tuvo una infancia normal y sin problemas hasta sus 17 años de edad, por lo que ambos enunciados no pueden coexistir.

Por otro lado, refieren que la psicóloga de M. dijo que esta tenía daño psicológico, pero la perito psicóloga informó que no tenía ningún trastorno psicopatológico, por lo que ambos enunciados resultan contrapuestos.

De lo referido, concluyen que la existencia de enunciados opuestos emanados de la prueba, llevaría a afirmar que algo es y no es al mismo tiempo, lo que refieren una conclusión imposible y por ende convierte a la sentencia en arbitraria por violar el principio de logicidad.

3.3. Plantean la violación a la *in dubio pro reo*. Afirman que, en el decisorio en crisis, no obra el criterio utilizado por los jueces para dar preponderancia a la hipótesis de condena por sobre la no culpabilidad o inocencia y que, ante la plausibilidad de ambas versiones de los hechos, debería aplicarse el citado principio.

Expresan haber planteado la existencia de material probatorio que indicaba que debía mantenerse el estado de inocencia de su cliente, que afirmaran no fue analizada por este Tribunal.

3.4. Finalmente plantean la violación de al derecho al doble conforme y aducen que conforme el precedente "Casal" de nuestro Máximo tribunal de la Nación, el derecho de recurrir el fallo ante Juez o Tribunal Superior —8.2 inc. h de la CADH— requiere garantizar una revisión integral, exhaustiva y amplia del fallo, que resulta concordante con el derecho de defensa en juicio del imputado.

Citan precedentes de la Corte Suprema (cf. 1856/2006(42-S)/CS 1 "Silva" entre otros) y afirman que el Tribunal de Impugnación ha incumplido con

su función revisora al no expedirse sobre los agravios planteados por esa Defensa ni expresar los motivos de su rechazo, al considerar normal que una víctima de abuso sexual gravemente ultrajante esté en perfectas condiciones físicas, psicológicas y sociales y sienta afecto por su abusador al menos hasta su develamiento. Efectúan la reserva del Caso Federal.

4. Corridas las comunicaciones en los términos del artículo 244 del CPPRN al Ministerio Público Fiscal y la parte querellante a fines de que formulen la contestación de los agravios planteados por la Defensa de R., no fueron respondidas por parte de los comunicados.

5. Análisis y decisión:

En relación a los estereotipos de género y el planteo de error en la interpretación del instituto de la perspectiva de género en su faz probatoria, los preceptos relativos a su aplicación devienen de una manda Convencional y su finalidad práctica es resguardar o no dar cabida a interpretaciones de situaciones o casos bajo el velo de estereotipos de género cuyo abordaje y aplicación fue claramente explicado en el decisorio en crisis.

En tal sentido, al iniciar el tratamiento de los agravios de la impugnante se puntualizó que los dos primeros agravios se vinculaban a contradicciones de expresiones de la víctima, ello es "si tenía presente en su psiquis los hechos de abuso o los había reprimido en su olvido..." y frente a tal aspecto el fallo indica, "Aquí se constata el estereotipo que presenta a la mujer como una persona no confiable..." para luego concluir que "La defensa pretende determinar la credibilidad de la víctima en función de la idea preconcebida sobre la forma que debía actuar antes, durante y luego de cada agresión sexual...".

No se observa error en la interpretación bajo perspectiva de género pese al esfuerzo de la Defensa por demostrarlo, más si la disconformidad de la impugnante con lo interpretado y decidido en el voto rector en tal sentido. Así, la crítica de la defensa luce parcializada, pues omite explicar de qué manera el pretendido agravio conculca los preceptos del segundo supuesto del artículo 242 del CPPRN en el caso concreto.

Respecto a la absurda valoración de la prueba que propone el recurso, concretamente entre el testimonio de la víctima y el resto de la prueba, de ningún modo resulta ser un atentado contra los Derechos constitucionales que asisten a su defendido.

En tal sentido, sobre la declaración de M. se estableció: "La defensa no demuestra ninguna contradicción ni inconsistencia en la declaración de M. y su agravio solo se sustenta en una opinión subjetiva de cómo debía haber actuado la víctima frente al ataque sexual; cuando existen tantas posibilidades de reacción como personas agredidas." por lo cual, partir en su agravio desde la premisa de haber demostrado que el testimonio de la víctima es auto contradictorio, resulta demostrativo de que la Defensa desatiende las consideraciones oportunamente brindadas al respecto.

También se dio motivos sobre el análisis de la valoración a que la víctima no manifestó síntomas de abuso sexual. La Defensa, ahora, expresa que el precedente "Nasimbera" no resulta aplicable al caso. Pese a ello, en la presente impugnación la Defensa ensaya una explicación y refiere: "Cuando esta defensa planteó que ello era tan solo un ejemplo, siendo que en la primera parte de este recurso hemos demostrado que existe numerosa jurisprudencia rionegrina...". Aun así, sostenemos que, pese a la aclaración, no se entiende el motivo de citar jurisprudencia no aplicable al caso.

Otro de los planteos tuvo expresa respuesta respecto a que la víctima debía evidenciar cambios en su conducta —manifestar síntomas de abuso—. Sobre el particular se controló la afirmación del Tribunal de juicio "...la sentencia valora la declaración de la testigo perita del Poder Judicial Licenciada Giuliana Marzo la, quien resalta sobre M., que en sus entrevistas se encontraba angustiada y en sus conclusiones se expresó sobre la vida de la víctima, su familia, su educación y respecto a su perfil de personalidad y que no surgieron indicios de manipulación o fabulación. Haciendo hincapié sobre el planteo de la defensa, dice el fallo..." En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la victima sostiene que no se le puede exigir a quien resulta víctima de un delito de estas características, que desarrolle determinados comportamientos, como una suerte de actos mecánicos, estipulados y de producción automática, pues eso va a contramano de la condición humana misma, que no reviste aquellas características objetivas, sino que justamente varían de acuerdo a cada ser humano. Desatender el testimonio de la niña por no haber evidenciado algún indicio fisiológico o emocional, tales como pesadillas u otros temores, angustias o cualquier otro estado de ánimo, es no mirarlo bajo el tamiz, no solo de la inexperiencia que presenta en algunos aspectos de su vida, producto de su edad y nivel de madurez intelectual, sino de la especial situación en la que se encuentran inmersas las personas sometidas a estos hechos. ("Sanelli"). Y cuando vimos la declaración de la víctima, observamos cuan afectada estaba la mujer víctima.

De la misma manera, el planteo que la Defensa vuelve a invocar en su profuso escrito que a los 13 años la víctima tuvo un episodio traumático al saber la verdadera identidad de su padre biológico y al respecto dijo: "Esta tesis ante el tribunal, la defensa no demostró como ese hecho traumático en la vida de la víctima influyera en su denuncia, ya que no se advierte ningún interés o contradicción. No hay ninguna prueba que justifique el planteo, por el cual aquel profesional de la salud mental debía haber advertido la situación de abuso cuando M. va por una cuestión de encontrar su identidad frente a la noticia que su papá biológico es otra persona. Agregamos, también, que no está acreditado que exista un manual o protocolo de indicadores de abuso sexual para utilizar protocolarmente en cada sesión de consulta o sesión terapéutica en la psicología o psiquiatría" por lo que se advierte, el planteo resulta una mera discrepancia con lo expresado en el voto rector al respecto. Respecto al planteo relativo al develamiento tardío la Corte IDH, señala, "Tampoco procede desestimar el testimonio de las víctimas por su develamiento tardío por cuanto resulta usual que las víctimas relaten este tipo de hecho cuando pueden hacerlo, si es que logran hacerlo a lo largo de su vida. Al respecto ha dicho la Corte Interamericana: "Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente [...]" (Caso J. c. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013).".

En cuanto al tema relativo a la excelente relación entre la víctima y el imputado, se advierte que el agravio fue objeto de respuesta y oportunamente se consideró, "Este planteo, también, tuvo respuesta en la sentencia y aquí su valoración:... " y en tal sentido, luego de proveer el pertinente análisis del planteo, la sentencia concluyó: "Recordemos que luego de enviar esas cartas, frente a una relación sexual es que la víctima rememora en su pasado los ataques sexuales y desde allí comienza el desarrollo de todo un proceso sobre el cual la defensa no presenta una prueba que avale otra alternativa o descalifique por invalido o contradictorio la conclusión del fallo".

Respecto al planteo relacionado con el daño en la psique de la víctima, la sentencia en crisis expresó: "La figura del tipo penal no prevé que para la consumación del delito contenga este daño... sin embargo, se presenta esta idea como necesaria y se trata de dar sostén probatorio en el contraexamen a la psicóloga Fontelos, la sentencia también respondió a este planteo". Luego el voto rector refiere que "La defensa en juicio y ante nuestra audiencia pretendió descalificar la capacidad profesional de la Licenciada Fontelos" respecto a lo cual el voto rector analizó y concluyó que: "Pese a su esfuerzo, la defensa no logró desacreditar la capacidad profesional de la testigo.".

Como se puede observar, del análisis efectuado se desprende que los agravios que ahora plantea la Defensa fueron objeto de tratamiento y respuesta en la sentencia en crisis, por lo que estos no trasuntan más allá de la discrepancia subjetiva con lo resuelto. Asimismo, advierto que omite la impugnante explicar los motivos por los cuales entiende que sus planteos encuadran en los supuestos del art. 242 del CPPRN para habilitar la vía extraordinaria que pretende, por lo que sus agravios no han de prosperar.

Del recurso no se acredita la violación al principio in dubio pro reo que habrá la vía del recurso extraordinario federal. Al respecto la Defensa inicia el planteo, partiendo de una premisa consistente en que "la prueba indica conclusiones contrapuestas". La sentencia expresa, "La defensa no acredita en concreto la impugnación, el vicio o error de la sentencia, ya que el agravio debe ser objetivo, quien recurre debe diferenciarlo de la disconformidad subjetiva con la decisión...". En ningún pasaje del mismo se alude a la posible existencia de conclusiones contrapuestas en el análisis en los diversos planteos efectuados. Es más, la conclusión del referido apartado culmina: "En conclusión, la sentencia condenatoria es una decisión jurisdiccional racional y consistente, sus argumentos son coherentes y no existe contradicción entre ellos. Así lo resuelto se ajusta a la doctrina judicial que sostiene que la prueba de la autoría del imputado que tiene su fundamento principal en la declaración de la propia víctima encuentra corroboración en prueba indiciaria de modo independiente." por lo que el agravio no ha de prosperar.

6. En suma, analizados los planteos de la recurrente entiendo que los mismos resultan una crítica fragmentada y exponen solo una discrepancia subjetiva con el criterio sostenido por el Tribunal. Como se advierte de la simple lectura, la sentencia da razones que quedan incólumes ante la crítica intentada en el recurso.

Los agravios que aquí se reiteran ya fueron tratados en la instancia de revisión sin que en esta instancia se logren demostrar circunstancias que ameriten la habilitación de la vía extraordinaria.

La decisión impugnada garantizó el doble conforme de lo decidido. Cabe señalare que el STJ ha sostenido que el código de rito no prevé intervención de ese Cuerpo "como una suerte de tercera instancia, puesto que el control se encuentra restringido a los motivos expresamente previstos en su art. 242" ("Merlo" Se. 02/12/2019). En el caso, sobre la mera discrepancia con lo decidido, ante la ausencia de motivos que demuestren la arbitrariedad que habilite la

instancia del art. 242 del CPPRN, lo que en realidad se pretende es la vía hacia una segunda instancia de revisión, lo cual que resulta ajeno al sistema procesal vigente. En consecuencia, propongo que sea declarado inadmisible. Así voto.

La doctora *Custet Llambí* y el doctor *Mussi* dijeron:

Adherimos al voto del doctor *Cardella*. Así votamos.

Por ello, el Tribunal de Impugnación de la Provincia de Río Negro resuelve: Primero: Declarar inadmisible la impugnación extraordinaria presentada por la Defensa de R. O. R. Segundo: Registrar y notificar. Se deja constancia de que la Jueza María Rita Custet Llambí participó del Acuerdo y expresó su voto en el sentido antes expuesto, aunque no suscribe la presente por encontrarse de licencia. — *Miguel A. Cardella*. — *Carlos M. Mussi*.

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

DELITOS SEXUALES Y TRATA DE PERSONAS

CONCORDADO CON LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA Y EUROPEA

4.ª edición actualizada y ampliada

Jorge Luis Villada

2021

Código QR
con material adicional.

1 Tomo
Disponible en papel y *eBook*.

Obra inspirada no solo en aquellos conocimientos que surgen de la reconocida capacidad del autor, sino que también está trabajada por un cuerpo de notables y destacados especialistas en otras ramas de las principales ciencias auxiliares y complementarias del Derecho Penal, que convierten a este emprendimiento en un verdadero trabajo interdisciplinario. De esta forma, la publicación representa un texto de consulta obligatoria para quienes aspiran conocer y profundizar la particular problemática que aquí es abordada.

Esta nueva edición ofrece un tratamiento completo de aquellas nuevas formas delictivas contempladas en nuestro Código Penal que se vinculan particularmente con menores, como el caso del *grooming*, la pornografía infantil, etc., como así de otras figuras ilícitas especialmente referidas a los abusos en la minoridad y a delitos íntimamente relacionados con el ámbito de protección sexual de la víctima.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

TRATADO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO

2021

Director: **Juan G. Corvalán**

Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

3 Tomos
Disponibles en papel y *eBook*.

El propósito de esta obra es presentar las herramientas básicas para que la inteligencia artificial esté al alcance de todo aquel interesado en comprender o aplicar este gran conjunto de herramientas en su disciplina, en su vida diaria o en su organización. Se realiza un recorrido por *machine learning* o aprendizaje automatizado, brindando ejemplos tanto introductorios como de aplicaciones ya desarrolladas o potenciales para el campo del Derecho.

Algunos de los temas tratados son: Técnicas de inteligencia artificial. Inteligencia artificial compatible con los derechos humanos y con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Marco jurídico de derechos humanos para una IA al servicio de las personas. Recomendaciones de organismos internacionales para las empresas sobre IA. Evaluaciones del efecto de la IA en los derechos humanos y consultas públicas. Inteligencia artificial y desarrollo sostenible. Uso ético de la IA. Identidades digitales. Proteger datos en la era de la inteligencia artificial. Retos y desafíos del tratamiento automatizado, entre otros.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam