

RDP

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

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

DIRECTORES:
PATRICIA ZIFFER
MAURO DIVITO

Septiembre 2021 | 9

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 agosto 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

Septiembre 2021 | 9

 **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 Zurqueta

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 Wierzb
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 Covi
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

DOCTRINA

Lineamientos sobre el consentimiento en el allanamiento <i>Alberto Sandhagen</i>	3
---	---

JURISPRUDENCIA ANOTADA

EXTINCIÓN DE LA PENA Rebeldía. Imposibilidad de notificar al imputado. Rechazo	45
---	----

Sobre la prescripción de la pena <i>Ricardo D. Smolianski</i>	48
--	----

ENCUBRIMIENTO Ofrecimiento de suma de dinero para que la víctima modifique su declaración. Conducta penalmente típica. Revocación de la absolución. Disidencia	61
---	----

La figura de encubrimiento por favorecimiento personal. Reflexiones sobre su tipicidad <i>María Celeste López Woites</i>	67
---	----

JURISPRUDENCIA

REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO Tribunal Superior de la causa que rechaza la revisión de la sentencia absolutoria	79
--	----

EXTRADICIÓN Planteo de prescripción de la pena. Improcedencia	81
--	----

APREMIOS ILEGALES Condena impuesta a agentes penitenciarios. Golpiza dada a internos. Ponderación de la prueba. Elección de lugares reservados para concretar el hecho	85
---	----

VENTA DE MERCADERÍAS PELIGROSAS PARA LA SALUD Dióxido de cloro ofrecido en venta por redes sociales en contexto de pandemia por COVID-19. Revocación de sentencia que archivó las actuaciones por inexistencia de delito. Posible adecuación a la figura del art. 201 del Cód. Penal	92
---	----

CIBERDELITOS

Medida cautelar destinada a ordenar a un banco que se abstenga de efectuar descuentos en la cuenta bancaria del actor. Préstamo que habría sido obtenido por terceros mediante la obtención de las claves de acceso. Consumidor hipervulnerable. Mayor exposición de los adultos mayores a los riesgos cibernéticos. Procedencia	93
--	----

DELITOS TRIBUTARIOS

Evasión fiscal simple. Condición objetiva de punibilidad. Reforma de la ley 27.430. Aplicación como norma penal más benigna. Atipicidad de la conducta	97
--	----

INCAPACIDAD SOBREVINIENTE EN EL PROCESO PENAL

Mujer de 71 años con antecedentes de trastornos cardiovasculares sistémicos y otras patologías. Estado psíquico que permite comprender el contenido de la imputación y ejercer su defensa. Debate a realizarse por videoconferencia en presencia de un familiar.....	100
--	-----

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA

Sobreseimiento por criterio de insignificancia. Revocación de sentencia. Riesgo a la salud pública. Aplicación de medidas alternativas de resolución de conflictos.	104
--	-----

EXPLOTACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN AJENA

Sentencia condenatoria. Cinco años de prisión	106
---	-----

TRATA DE PERSONAS

Fines de explotación sexual. Suspensión del juicio a prueba. Decomiso. Indemnización a las víctimas	107
---	-----

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO

Título de posgrado en medicina elaborado por el imputado y presentado para inscribirse como médico especialista en el Consejo de Médicos de la Provincia de Santa Cruz. Juicio abreviado. Condena de prisión en suspenso	112
--	-----

VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Jefe de seguridad interna de unidad penitenciaria. Abuso de autoridad. Imposición de vejámenes y apremios. Obtención de pruebas de forma ilegal. Organización de peleas clandestinas. Responsabilidad penal.....	115
--	-----

ABUSO SEXUAL MEDIANTE VIOLENCIA

Supervisor que manoseó a una mujer que prestaba servicios de limpieza en un hospital. Ponderación de la prueba. Sentencia condenatoria. Diez meses de prisión en suspenso.....	152
--	-----

CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ

Defraudación. Legitimación del heredero legítimo	158
--	-----

PROCEDIMIENTO PENAL

Lesiones leves. Agresión de un hijo a un padre. Procesamiento. Nulidad del requerimiento de elevación a juicio	160
--	-----

REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL FUERO PENAL

Omisión de la firma de la querellante en el escrito de apelación interpuesto contra el sobreseimiento del imputado. Sentencia que declara mal concedido el recurso. Disidencia.....	162
---	-----

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Defraudación por retención indebida. Requisitos. Ofrecimiento económico de reparación del daño. Alcance	164
---	-----

FAVORECIMIENTO A LA EVASIÓN

Persona aprehendida menor de edad. Atipicidad de la conducta. Sobreseimiento	166
--	-----

FACULTADES DE LA VÍCTIMA	
Sobreseimiento. Improcedencia del recurso de apelación.....	167
FALLECIMIENTO DEL QUERELLANTE	
Efectos. Continuación por parte de los herederos universales	168
DETENCIÓN DE PERSONAS	
Requisa personal. Averiguación de antecedentes. Orden de captura vigente. Orden judicial de detención	169
DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA	
<i>Habeas corpus</i> . Restricciones a la libertad ambulatoria en contexto de pandemia. Uso desmedido de DNU. Respeto al principio republicano de gobierno. Procedencia de la acción con el único propósito de exhortar al Poder Ejecutivo a enviar un proyecto de ley al Congreso Nacional y a los legisladores a discutir y sancionar la norma	171
CONDICIONALIDAD DE LA PENA	
Revocatoria. Nulidad. Juez de ejecución. Intervención de las partes. Conclusión del plazo de observancia. Art. 27 bis, Cód. Penal.....	174
LIBERTAD CONDICIONAL	
Delitos contra la integridad sexual. Informes de autoridad penitenciaria. Fundamentación. Tratamiento específico para condenados. Pronóstico de reinserción social. Rechazo	177
EJECUCIÓN DE LA PENA	
Control de cumplimiento. Pena única. Competencia. Recurso extraordinario	179
HOMICIDIO CULPOSO	
Mala praxis médica. Paciente inmunodeprimido. Tratamiento médico deficiente. Procesamiento	180
INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR	
Pena de ocho meses de prisión efectiva impuesta a un progenitor que se despreocupó de sus hijas durante dos años. Ley 13.944. Indemnización del daño causado.....	187
QUERELLANTE PARTICULAR	
Hechos de corrupción. Cuestionamiento de contratación de obra pública. Ofendido penalmente. Vulneración de bienes colectivos. Falta de legitimación de una organización civil. Debido proceso. Disidencia	192

DOCTRINA

Lineamientos sobre el consentimiento en el allanamiento

Alberto Sandhagen

Sumario: I. Objeto.— II. Lineamientos *de lege lata* sobre el consentimiento en el allanamiento.— III. Lineamientos para conceder (o no) validez al consentimiento para realizar un allanamiento. Interpretación *de lege lata* versus *de lege ferenda*.— IV. ¿Qué es el allanamiento? Una medida de coerción real o una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular.— V. Lineamientos sobre los caracteres que debe reunir el consentimiento.— VI. El consentimiento en relación con la expectativa de privacidad.— VII. Breves reflexiones finales.

I. Objeto

El trabajo que voy a realizar tratará sobre el consentimiento como habilitante para efectuar un allanamiento de morada sin la pertinente orden judicial. Con ese norte, se mencionará la interpretación *de lege lata* y *de lege ferenda* que existe sobre el consentimiento (1), para proceder a realizar un allanamiento. Con posterioridad se analizará y delinearé los distintos caracteres que debe reunir, interpretación *de lege ferenda*, el consentimiento.

II. Lineamientos *de lege lata* sobre el consentimiento en el allanamiento

No puedo dejar de advertir, desde un comienzo, que el domicilio se encuentra amparado constitucionalmente y, es precisamente, el

art. 18 de nuestra Constitución Nacional el que establece que es inviolable y solo una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

Esta misma protección la prevén, además, diferentes instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, entre los que se encuentran, por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual en su art. 9º, establece: “Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio” y la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 12 reza: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en (...) su domicilio (...) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Ahora bien, creo pertinente señalar, que sin perjuicio del acabado marco legal (nacional e internacional) que protege al domicilio, este derecho no resulta ser absoluto, toda vez que, es el propio art. 18 de la Constitución que se encarga de señalar en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento.

En tal sentido, el art. 224 del Cód. Proc. Penal establece que el juez a través de un auto fundado podrá ordenar el registro de un lugar determinado (2). Asimismo, el allanamiento debe

(1) Aclaración previa. Debido a que excede la temática del presente trabajo no haré mención sobre la diferencia entre, según la teoría del delito, acuerdo y consentimiento, el primero elimina la tipicidad y el otro la antijuricidad de la conducta. Ello en consonancia con los tipos penales de violación de domicilio (artículo 150, CP) y allanamiento de morada (artículo 151, CP). Demás está decir, siempre y cuando se parta, tema controvertido en la dogmática jurídico penal, en afirmar la existencia de diferenciación entre dichos institutos. Con respecto al acuerdo y consentimiento en relación con el allanamiento, confrontar: BORINSKY, Carlos, “Constitución Nacional, allanamiento de domicilio y conformidad del afectado”. LA LEY, 1991-A, 1 — LLC, 1991, 120. Cita Online: AR/DOC/19930/2001.

(2) En este orden, el artículo 224 dispone que: “Si hubiere motivo para presumir que en determinado lugar

hacerse de día, entendiéndose por tal desde la salida hasta la puesta del sol (3). No es suficiente que haya claridad; es necesario, por el contrario, que a la hora en la cual se lleva a cabo el procedimiento el sol haya asomado o no se haya ocultado.

Sin embargo, se puede allanar, con orden judicial, en horario nocturno cuando exista un consentimiento válido del morador (4). Y para que ello exista se debe analizar exhaustivamente los caracteres de ese consentimiento, puesto

existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el juez ordenará por auto fundado el registro de ese lugar. El juez podrá proceder personalmente o delegar la diligencia en el fiscal o en los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad. En caso de delegación, expedirá una orden de allanamiento escrita, que contendrá: la identificación de causa en la que se libra; la indicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados; la finalidad con que se practicará el registro y la autoridad que lo llevará a cabo. El funcionario actuante labrará un acta conforme lo normado por los artículos 138 y 139 de este Código. En caso de urgencia, cuando medie delegación de la diligencia, la comunicación de la orden a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por medios electrónicos. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al Juez emisor y corroborará que los datos de la orden, referidos en el párrafo anterior, sean correctos. Podrá usarse la firma digital. La Corte Suprema de Justicia de la Nación o el órgano en que ésta delegue dicha facultad, reglamentará los recaudos que deban adoptarse para asegurar la seriedad, certidumbre y autenticidad del procedimiento. (Párrafo incorporado por art. 5° de la ley 25.760 BO 11/08/2003). Cuando por existir evidente riesgo para la seguridad de los testigos del procedimiento, fuese necesario que la autoridad preventora ingrese al lugar, primeramente, se dejará constancia explicativa de ello en el acta, bajo pena de nulidad. Si en estricto cumplimiento de la orden de allanamiento, se encontrare objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al juez o fiscal interviniente". (Artículo sustituido por art. 3° de la ley 25.434 BO 19/06/2001).

(3) El artículo 225 dice, en su primer párrafo, que: "Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá realizarse desde que salga hasta que se ponga el sol".

(4) El artículo 225 dice, en su segundo párrafo, que: "Sin embargo, se podrá proceder a cualquier hora cuando el interesado o su representante lo consienta, o en los casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público".

que, de no ser válido, de Perogrullo, el acto practicado por las fuerzas de seguridad será nulo.

No resulta ocioso destacar que la nulidad originada en un allanamiento nulo es absoluta y, como tal, insubsanable. Y si bien el consentimiento del titular puede suplir la falta de habilitación horaria en la orden, una vez llevado a cabo el procedimiento sin ese consentimiento, el acto no puede confirmarse con posterioridad, ni aun por la conformidad del imputado (5).

En definitiva, como una condición de validez, por vía de principio, es la práctica de la medida en horas diurnas, como forma de evitar el sigilo y la ocultación que propician las horas de la noche. La violación a estas reglas del buen proceder (legalidad de la medida y legitimidad del medio) afecta la validez de los actos subsiguientes, por ser inidóneas para fundar una condena hipotética (6).

En consecuencia, *de lege lata*, entiendo que el consentimiento solo está reservado en el Código Procesal para habilitar un allanamiento practicado con orden judicial cuando se realiza por fuera del horario diurno en horario vespertino. Y también *de lege lata* solo se podrá llevar a cabo un allanamiento sin orden judicial en los especiales casos establecidos en el art. 227 del Cód. Procesal (7), que son estados de necesidad le-

(5) RÍOS, Carlos Ignacio, "Allanamiento nulo". LA LEY, 07/05/2010, 07/05/2010, 7 - LA LEY, 2010-C, 280. Cita Online: AR/DOC/3289/2010.

(6) GOZAÍNI, Osvaldo A., "Allanamiento y clausura de estudios jurídicos por orden judicial". DJ, 1992-2, 129. Cita Online: AR/DOC/3553/2006.

(7) El artículo 227 establece que: "No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial cuando: 1°) Por incendio, explosión, inundación u otro estrago se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad. 2°) Se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito. 3°) Se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión. 4°) Voces provenientes de una casa o local anunciaren que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro. 5°) Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corra peligro inminente su vida o integridad física (artículo 34 inciso 7 del Cód. Penal de la Nación).

gisladados (8). En efecto, el Código Procesal Penal de la Nación regula en el art. 227 una serie de permisos para que en ciertas situaciones de urgencia la autoridad pueda ingresar a un lugar sin la intermediación de un juez. Como las causales son excepciones a la excepción, valga el juego de palabras (porque la inviolabilidad es la regla y el allanamiento con orden su primer limitación), no solo que son de interpretación restrictiva, sino que además tienen carácter taxativo, sin perjuicio de otros casos de consentimiento libre y espontáneamente prestado por el interesado (verbigracia: el ejemplo de manual más clásico e indiscutido es el de la víctima de un robo que permite acceder a la policía a su casa para levantar huellas o un croquis) o cuando la medida no signifique una afectación a los derechos en juego (verbigracia: entrar a un bar para detener a un cliente) (9).

En otro orden de ideas, Borinsky opina que una plausible interpretación de la "ley especial reglamentaria" de la cláusula constitucional que restara todo valor al consentimiento del interesado para legitimar un allanamiento no ordena-

El representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar la diligencia y será necesaria su presencia en el lugar". (Inciso incorporado por art. 6° de la ley 25.760 BO 11/08/2003).

(8) Aunque, Binder explica que son excepciones que se fundan ya sea en razones humanitarias (por ejemplo, cuando se escuchan voces de auxilio o se produce un accidente o una catástrofe y es necesario que la autoridad ingrese al domicilio para prestar socorro), ya sea en razones de necesidad (por ejemplo, cuando se está persiguiendo a una persona y es necesario proseguir la persecución dentro de alguna vivienda o cuando se está cometiendo un delito dentro de una vivienda y es necesario evitar su prosecución o su consumación). Añade el autor que son permisos especiales que cuentan con una justificación para la violación de la morada o de la intimidad de la persona. Deben ser excepcionales, deben ser interpretados de un modo restrictivo y los códigos procesales no deben abundar en esta clase de autorizaciones genéricas, ya que resultan fácilmente distorsionadas, desfigurando así todo el sistema de garantías (Confrontar: BINDER, Alberto M., "Introducción al derecho procesal penal", Ad-Hoc SRL, Buenos Aires, 2005, 2ª edición actualizada y ampliada, p. 189).

(9) HAIRABEDIÁN, Maximiliano, "El allanamiento sin orden por razones de urgencia y la protección constitucional de los campos". Supl. Penal 2012 (abril), 12/04/2012, 27 - LA LEY, 2012-B, 494. Cita Online: AR/DOC/977/2012.

do por los jueces, significa un decidido aporte a la seguridad jurídica al posibilitar la fácil solución de las impugnaciones de los secuestros irregulares de medios de prueba. De ese modo, la protección del derecho constitucional en conflicto no se ve desvirtuada por la natural dificultad de comprobar los casos de coacción (10). En ese contexto se inscribe el Código Procesal Penal Federal reza que el allanamiento *será ordenado por el juez y no podrá ser suplido por el consentimiento de quien habita el lugar*, de ello se deduce que el legislador le restó todo valor al consentimiento en el nuevo Código Procesal (11). Sin embargo, ese artículo, como veremos, tiene sus bemoles.

III. Lineamientos para conceder (o no) validez al consentimiento para realizar un allanamiento. Interpretación *de lege lata* versus *de lege ferenda*

Lo expuesto anteriormente es la interpretación que considero prudente efectuar *de lege*

(10) BORINSKY, Carlos, "Constitución Nacional, allanamiento de domicilio y conformidad del afectado". LA LEY, 1991-A, 1 — LLC, 1991-120. Cita Online: AR/DOC/19930/2001.

(11) Al comentar el artículo 140 del Código Procesal Penal Federal, Daray expresa que: "El legislador expresamente ha quitado todo valor al consentimiento del titular del derecho de exclusión. De tal modo, queda superada la antigua controversia acerca de la eficacia de esa anuencia, esto es verificada entre quienes lo aceptaban, aun relativizando su operatividad, y quienes negaban el derecho de aquella de otorgarlo, a modo de una garantía constitucional irrenunciable, controversia que en su fase final había hecho decir a la Corte Suprema que la mera ausencia de objeciones del interesado no era bastante y que era preciso practicar, para validar su operatividad, 'un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto', siendo que la explicación previa por la autoridad de prevención de los motivos del ingreso al domicilio no es suficiente si 'nada dice el acta de cuáles fueron esos motivos ni de cómo le habrían sido explicado al circunstancial morador', aunque esta haya manifestado 'no tener impedimento en 'acceder' el acceso al lugar' ('Ventura', CSJN, Fallos, 328:149). La referencia en el párrafo final a la imposibilidad de suplir la orden del juez por ese consentimiento, esto es por el consentimiento 'de quien habita el lugar', opera respecto de ambos párrafos precedentes" (confrontar: DARAY, Roberto R. dirección, "Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial". Editorial Hammurabi, octubre 2019, Tomo I, primera edición, p. 579).

lata sobre el consentimiento en el allanamiento; aunque, *de lege ferenda* se vertieron opiniones en donde acuerdan, veremos con qué alcances, que el consentimiento brindado es válido para prescindir de la orden judicial (12).

Ahora bien, aquí en primer término, conviene rememorar en forma literal y acercar al lector aquellas opiniones que le restan toda eficacia al consentimiento como dispensa para habilitar un allanamiento sin orden judicial, por fuera de los casos establecidos en la ley.

En relación con el consentimiento, Maier afirma que la práctica demuestra que este es el punto “neurálgico” del tema, porque la decisión que se adopte sobre él depende, en gran medida, que la garantía signifique una protección efectiva de la intimidad individual, frente al arbitrio de los órganos estatales comprometidos con la persecución penal, o que, por el contrario, resulte efectivamente sencillo ingresar al ámbito privado de los individuos y ocultar la injerencia arbitraria. En teoría, la pregunta parece un contrasentido, pues el afectado libera, con su consentimiento, el ámbito privado que la ley intenta proteger (domicilio, papeles privados, comunicaciones), demostrando su falta de interés y permitiendo su trascendencia pública (esto es, definiendo desde él mismo, el ámbito de su privacidad particular). La garantía se agotaría, así, propiamente, en un derecho: la facultad de exclusión de las personas que él, voluntariamente indique. Este derecho, que existe (de allí que el Código Penal, art. 150, al definir la violación de domicilio de particulares lo tenga en cuenta para determinar la prohibición sobre la base del consentimiento) y que implica el poder del individuo para establecer el alcance de su ámbito privado (quiénes ingresan a mi casa, escuchan mis conversaciones, leen mis cartas, etc.), tiene sentido como límite, frente a personas que no ejercen el poder estatal, pero parece insuficiente, en la vida práctica, frente a órganos dotados de la fuerza que supone el poder estatal. En efecto, la sola presencia de la fuerza pública implica, en la vida real, coacción suficiente para

producir un consentimiento viciado o, al menos, otorgado con error acerca de la facultad del requirente y, por lo demás, a la misma fuerza pública le es posible emplear mecanismos sutiles de coacción, que no se reflejarán al juzgar el acto, o fáciles de ocultar al documentarlo o para el caso de intentar la reconstrucción judicial (13). En suma, la garantía constitucional consagra un ámbito de privacidad protegido, fundamentalmente, contra injerencias estatales irrazonables o arbitrarias. La reglamentación procesal de la garantía —y solo ella— es la encargada de delimitar los casos en los cuales la protección cede frente al desarrollo de la persecución penal y las formas según las cuales la injerencia es tolerable. El consentimiento del afectado, ignorante de que le está franqueando la puerta de su morada al Estado (persecutor penal), no juega —ni puede jugar—, al menos en esta situación, papel alguno (14).

González Charvay indica que los Códigos Procesales receptan el consentimiento únicamente como manifestación de voluntad destinada a permitir que la autoridad que cuenta con una orden de allanamiento legalmente expedida efectivice la diligencia fuera del horario autorizado. Esto es, no mediando habilitación especial y, por tanto, correspondiendo que el registro se ejecute con la luz de día, el consentimiento legalmente previsto faculta al destinatario de este a dar conformidad para su cumplimiento durante la noche. Fuera de este supuesto, la legislación procesal penal no prevé otra especie de consentimiento o conformidad al regular el registro domiciliario (15). Por otro lado, al margen de las posibilidades prácticas de acreditar la autenticidad del consentimiento, el hipotético carácter fidedigno de la voluntad no despeja la dispar naturaleza y envergadura de los interlocutores del diálogo: individuo-emisor y Estado-receptor. Y, por tanto, la posible calidad de “auténtica” de la manifestación no la convier-

(12) Ello, más allá de lo que dice el Código Procesal Penal de la Nación. Sin embargo, como vimos, es censurado en el Código Procesal Penal Federal.

(13) MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, Fundamentos, Editorial Ad-hoc, 2016, tomo 1, primera edición, pp. 645-646.

(14) MAIER, Julio B. J., ob. cit., p. 651.

(15) GONZÁLEZ CHARVAY, Adrián, “La inviolabilidad del domicilio y el consentimiento validante de registros sin orden judicial”. Cita Online: 0003/010984.

te necesariamente en genuina o producto de una intención realmente inmune al despliegue del poder público. La legítima facultad de consentir el ingreso al domicilio tiene sentido ante individuos que no integran la fuerza pública; pero ninguno ante los organismos de persecución penal, debido a que la experiencia práctica señala que la sola presencia de la fuerza pública intimida y genera una suerte de coacción que inevitablemente afecta el consentimiento que en este contexto pueda prestarse. Y tal afección puede hasta inducir a error respecto de las legítimas facultades del funcionario. Además, sería infame no reconocer las múltiples formas de solapada coacción que pueden fácilmente utilizarse y que resultarán luego de imposible comprobación al pretender ventilarlas judicialmente (16).

En este mismo orden de ideas, Ponce explica que todo allanamiento siempre debe ser avalado por una orden judicial previa (salvo las circunstancias de excepcionalidad) y en caso de que se cuente con el consentimiento prestado por el morador o aquella persona que detenta el derecho de exclusión deben cumplirse ciertos requisitos indispensables. En este sentido, no puedo dejar de advertir que la razón por la cual el domicilio está especialmente protegido es porque este constituye el ámbito de mayor intimidad y privacidad de todas las personas. No obstante, ello, dicha protección no resulta ser absoluta, dado que existen diferentes situaciones por las que se puede ingresar y registrar un domicilio. Una de esas circunstancias, resulta ser el consentimiento brindado por el morador o cualquier otro familiar que detente el derecho de exclusión sobre esa propiedad. Ahora bien, si se parte de la idea de que un allanamiento vendría a suponer una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular, un ingreso al domicilio “consentido” no solo haría desaparecer la necesidad de orden judicial, lo cual a mi entender resulta demasiado peligroso, sino que, además, un allanamiento consentido ya no sería necesariamente un allanamiento, dado que un policía que ingresa consentidamente a un domicilio no se encontraría sujeto a las restricciones o límites que impone la normativa procesal vigente respecto de los allanamientos, es decir, dicha

normativa se volvería nula e inaplicable en ese caso en concreto. Es más, para el oficial de policía resultaría mucho más seductor ir directamente al domicilio del sospechoso a requerir su consentimiento, que molestarse en tramitar la correspondiente orden judicial, toda vez que, sin orden judicial el desempeño del policía dentro del domicilio no estaría sujeto a límite alguno (17).

No adhiero, en opinión de Gottheil, a la postura que sostiene que el consentimiento prestado libremente permite prescindir de la orden del juez. En tal sentido, el allanamiento, salvo los casos de urgencia previstos por el Código Procesal, siempre debe ser practicado con orden del juez competente. Por lo demás, el único caso en que el consentimiento posee virtud convalidante es aquel en que se pretende allanar de noche con la orden respectiva. Puesto que, son tan pocos los casos en que alguien, libre y espontáneamente, puede prestar su consentimiento a una requisita domiciliaria y tan arduas las dificultades para probar las múltiples formas que la coacción puede asumir en tales casos, que el legislador opta por prescindir de considerarlos y decide que el poder público —salvo los casos excepcionales que enumera— solo se ejerciera a través de la segura autoridad del juez (18).

Por otro lado, con mucha claridad en su exposición, Juliano dice que, el primer párrafo de la disposición involucrada, al referirse al “allanamiento de morada”, los registros en lugar habitado o en sus dependencias cerradas solo podrá ser realizada desde que salga hasta que se ponga el sol. Es obvio que el segundo párrafo de la norma no puede aislarse del contexto en el cual está inserto y, en tal sentido, cuando se habla del consentimiento del morador para el ingreso a la morada, se está refiriendo al que se hace fuera de horario diurno, con orden judicial y sin habilitación horaria. Justamente, el “sin embargo” que encabeza el segundo párrafo

(17) PONCE, Augusto, "Allanamiento sin orden judicial. Consentimiento para el registro domiciliario". DPyC 2020 (mayo), 12/05/2020, 211. Cita Online: AR/DOC/945/2020.

(18) GOTTHEIL, Diego F., "Sobre la precisión de la orden de allanamiento y el consentimiento convalidante". LA LEY, 1992-E, 559. Cita Online: AR/DOC/8993/2001.

(16) GONZÁLEZ CHARVAY, Adrián, ob. cit.

de la norma es el que lo une al primero, impidiendo su comprensión aislada y contraria al sentido de referencia de la disposición, ya que solo excepciona el alcance temporal, pero no la exigencia de orden escrita. La línea de pensamiento contraria conduciría a la solución paradójica de permitir a cualquier funcionario el registro domiciliario sin orden judicial y en cualquier hora del día —siempre que exista consentimiento del morador— pero no la realizada con el mandato del juez competente extendido en legal forma, que solo quedaría limitada en el tiempo entre la salida y entrada del sol. Es evidente que esta norma no ha sido puesta allí para permitir a los funcionarios policiales el registro de domicilios a cualquier hora del día y sin orden judicial, toda vez que esta no abandona la exigencia de orden escrita en ninguna parte de su texto. En tales términos, el consentimiento que se refiere debe entenderse como aquel que tiene que prestar el morador cuando el registro —con mandato motivado de juez competente— quiera practicarse fuera de horario diurno y no se cuente con la habilitación necesaria. Entonces sí, el supuesto de allanamiento sin habilitación horaria requerirá de la posterior ratificación judicial que no se pudo prever en la orden respectiva. En síntesis, no hay lugar a duda de que el único registro sin orden judicial que autoriza la ley es aquel previsto como *allanamiento sin orden*, sin posibilidad de extensión interpretativa alguna y que el consentimiento de los moradores para permitir el ingreso domiciliario no puede ser aplicado a cualquier situación, sino solamente a la de los registros con orden judicial hechos fuera de la luz del día y que no cuenten con habilitación horaria. En apoyatura de todo ello inserto el principio general que dispone que toda medida legal que coarte la libertad personal o restrinja los derechos de la persona debe ser interpretado restrictivamente (19).

(19) JULIANO, Mario Alberto, "¿Son legales los allanamientos sin orden judicial, pero consentidos por el morador?". Supl. Penal 2012 (septiembre), 12/09/2012, 30 - LA LEY, 2012-E, 288. Cita Online: AR/DOC/3811/2012. También el autor expone que: "Consigno asimismo que el segundo párrafo a que vengo haciendo alusión incorpora otro supuesto de allanamiento fuera del horario establecido en el primer párrafo, como lo es en casos sumamente graves o urgentes, casos estos que no pueden ser confundidos

Con más precisión, D'Alessio (20) explica que, respecto de las formalidades requeridas por la ley, se pueden distinguir: 1) orden del juez competente (21); 2) orden escrita y funda-

como una excepción a la necesidad de orden judicial, ya que de lo contrario importaría una superposición legislativa con el artículo 222 en sus tres supuestos. Tal sistematización es lógica, coherente y racional, y es por eso por lo que el artículo 222 tasa en forma estricta en qué casos los funcionarios policiales pueden proceder al registro de morada sin orden judicial, permitiendo de esa forma el control jurisdiccional y de partes de dichos actos de emergencia. Si entenderíamos que por vía del segundo párrafo del artículo 220 —referido a los casos graves y urgentes— no se requeriría orden judicial, abriríamos un abanico ilimitado de posibilidades de intervención policial en la esfera de los domicilios de los particulares, lo que indudablemente, no es el sentido de la ley, lo que en definitiva constituiría una segunda paradoja. Finalmente, advierto que si se pretende ver que el segundo párrafo del aludido artículo 220 permite el ingreso a morada sin orden judicial en caso de que peligre el orden público, ello colisionaría en forma abierta con lo dispuesto por el artículo 224 del mismo texto, que exige al funcionario autorización judicial para el registro domiciliario en casos de higiene, moralidad y orden público, lo cual no dejaría de ser también una manifiesta paradoja e inexplicable contradicción del texto legal".

(20) D'ALESSIO, Andrés J, "Código Penal Comentado y Anotado. Parte especial (Artículos 79 a 306)". Coordinador Mauro A. Divito, Editorial La Ley, 2004, tomo II, 1ª edición, pp. 355-356. De suma utilidad es el precedente de la Sala II de la Cámara Federal de la Capital, caratulado: "Barboza", sentencia de fecha 24 de octubre de 1984, donde D'Alessio le resta todo valor al consentimiento prestado por el morador para habilitar un allanamiento sin orden judicial y destaco que solo se puede prescindir de la orden en los casos taxativamente expuestos (en ese momento los del artículo 189 del Código de procedimientos en materia penal).

(21) Menciona el autor que tal formalidad es generalmente exigida por las constituciones provinciales y las leyes nacionales y locales, ya que, aunque no surja expresamente del aludido arto 18 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema ha entendido que solamente los jueces pueden expedir órdenes de allanamiento; ésa es la regla en nuestra experiencia jurídica, y debe mantenerse como legítimo producto del Derecho Constitucional consuetudinario. Sin perjuicio de ello debemos hacer notar que, tras la sanción de la ley 25.760, el representante del Ministerio Público Fiscal se encuentra facultado para autorizar un allanamiento —siendo necesaria la presencia de este en el procedimiento— cuando "se tengan sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corra peligro inminente su vida o integridad física" (inc. 5º, art. 227, CPPN).

da (22); y, 3) otras formalidades. En tal sentido, los códigos procesales exigen otros recaudos, como son —a modo de ejemplo— que la orden sea exhibida al titular del domicilio o a la persona mayor de edad que se encuentre en el lugar, debiéndose realizar el registro en presencia de ellas y levantando acta de lo actuado, la que deberá ser firmada por los concurrentes. Además, se suelen fijar limitaciones horarias para el allanamiento —en las horas de luz o hasta que se ponga el sol—, aunque se dan excepciones; sin embargo, la omisión de cualquiera de estas formalidades podría tornar ilícito el allanamiento.

Explica el autor precitado que el allanamiento sin previa orden judicial es ilegal cuando se lo realiza fuera de los supuestos taxativamente establecidos por las reglamentaciones procesales —en el orden nacional, las expresamente previstas en el art. 227 del código de rito, como ser casos de estragos que amenacen la vida de los habitantes de la propiedad, o cuando se escuchan voces que alertan que allí se está cometiendo un delito, etcétera—, a menos que razones de seguridad o de otra índole impliquen alguno de los casos especiales de justificación (23).

También, en relación con las formalidades, se expresan Creus y Buompadre, en cuanto a que el allanamiento es legítimo cuando la autoridad lo practica en los casos determinados por la ley y con las formalidades requeridas por ella; de ahí que la punibilidad se establece para el allanamiento practicado sin observar estas formalidades o para el llevado a cabo fuera de los casos establecidos. En cuanto a las formalidades, normalmente las constituciones locales y las leyes nacionales y locales exigen una orden

de juez competente, que el allanamiento haya sido dispuesto fundando su razón de ser, que la orden sea exhibida al titular del domicilio o, en su defecto, a la persona mayor de edad que se encuentre en él, debiéndose realizar el registro en presencia de ellas y levantando acta de lo actuado. Además, se suelen fijar limitaciones horarias para el allanamiento (en las horas de luz), aunque se dan excepciones; la omisión de cualquiera de estas formalidades puede tornar ilícito el allanamiento (24).

En esta senda, Jauchen afirma que de la interpretación estricta de las leyes procesales se desprende que estas solo han otorgado al consentimiento un valor limitado y de excepción para legitimar el registro fuera del horario diurno. Ningún otro alcance otorga las leyes al consentimiento, ni se extraer de ellas que la expresión de este pueda relevar a la autoridad policial soslayar el correspondiente pedido de orden escrita al juez competente para legitimar el allanamiento. Guardando coherencia con este principio, la propia ley penal de fondo le otorga validez al consentimiento expreso o presunto para eliminar la prohibición de la violación de domicilio efectuada por cualquier particular (confrontar: art. 150 del Cód. Penal). Más no lo hace así en la norma que prohíbe el allanamiento policial sin las formalidades que la ley requiere (confrontar: art. 151 del Cód. Penal), de donde surge inexorable que cometerá el delito previsto en el art. 151 del Cód. Penal el funcionario que a pesar de tener el consentimiento del morador no haya cumplido con las exigencias que la ley procesal requiere para legitimar la diligencia, esto es, motivos, suficientes, auto fundado por el juez y orden escrita a tal efecto (25).

También Martín expresa que el legislador contempla al consentimiento como solución para el caso en el que no se cumplimentara el requisito de horario; en consecuencia, al haberlo previsto para ello debemos concluir —aun cuando no

(22) Aclara que el juez, previo establecer los motivos por los cuales resulta necesario el allanamiento, debe expedir tal orden por escrito. Obviamente, si dicho allanamiento es practicado personalmente por el mismo juez, la orden por escrito no sería necesaria, aunque igual aquél debe dictar un auto fundado, donde consten las razones y motivos de la medida.

(23) D'ALESSIO, Andrés J, ob. cit., p. 356. Asimismo, se refiere a los casos previstos en el artículo 152 del Cód. Penal, que expresa: "Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia".

(24) CREUS, Carlos - BUOMPADRE, Jorge Eduardo, "Derecho penal. Parte especial". Editorial Astrea, 2018, tomo 1, 7ª edición actualizada y ampliada, 4ª reimprección, p. 378.

(25) JAUCHEN, Eduardo, "Tratado de la prueba pena en el sistema acusatorio adversarial". Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, primera edición, p. 191.

mediare impedimento constitucional— que no quiso que el consentimiento supliera la orden escrita, pues de otro modo lo habría dicho expresamente. En ese sentido se entiende que en caso contrario se podría llegar a una enorme casuística (26).

En definitiva, de la reseña de los autores mencionados, el allanamiento es un acto procesal y como tal debe efectuarse dentro del proceso penal y conforme a las reglas establecidas por el legislador. Si es necesario que los organismos de seguridad lleven a cabo un allanamiento de morada, bajo los parámetros del Código Procesal Penal de la Nación, deben hacerlo con orden judicial con la excepción de los supuestos establecidos en el art. 227.

Aunado a ello, considero que ninguna disposición del código ritual autoriza asignarle al consentimiento efecto convalidante a un allanamiento llevado a cabo sin orden judicial (27);

(26) MARTÍN, Adrián N. - GATICA, Patricia E., "Cuestiones sobre la validez del consentimiento en el allanamiento: (compatibilidad de la práctica policial y las implicancias propias de un Estado de derecho)", Camiña, María Cristina directora, Principio de Derecho Procesal Penal. Casos y soluciones, Editorial Ad-Hoc, 2002, volumen 1, ps. 113/114.

(27) Comparte la idea el doctor Gustavo Hornos al resolver en la causa Nro. 1193/2013, de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, caratulada: "Fernández, Fernando Andrés s/recurso de casación" (Registro nro. 289/2014), sentencia del 20 de marzo de 2014, en donde afirma que "De este modo, se advierte que no existe ningún punto de apoyo normativo que permita convalidar un allanamiento realizado sin orden judicial y con supuesto consentimiento, renuncia o no oposición del titular del derecho de exclusión. Esta tensión debe ser resuelta en favor de los derechos individuales. De lo dicho hasta aquí, resulta que convalidar un allanamiento sin orden judicial asignándole carácter autorizante al consentimiento prestado por el morador en casos en donde no se encuentran del todo claro los extremos fácticos que rodearon el procedimiento, y no se observan razones de urgencia ni circunstancias que hicieren imposible cumplir con lo dispuesto en el art. 224 del código de rito, debilitaría la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio e implicaría crear un supuesto no contemplado en la ley procesal en perjuicio de la dignidad y libertad de las personas". Aunque de seguido, relativiza dicha postura dado que expone "...corresponde intentar una sinopsis hermenéutica de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el objeto de extraer un principio general vigente aplicable a los casos como el de autos".

en suma, el consentimiento solo se encuentra legislado para los casos en que se actúa con orden judicial y en horario nocturno. Aunque, interesa señalar que cuando la fuerza de seguridad actúa sin orden judicial, por fuera de los casos expresamente previstos en el código, resulta muy difícil acreditar en el caso un "consentimiento libre" puesto que la sola presencia de las fuerzas de seguridad intimida al particular que lo brinda. Ello debido a que la persona que expresa el consentimiento no se encuentra en un pie de igualdad con las fuerzas de seguridad. Así dadas las cosas, la omisión de requerir la orden para proceder al allanamiento de una morada deriva en un acto nulo, de nulidad absoluta (28). Además, para las fuerzas de seguridad es mucho más fácil ir a recabar el consentimiento del imputado, que ir a buscar la pertinente orden judicial.

Especifica Orgueira que la garantía de la inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18 nuestra Constitución Nacional, requiere el dictado de una ley que determiné en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación, debe motivar una reflexión: el domicilio es un ámbito de libertad disponible, por lo que no existe inconveniente alguno en que un particular acepte voluntariamente el ingreso de otro particular a su casa o morada, pero cuando el que quiere entrar es un funcionario público en cumplimiento de su cometido; las reglas son otras. No alcanza el consentimiento otorgado por el titular del derecho de exclusión y como es imposible desentrañar en cada caso la validez del consentimiento del imputado, máxime si ha sido previamente detenido o está en vías de serlo, la legalidad del allanamiento 'depende siempre de la orden judicial. Ante el temor que impone la autoridad policial; considero que en mayor o menor medida siempre la autoridad actuante atemoriza (por algo se equipara a la intimidación con la simulación de

(28) Considero prudente referencia aquí el artículo 167 del Cód. Proc. Penal, en cuanto establece la "Nulidad de orden general" debido a que: "Se entenderá siempre prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes:... 2º) A la intervención del juez, ministerio fiscal y parte querellante en el proceso y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria".

autoridad como medio comisivo del delito de extorsión del art. 168, Cód. Penal) (29).

Para muestra basta un botón. Lo voy a ejemplificar con un caso verídico. El día 16 de agosto de 2009, un auto particular de la DDI de Morón y de la comisaria Merlo 4° Libertad pasa frente a un domicilio de la localidad de Libertad del Partido de Merlo (provincia de Buenos Aires) y, las personas que lo ocupan observan un vehículo ubicado dentro de la finca, en el garaje, cuyo estado le genera sospecha. En efecto, del acta de procedimiento surge que los preventores se trasladaban en un "...móvil policial no identificable de la DDI Morón, cuando al llegar a la intercepción de la calle Forest número 749 entre Querandes y Carrizo de este medio, observamos estacionado dentro del domicilio un vehículo marca Volkswagen...el cual nos presentó sospecha sobre su estado, razón por la cual solicitamos vía Nextel... quien inmediatamente nos informa que posee pedido de secuestro activo...". Así las cosas, estacionan el móvil no identificable, bajan del auto un oficial principal, dos tenientes y un subteniente y se dirigen a la finca. Ahí los agentes son atendidos por un sujeto Usuna (30), quien menciona ser el propietario de la vivienda y puesto al tanto del motivo por el cual los preventores se encontraban en el lugar, supuestamente presta su consentimiento para el ingreso a su casa, diligencia que culmina con el secuestro del automotor cuestionado. No es menor decir que en la mencionada diligencia solo interviene una testigo. Pilares del caso: 1) se trasladaban en un móvil no identificable; 2) les llama la atención un auto estacionado en el garaje (¿?); 3) se comunican vía Nextel a un Teniente (J. C.), quien inmediatamente informa que posee pedido de secuestro activo desde "...la fecha hace una hora y treinta atrás" (¡qué casualidad!); 4) el procedimiento se lleva a cabo por un Oficial principal, por dos Tenientes y un Subteniente de la DDI de Morón y de la Comisaría de Merlo Cuarta Libertad (seguro que es algo normal en un móvil policial no reconocible¿?); 5) el auto seguía estacionado en el garaje

(¡!). En definitiva, en esas condiciones se recaba el consentimiento de Usuna y me pregunto en ese caso: ¿estaban dadas las condiciones que prevé el art. 224 para que un juez decrete el allanamiento?, ¿podían prescindir de la orden judicial?, ¿hay intimidación que se presenten cuatro individuos de las fuerzas de seguridad en un móvil no identificable en la puerta de la casa para solicitar "permiso" para ingresar?, ¿se encuentra vulnerado el art. 18 de la Constitución, en cuanto a la autoincriminación forzada? por obvias las respuestas no las brindaré. Sin perjuicio de mi mirada marginal sobre las cosas, la diligencia policial es ratificada, por mayoría, por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal (31).

Sin embargo, en la vereda opuesta se encuentra la postura que sostiene que con el consentimiento del morador se puede prescindir de la respectiva orden judicial, en cualquier momento del día y sin razones de urgencia.

En tal sentido, en esta tesis se afirma que no es nula la inspección domiciliaria realizada por la autoridad policial si se obtuvo en su momento el consentimiento del morador (¿imputado?). Además, se añade que, en esa ocasión, no se trata de un allanamiento, sino de un registro ya que allanar significa "entrar a la fuerza en casa ajena y recorrerla contra la voluntad de su dueño", o bien el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad del titular. En otras palabras, es válido el secuestro de efectos en el interior de un domicilio sin orden de allanamiento, si el ingreso se produce con el consentimiento del dueño. En suma, se argumenta que allanar supone entrar por la fuerza en casa ajena, contra la voluntad expresa o presunta de su dueño, por manera que cuando no se opuso resistencia al acceso, aun bajo la muy simple forma de la mera oposición al ingreso, mal puede hablarse de que se ha allanado un domicilio ajeno.

(29) ORGEIRA, José María, "El allanamiento de domicilio sin orden judicial. Relevancia del consentimiento para convalidar la pesquisa. Validez de la prueba obtenida ilegalmente". Buenos Aires, JA, t. 1984-IV, p. 416.

(30) Ya ahí, en ese acto, en mi opinión adquiere la calidad de imputado.

(31) En ese momento, integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos (en disidencia) como Vocales, en la causa Nro. 16.468 del registro de esta Sala, caratulada: "Usuna, Leonardo Fabián s/recurso de casación"; (reg. N° 2488/2013), sentencia de 12/12/2013.

En esta postura se posiciona Rodríguez Varela, quien sostiene que el consentimiento otorgado por su titular con plena libertad, para que la autoridad policial realice una requisita domiciliaria, es una potestad que no requiere regulación legal para su validez judicial. El rechazo de esa facultad, como presupuesto válido para ingresar a una morada, parte del error de considerar que solo tendría significación jurídica si hubiera sido incluida entre las excepciones previstas en el código de forma. De este modo se olvida que la exigencia constitucional contempla únicamente el instituto del allanamiento que por definición requiere el empleo de la fuerza. En consecuencia, como el consentimiento libremente expresado nada tiene que ver con la fuerza, es innecesario regular su eficacia mediante una norma legal, dado que —si no concurre alguna de las circunstancias para allanar— estamos frente a un ámbito donde prima la voluntad del morador porque, como expresara Joaquín V. González, “el domicilio es el espacio en el cual un hombre tiene poder superior al del Estado mismo” (32).

En esta senda de ideas, al comentar el art. 150 del Cód. Penal, Donna expresa que la acción típica consiste en ingresar al domicilio contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de exclusión, sin cumplir con las formalidades previstas en la ley o fuera de los casos que ella determina. Si bien la ley no lo dice expresamente, es evidente que el ingreso debe hacerse contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión. Si existe consentimiento para ingresar, ni siquiera puede hablarse de allanamiento. Este solo se presenta cuando hay negativa al ingreso de la autoridad. Por lo tanto, el consentimiento del interesado, sin lugar a duda, funciona como una causa de atipicidad (33). Ello, en palabras de Wacker Schroder y Tapia, puesto que permitir el ingreso al domicilio de quien el titular desee es un derecho y tratándose de un bien jurídico disponible, debe

reputarse válido el consentimiento libremente prestado (34).

D'Albora expresa que no se puede disociar el consentimiento de la noción de domicilio puesto que en nuestro régimen constitucional integra la esfera propia de cada individuo y se halla sujeto a su exclusiva decisión. Por ende, el legislador no podría prohibir que aquel permita ingresar a quien desee. A su vez, la forma de conciliar las dificultades probatorias que pueden suscitarse no puede extenderse a privar de efectos al permiso, pues se ha procurado establecer una presunción legal en cuya virtud el consentimiento prestado ante la requisitoria policial carece de efectos, a menos que se aprecie sin posibilidad de duda, que no existe vicio que afecte la voluntad de quien lo otorgó. En síntesis: se trata de saber si las características del ingreso de los agentes han sido semejantes a la de cualquier persona, sin dejar de atender a la privación de libertad soportada por quien otorga el consentimiento, aunque tampoco considerándola la única razón para respaldar su invalidez. Es que en esa actitud del imputado puede mediar el arrepentimiento o la expectativa de obtener una condena más atenuada por su comportamiento posterior al delito (35).

(34) WACKER SCHRODER, Federico - TAPIA, Juan, "Violación de domicilio y allanamientos ilegales", Código Penal Comentado de acceso libre en Asociación Pensamiento Penal, p. 15. Extraído el día 19/03/2021 del sitio web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/43285-art-150-151-violacion-domicilio-y-allanamientos-ilegales>.

(35) D'ALBORA, Francisco J. "Visitas domiciliarias y allanamientos". LA LEY, 1990-C, 219 - LLC, 1990-574. Cita Online: AR/DOC/5038/2001. En este mismo orden de ideas, expone el autor que, sin perjuicio del énfasis puesto por la Constitución Nacional cuando declara inviolable al domicilio que requiere, para no desnaturalizar su destino de garantía individual, que la ley exija, razonablemente, dos recaudos: decisión judicial fundada y orden escrita de contenido determinado, fuera de los casos de necesidad que ella misma establece. Por eso el consentimiento, aun expreso, no alcanzaría para prescindir de la orden judicial que de lege ferenda, debiera extenderse aun a aquellos supuestos. Este respetable escrúpulo parece cubierto adecuadamente siempre que se verifiquen correctamente los extremos señalados por la Corte: examen exhaustivo para corroborar si el consentimiento estuvo afectado de algún vicio sin que ello pueda inferirse de la privación de la libertad de quien lo presta.

(32) RODRÍGUEZ VARELA, Carlos, "¿Es necesaria la orden de allanamiento cuando media consentimiento válido para inspeccionar un domicilio?". LA LEY, 1991-E, 597. Cita Online: AR/DOC/15523/2001.

(33) DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho Penal, Parte Especial". Rubinzal Culzoni Editores, 2001, Tomo II-A, p. 319.

De igual, en esta postura, Daray legitima, bajo cierta condición, el consentimiento del titular de un domicilio para su registro por la policía, por fuera de las situaciones de urgencia que autónoma y expresamente autorizan efectuarlo y sin orden previa expedida fundadamente por la autoridad competente. Esa condición es subordinada a la validez del acto, que no es otra que la no verificación de los vicios de la voluntad a los que alude el Código Civil y Comercial de la Nación como causa de nulidad del consentimiento, por lo que este devendrá ineficaz cuando en su ofrecimiento haya mediado error, dolo, violencia, intimidación o simulación. La sola detención policial del titular del derecho no invalida *per se* la autorización, aunque es muy difícil —y raro— suponer un consentimiento libre y válido bajo tal condición, por la coacción psíquica que supone (36).

En esta línea interpretativa se inscribe la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que expresa que el consentimiento es válido para prescindir de la orden judicial y parecería ser —por los casos resueltos— por fuera de los casos de urgencia. Así traza una línea jurispruden-

Si ningún reproche puede formularse a la obtención del permiso para el ingreso ni existe colisión con los preceptos reguladores del procedimiento, desechar el resultado del acto significaría mengua tangible para el logro de la "verdad jurídica objetiva", inescindible del afianzamiento de la justicia.

(36) DARAY, Roberto Raúl, "Del consentimiento al registro domiciliario por la policía y de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Revista de Derecho Procesal Penal*. Tomo: 2007-1. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado - III. Cita: RC D 3071/2012. A su vez, el autor expresa que en definitiva quiero resaltar es que por constituir la inviolabilidad de domicilio una garantía disponible, si esa disposición se verifica al margen de todo vicio en la voluntad de quien tiene el ejercicio del derecho de exclusión, no debe existir margen de discusión acerca de la legitimidad y eficacia de la autorización así brindada, sin que para arribar a esa conclusión deba necesitarse de una norma expresa adjetiva que reconozca el derecho, porque va implícito. No nos olvidemos, en el fondo, que nuestra Constitución, a través de los pactos internacionales incorporados a ella, no protege al domicilio de las injerencias de la autoridad, sino sólo de aquellas injerencias que resulten "arbitrarias", por lo que mal podría calificarse de tales a las que han sido resultantes de un consentimiento dado en legal forma por el titular de aquél.

cial de hace décadas (37), verbigracia: Fallos: 306:1752 ("Fiorentino") (38), 307:440 ("Cichero") (39), 308:733 ("Rayford") (40), 308:853 ("Barbieri") (41), 308:2447 ("Hansen") (42), 308:2481 ("Capurro") (43), 310:85 ("D'Acosta") (44), "López, Eduardo A. s/ Encubrimiento de contrabando" (no publica en tomos) (45), Fallos: 311:836 ("Fato") (46), 311:962 ("Martínez") (47), 311:2171 ("Dalmao Montiel") (48), 311:2507 ("Romero") (49), 311:2045 ("Gordon") (50), 311:2790 ("Bredeston") (51), 313:612 ("Ferrer") (52), 313:1305 ("Fiscal c. Fernández") (53), 316:2464 ("Vega") (54), 320:1949 ("Labala") (55), 324:3764 ("Adriazola") (56),

(37) Para un análisis pormenorizado, a modo de resumen cronológico, confrontar: SANDHAGEN, Alberto, "El valor del consentimiento en el allanamiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Publicado el 4 de junio de 2020 en la Revista pensamiento penal, extraído el día 22/03/2021 del sitio web: en el sitio web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48966-valor-del-consentimiento-allanamiento-jurisprudencia-corte-suprema-justicia-nacion>.

(38) Sentencia de 27 de noviembre de 1984.

(39) Sentencia de 9 de abril de 1985.

(40) Sentencia de 13 mayo de 1986.

(41) Sentencia de 22 de mayo de 1986.

(42) Sentencia 11 de diciembre de 1986.

(43) Sentencia de 11 de diciembre de 1986.

(44) Sentencia de 9 de enero de 1987.

(45) Sentencia de 10 de diciembre de 1987.

(46) Sentencia de 24 de mayo de 1988.

(47) Sentencia de 7 de junio de 1988.

(48) Sentencia de 25 de octubre de 1988.

(49) Sentencia de 1° de diciembre de 1988.

(50) Sentencia de 4 de octubre de 1988.

(51) Sentencia de 27 de diciembre de 1988.

(52) Sentencia del 10 de julio de 1990.

(53) Sentencia de 11 de diciembre de 1990.

(54) Sentencia de 26 de octubre de 1993.

(55) Sentencia de 25 de septiembre de 1997.

(56) Sentencia de 6 de noviembre de 2001.

328:149 ("Ventura") (57), 330:1497 ("Aguileira") (58).

Así dadas las cosas, Ferro expresa que existen situaciones en las que, sin mediar orden judicial de allanamiento ni darse los supuestos de excepción del art. 227 de la ley procesal, se ingresa a un domicilio con el consentimiento del titular, para luego proceder al secuestro de elementos de interés para la causa. Estos procedimientos son avalados por nuestra Corte Suprema en "Fato", pero en la idea de que no puede ser asimilado per se a un registro domiciliario, porque mientras este supone necesariamente una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular, en el ingreso autorizado no existe oposición que reclame la intervención judicial. En punto al modo o exigencias para convalidar el consentimiento, tiene dicho la Corte en "Fiorentino", "Hansen" y "Cichero", que el prestado en forma tácita o la mera ausencia de reparos, no se comporta como una legítima autorización para el ingreso. Por lo tanto, debe ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada en vivienda ajena de los representantes de la autoridad pública, no debe mediar fuerza o intimidación y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento. En "Rayford", la Corte directamente establece que para que la ausencia de objeciones a una inspección domiciliaria pueda ser entendida como un consentimiento, tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización. En suma, el consentimiento del titular del inmueble podría llegar a justificar su registro, siempre que sea brindado en forma expresa, voluntaria, libre y en una oportunidad anterior a la realización misma de la inspección (59).

En resumidas palabras, el Alto Tribunal afirma que fuera de 1) los supuestos de necesidad previstos por el artículo que regula el allanamiento sin orden o 2) de la existencia de consentimiento

para el ingreso expresado sin vicio alguno de la voluntad, 3) resulta necesaria la orden de allanamiento expedida por el juez competente para el acceso al domicilio o morada por parte de los funcionarios de la autoridad pública encargados de su visita y ulterior pesquisa (60).

Así las cosas, de la línea jurisprudencial mencionada, el consentimiento recabado con singulares caracteres, que veremos, es válido para otorgar validez a un allanamiento (o un ingreso a un domicilio) practicado por las fuerzas de seguridad sin orden judicial en cualquier horario del día.

IV. ¿Qué es el allanamiento? Una medida de coerción real o una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular

Como un artilugio para prescindir de la orden de allanamiento y dar validez al consentimiento brindado por, en algunas ocasiones, el imputado, se sostiene el criterio sustentado en el precedente de la Corte Suprema registrado en Fallos: 311:836 ("Fato") (61).

En este orden de ideas, en su dictamen el procurador general (62) dice que el procedimiento policial "...no resultó violatorio de la garantía constitucional invocada, toda vez que esa diligencia no importó allanamiento de domicilio. En efecto, este supone necesariamente una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular, lo que no ha sucedido en el caso de autos, pues tal como se concluye en el fallo impugnado y admite el recurrente, el condenado prestó su consentimiento para el ingreso del personal policial, sin que la defensa alegara durante el proceso que este haya adolecido de vicio alguno que afectara su validez. En consecuencia, pres-

(60) Destaco que, para la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es necesario explicarle al morador que tiene derecho a negar la entrada del personal preventivo, como lo remarca Ferro en la cita anterior. Después volveré sobre el tema.

(61) No huelga en aclarar que, si bien en orden cronológico se encuentra emitido "Fiorentino" en primer lugar, no lo es menos que resulta prudente tratar en un primer término el precedente "Fato" y con posterioridad aquél nombrado.

(62) Dictamen de doctor Juan Octavio Gauna, del día 4 de septiembre de 1987.

(57) Sentencia de 22 de febrero de 2005.

(58) Sentencia de 10 de abril de 2007.

(59) FERRO, Alejandro H, "Registro domiciliario sin orden judicial. Un fallo que fija límites". LA LEY 03/03/2010, 03/03/2010, 10 - LA LEY, 2010-B, 93. Cita Online: AR/DOC/787/2010.

tando el titular del domicilio su consentimiento para el ingreso de la autoridad no resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 188 del Cód. de Proc. Criminal, pues este supone allanamiento y, cabe reiterarlo una vez más, no es lo que ha sucedido en este caso" (63).

En efecto, al no ser este, un caso de allanamiento no tenía sentido de examinar si se daban o no las situaciones de excepción que autorizan un ingreso sin orden ni tampoco referirse a disposiciones que, como la que limita el alcance del consentimiento para ingresos nocturno, se refieren todas a supuestos de allanamiento de morada. Para decirlo más simplonamente, el criterio propugnado por el procurador general y que la corte hizo suyo es este: mediando consentimiento para el ingreso, no hay allanamiento de domicilio. Al no haber allanamiento, las distintas disposiciones procesales tendientes a limitar los alcances de un allanamiento son, todas esas disposiciones, inaplicables (64).

Para Carrió, el principio consagrado por la Corte en "Fato" es criticable. Por lo pronto, este parte de una premisa discutible, como es el caracterizar al allanamiento de morada como 'una actitud dirigida a vencer la voluntad de su titular'. A lo que cualquier allanamiento apunta, primordialmente, es a la incautación de prueba

demostrativa de un delito o a la captura de un sospechoso (65).

Lo que tiene un policía que ejecuta una orden de allanamiento, es un mandato judicial para ingresar en una morada, sea que su titular lo acepte o pretenda oponerse (si elige esto último, razonablemente le irá muy mal). Pero hacer fincar la esencia de un allanamiento en que se trata de un procedimiento 'dirigido a vencer la voluntad' de alguien, es conceptualmente un error. Un allanamiento se dirige a obtener o a capturar al imputado. La 'voluntad' del su destinatario, en este esquema, tiene poco que ver. Lo que se dice, no es simplemente que un ingreso domiciliario consentido hace desaparecer la 'necesidad' de orden judicial. Ello, implica mucho más. Implica que un allanamiento 'consentido' no es ya un allanamiento, de manera que un policía que ingresa 'consentidamente' no se encuentra sujeto en su accionar a las restricciones o a los límites propios de un allanamiento. Por ejemplo, no tiene que referir su actividad dentro de un inmueble a lo que puedan haber sido las razones concretas que lo llevaron allí. No tiene que informar al destinatario de la medida en conexión con qué delito actúa, qué cosas está autorizado a secuestrar, o a quién se propone detener. Dentro de este cuadro, claro está, tampoco tiene sentido embarcarse en sutilezas acerca de si lo que se está secuestrando constituye o no una extensión indebida del propósito inicial del ingreso. En suma, un allanamiento 'consentido' deja de ser un allanamiento y las normas constitucionales y legales que lo rigen dejan de ser aplicables (66).

A la par de lo expuesto, no veo que pueda sostenerse, en palabras de Carrique, la construcción de la Corte Suprema en "Fato" en la que se sostiene que al resultar el allanamiento una medida orientada a vencer la voluntad del morador, su anuencia elimina su carácter coercitivo y, por tanto, deja de tratarse de un allanamiento. Cabría entonces preguntarse: ¿cuál es la naturaleza de la presencia de un agente de las fuerzas de seguridad en el interior del domicilio que es

(63) Asimismo, expone que "Por lo tanto, la circunstancia de que el consentimiento del interesado no se encuentre entre aquellas excepciones no conduce a sostener, tal como pretende el recurrente, que el procedimiento en cuestión violó la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, ya que esa conformidad nunca pudo haber sido incluida por el legislador en el art. 189 CPC, pues en tal caso, al no existir allanamiento, esta norma, así como la que la precede, no es de aplicación". También expresa que: "...la circunstancia de que el consentimiento expreso o tácito del interesado o su representante legal se encuentre previsto en el art. 400, inc. 4° del mismo código como caso de excepción, y que el recurrente invoca en apoyo de su tesis, no afecta la conclusión que sostengo, pues esa norma se refiere a las pesquisas nocturnas y por lo tanto ninguna relación guarda con el caso en examen ya que el procedimiento impugnado tuvo lugar en horas de la mañana".

(64) CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías constitucionales en el proceso penal". Editorial Hammurabi, 2014, 6ª edición actualizada y ampliada, pp. 424-425.

(65) CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías...", ob. cit., p. 425.

(66) CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías...", ob. cit., p. 426.

investigado y al que es voluntariamente invitado a ingresar? ¿Se trata de una reunión fraterna entre investigador e investigado? ¿Se encuentra dicha visita al margen de las normas procesales? ¿Ese convite habilita una revisión del domicilio sin ninguna clase de límites ni objeto? Claramente, la respuesta a todos los interrogantes es negativa. El consentimiento del morador —aún brindado con la más absoluta de las libertades— no elimina la naturaleza coercitiva del ingreso policial, el contexto de la investigación en la que se produce, las normas procesales que la rigen no pueden correr de la escena a la figura del juez, órgano constitucionalmente autorizado para flanquear el marco de protección del art. 18 de la Constitución Nacional con los límites establecidos en la ley (67).

El criterio de “Fato” cuenta con la opinión favorable de Bidart Campos (68), para quien entrar a un domicilio con permiso del titular no es allanar, es simplemente entrar porque el titular deja entrar. Completa dicho autor: ¿para qué haría falta la orden judicial, si el titular del domicilio inviolable lo hace accesible a aquel a quien deja penetrar en él? ¿Sería un reforzamiento, un acompañamiento de voluntad, o qué? Ante ello, Ledesma afirma, la respuesta es simple, lo exige la ley para resguardar al ciudadano de posibles excesos. La facultad, sumamente delicada, de entrar en una morada, solamente puede ser discernida por el juez. La orden de este habilita a la autoridad policial a penetrar al domicilio del particular que, de esta manera, no se va a ver obligado a “no oponer reparos” a que se obtenga una prueba de cargo en su contra, precedida por una suerte de coacción tácita, cuando no expresa y de difícil prueba (69).

No participo de la idea que el allanamiento, como bien lo manifiesta González Charvay, es una actividad estatal encaminada a vencer o doblegar la voluntad del titular del derecho de

exclusión sobre determinado espacio protegido. Cuando se habla de allanar como “facilitar algo” o “vencer o superar alguna dificultad o inconveniente”, en rigor, el obstáculo que se sortea no es la voluntad de un particular. Por el contrario, de lo que se trata es que en el caso concreto se está superando una muralla erigida para limitar el poder estatal. Se allana o supera la protección constitucional. La especial protección que la Constitución establece al consagrar la inviolabilidad del domicilio resulta vulnerada por una diligencia estatal que encuentra sustento en los “casos y justificativos” contemplados en la ley reglamentaria. Lo que se vence con el allanamiento no es la actitud del particular, sino el freno establecido para proteger a los individuos de la utilización arbitraria del poder penal del Estado. Las diversas fórmulas que receptan el allanamiento en los diferentes regímenes procesales —nacional y provinciales—, en lo sustancial, coinciden en que se trata de un acto que persigue el hallazgo del imputado para su aprehensión o detención, o el descubrimiento de objetos relacionados con el delito para su secuestro. Es una búsqueda material dentro del ámbito protegido constitucionalmente. Está concebido como el ingreso físico de integrantes de un órgano del Estado en el espacio donde se encuentra el objeto cuyo secuestro se pretende, o la persona requerida para el proceso. Pero bajo ningún punto de vista el concepto remite a la voluntad o la actitud de un particular frente a la actuación estatal; o bien que la esencia de la diligencia pase por el aplastamiento o quiebre de un ánimo contrario al registro (70).

Por su parte, Zysman Quirós expone que el hecho que —aun cuando también afecten la garantía constitucional— los resultados de procedimientos ilegítimos con “resultados negativos” se disuelva judicialmente por improductivos, tornando innecesario discutir las circunstancias en sede judicial, y que los procedimientos con “resultados positivos” contribuyan en la práctica, pero indebidamente, a convalidar la validez de los registros, ha invertido la cuestión posicionando al “consentimiento” como medio principal para una inspección domiciliaria. Así, el

(67) CARRIQUE, Agustín, “El allanamiento de domicilio”. En: Ordóñez, Pablo; dir., *Medios de prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, Volumen: 3), p. 55.

(68) BIDART CAMPOS, “¿Hay allanamiento cuando se consiente el ingreso a un domicilio?”. ED, 129-214.

(69) LEDESMA, Guillermo A. C., “El consentimiento para el allanamiento de domicilio”. LA LEY, 1992-A, 427. Cita Online: AR/DOC/167/2001.

(70) GONZÁLEZ CHARVAY, Adrián, “La inviolabilidad del domicilio y el consentimiento validante de registros sin orden judicial”. Cita Online: 0003/010984.

“consentimiento” ha podido burlar con mayor tranquilidad el escrutinio al que debería someterse la orden judicial fundada, según la exigencia constitucional. No es extraño: tanto la Corte (desde “Fato”) y los tribunales inferiores, como parte de la doctrina, han entendido que donde hay consentimiento no hay allanamiento y, por lo tanto, no haría falta detenerse en la fundamentación de la orden de un juez, ni acotarse a la descripción y restricciones de allanamiento de aquella o evidenciar los motivos que llevaron a la autoridad policial a dirigirse hacia el domicilio (71).

Considero que el allanamiento es una medida intrusiva y no *una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular*. Ello debido a que el art. 224 del Cód. Proc. Penal establece: “Si hubiere motivo para presumir que en determinado lugar existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad”. Lo expuesto es conteste con la exposición de motivos del mencionado código puesto que, en el Libro Segundo, bajo el título “Medios de prueba”, se expresa que al hablar del allanamiento reza: “El capítulo siguiente legisla sobre un tema delicado, protegido constitucionalmente, cual es el registro de domicilio. Todas las garantías se adoptan, a fin de que este sea afectado al mínimo”.

Además, si es cierta la postura de “Fato”, me pregunto: ¿para qué existe el art. 225 del Cód. Procesal? Me explico. En “Fato” rústicamente se dice que con el consentimiento no hay allanamiento, debido a la perorata el allanamiento de domicilio supone una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular. Ahora bien, el juez cuando allana debe hacerlo, como perogrullada, con orden judicial y cuando lo realiza por fuera de los horarios establecidos (o sin habilitación horaria) necesita recabar el consentimiento estipulado en el art. 225, pero ¿no era que con consentimiento no hay allanamiento? Porque si busca el consentimiento del imputado (estipulado en el art. 225), según “Fato”, no hay

allanamiento, por lo que recabada la venia del imputado fulminaría su propia orden de allanamiento y dejaría en letra muerta el 225 del Código Procesal. Un desatino la posición de la Corte Suprema en “Fato”.

Interesa destacar que, si seguimos a rajatabla el criterio esbozado en “Fato” por la Corte Suprema, haría inaplicable el art. 140 del Cód. Proc. Penal federal. Ello debido a que con el “consentimiento” no hay allanamiento, o sea, recabado el “acuerdo” o “aquiescencia” o “consentimiento” (72) no resultan aplicables las disposiciones que la normativa procesal le depara a la “anuencia” y por lo tanto se podría legitimar el allanamiento sin orden judicial (73).

Lamentablemente con “Fato” la Corte Suprema pone al lobo a cuidar a las ovejas. Y, en este sentido, Martín expresa que la interpretación que postula la Corte Suprema implica cuestiones tan graves como: a) la innecesaridad de orden, aun fuera de los casos de urgencia; b) no tener la actividad estatal restricciones horarias, de información (delito relacionado, objetos buscados, etc.), y amplitud de búsqueda; c) inverificabilidad de las razones que llevaron a los agentes policiales a visitar determinado lugar; y en consecuencia d) inverificabilidad de si esas razones serían suficientes para que el juez en concreto competente hubiera ordenado el ingreso (74).

(72) Aclaro que aquí lo utilizare indistintamente. Sin perjuicio de lo expresado por Carlos Borinsky en el artículo que fue citado.

(73) Comento que el procurador general en su dictamen en “Hansen” establece una distinción de consecuencias que no prosperó en la Corte y que nunca ha sido suficientemente destacada. Se expresa que una cosa sería la validez del consentimiento prestado frente a las leyes reglamentarias que no lo prevén, por lo que resulta inaceptable, y otra sería el consentimiento, entendido como renuncia a una garantía constitucional (en este caso, la de inviolabilidad del domicilio), naturaleza que necesariamente hubiera llevado a un resguardo mucho más exigente (confrontar: ROLÓN, Darío - ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “Allanamiento e ingresos domiciliarios consentidos”. 2008. En Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, director Leonardo G. Pitlevnik, Editorial Hammurabi, tomo 4, pp. 102-103).

(74) MARTÍN, Adrián N. - GATICA, Patricia E., “Cuestiones sobre la validez del consentimiento en el allanamiento: (compatibilidad de la práctica policial y las im-

(71) ZYSMAN QUIRÓS, “La garantía de inviolabilidad del domicilio”, en “Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia”, compiladores Florencia Plazas y Luciano Hazan, Editores del Sur, 2018, primera edición, p. 151.

Así dadas las cosas, con el criterio de "Fato", el "consentimiento" en materia de allanamiento se utiliza para ampliar el poder penal del Estado, en lugar de utilizarlo para restringirlo, como sucede frecuentemente en el derecho penal sustantivo (75).

En suma, con lo expuesto confuto el criterio expuesto en "Fato" por la Corte Suprema. Y, en definitiva, el allanamiento de domicilio es el acto de coerción real consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado. Importa una limitación a la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio y presupone la falta de autorización de quien está protegido por esa garantía. De aquí que solo está legitimado cuando se han satisfecho las formalidades impuestas por la ley.

V. Lineamientos sobre los caracteres que debe reunir el consentimiento

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema que fuere citada surgen los caracteres que debe reunir el consentimiento para ser válido un allanamiento sin orden judicial. En virtud de ello, trataré con las líneas sucesivas a limitar el alcance del consentimiento.

Para ello, haré una serie de preguntas: ¿quién puede prestar el consentimiento?, ¿lo puede efectuar un detenido?, ¿qué caracteres debe tener?, ¿qué se le debe explicar al destinatario? y ¿cómo debe ser el acta labrada? A partir de esas preguntas, iré brindado sus respectivas respuestas siempre con la finalidad de limitar el alcance del consentimiento.

¿Quién puede prestar el consentimiento?

En primer lugar, se debe verificar que la persona que brinda el consentimiento debe tener plena capacidad para ejercer sus derechos (76).

plicancias propias de un Estado de derecho)", Camiña, María Cristina directora, Principio de Derecho Procesal Penal. Casos y soluciones, Editorial Ad-Hoc, 2002, volumen 1, p. 117.

(75) ZYSMAN QUIRÓS, "La garantía...", ob. cit., p. 153.

(76) Al contrario de ello, el artículo 24 del Código Civil y Comercial de la Nación estipula "Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por

En segundo lugar, a partir de lo decidido en los fallos, resulta claro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que la facultad de consentir un registro domiciliario cumplido sin orden judicial corresponde a quien resulte titular del derecho de exclusión sobre el ámbito a registrar —o que, al menos, comparta con otros tal carácter—, sin que interese que el específico resultado de la diligencia pueda afectarlo personalmente (77).

En líneas generales, la Corte en "Fiorentino" descarta como válido el consentimiento del nombrado y también expresa que "...los progenitores no autorizaron el allanamiento". Además, en "Hansen" la Corte descarta como válido el supuesto consentimiento prestado por la madre del imputado debido a que no había existido un real permiso de su parte y solo se la había interiorizado de los motivos de la visita. Por su parte, en "Martínez" el consentimiento para el ingreso de un hotel había sido prestado por la mujer con la convivía el imputado, sin embargo, la Corte no ingresa en profundidad y solo dice que el recurrente en su apelación no se había hecho cargo de la existencia de ese consentimiento. En "Dalmao Montiel" el Alto Tribunal sostiene que en una construcción flotante la titularidad del derecho de exclusión corresponde al capitán del barco. De tal manera, considera válido el registro del camarote del imputado a cargo de funcionarios de policía de la navegación, autorizado por el capitán.

Por su parte, el allanamiento en "lugares públicos", en "Bredeston" la Corte Suprema resuelve que la requisita practicada en las instalaciones

nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2° de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión". Como un ejemplo de ello, surge la sentencia dictada el 5 de febrero de 2014 por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de San Martín n° 1 en la causa FSM 21005373/2012, donde se expresa que: "En el supuesto en trato, la voluntad de quien consintió, María Fátima..., por padecer un trastorno psicótico crónico con retraso mental, estaba viciada, motivo por el cual debe reputarse inválida la única prueba inculminatoria obtenida".

(77) GONZÁLEZ CHARVAY, Adrián, "La inviolabilidad del domicilio y el consentimiento validante de registros sin orden judicial". Cita Online: 0003/010984.

en un Club constituyó un procedimiento en lugar público que, por sus características, no se encuentra amparado por la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Casi del mismo modo sortea la cuestión en el caso “Labala” al expresar que el procedimiento se efectuó en un lugar abierto al público y sin intromisión en dependencias privadas (78).

Aquí resulta difícil obviar un caso en el que no está “...en discusión la ilegitimidad del allanamiento del domicilio del acusado” debido a que se allana sin la presencia del imputado, ni otra persona que dé el consentimiento y sin orden judicial, como el caso “Barbieri” (79).

Vuelvo sobre el derecho de exclusión. Una de las observaciones que cuadra efectuar a toda la elaboración jurisprudencial y doctrinaria en que se sustenta el consentimiento es que se considera que la facultad de autorizar un registro sin orden corresponde indiscriminadamente a quien resulte titular del derecho

(78) Además de afirmar que la persona que estuvo a cargo del negocio no puso reparos al acto y no formula ninguna reserva al suscribir el acta respectiva.

(79) El doctor Juan Octavio Gauna, dictamen del día 24 de julio de 1985, dice que: “No hallándose en discusión la ilegitimidad del allanamiento del domicilio del acusado, dado que ello ha sido aceptado implícitamente por el a quo, cabe analizar la argumentación del sentenciante según la cual la ratificación en sede judicial que efectuaron los testigos del secuestro suple la falencia de la instrucción policial. Al respecto, cabe decir que esas ratificaciones podrán suplir las falencias del acta de secuestro, pero de ningún modo son aptas para tornar lícito lo ilícito. Es decir, que el allanamiento efectuado sin autorización del juez de la causa no puede ser legitimado de manera alguna”. Además, asevera que: “...esta Corte ha dicho que, aunque en rigor no resulta exigencia del art. 18 de la Constitución Nacional que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que solo ellos puedan autorizar esa medida, sin perjuicio de los supuestos en que alguna ley reconozca a funcionarios la posibilidad de obviar tal recaudo”. Y afirma que en el presente no se configuró ninguna de las excepciones previstas en el artículo 189 del Código de Procedimientos en Materia Penal, ni medio consentimiento válido que permitió la intromisión del personal policial en el domicilio del procesado. Ello así, el secuestro del material explosivo y proyectiles fue fruto de un allanamiento ilegal. En consecuencia, opinó que se debe dejar sin efecto la sentencia apelada. La Corte compartió los fundamentos y conclusiones expuestos por el señor procurador general.

de exclusión sobre el espacio protegido, o que, al menos, comparta tal carácter con otros. De tal forma, resulta absolutamente indiferente que quien autoriza resulte específico destinatario de la diligencia. Sentado ello, ya sea que el consentimiento constituya la contracara del allanamiento o que se trate de una expresión de renuncia a la protección de la garantía, lo concreto es que en esta dispar relación quien produce efectos con su manifestación de voluntad puede anular la fuerza de la protección que ampara a otro. No será él, entonces, quien en el marco del proceso penal resultará objeto de persecución. Es decir, si no existe identidad entre el titular del derecho de exclusión y el destinatario de la diligencia, puede cualquier individuo resultar perjudicado por la conformidad prestada por otro (80).

En este orden de ideas, Bunge Campos plantea que fundamentalmente a un dilema crucial nos lleva a la pregunta: ¿qué pasa cuando el titular del derecho de exclusión es una persona distinta del afectado por el procedimiento? La situación bien podría ser esta; la policía se presenta en el lugar de trabajo de un empleado y solicita autorización al propietario del establecimiento para la requisa. La respuesta que surge de los fallos es que el consentimiento del titular basta y que el empleado no puede manifestar oposición alguna. Lo que nos lleva a soluciones indudablemente indeseadas, la garantía funciona de un modo para el propietario y de otro para quien es empleado, invitado o pasajero. Si aplicamos el criterio de que siempre que haya derecho de exclusión nos encontramos ante un lugar que no es público y que, por ende, para su ingreso se requiere orden judicial de allanamiento. Por lo tanto, toda vez que exista la posibilidad del delito de violación de domicilio se debería requerir orden de allanamiento. El consentimiento, en esta línea de pensamiento, eliminaría la tipicidad del delito de violación de domicilio, pero no por ello haría válidas a las pruebas obtenidas en el procedimiento sin orden judicial, este es, el criterio que vincula a la garantía de la inviolabilidad del domicilio con la prohibición de la obligación de declarar contra sí mismo, de una forma

(80) GONZÁLEZ CHARVAY, Adrián, “La inviolabilidad del domicilio y el consentimiento validante de registros sin orden judicial”. Cita Online: 0003/010984.

armónica, recordando que siempre en estos procedimientos se buscan pruebas contra el afectado **(81)**.

Con más precisión, en tal sentido, Gil Lavedra asevera que tradicionalmente se interpreta que el consentimiento puede ser otorgado por quien tenga derecho a excluir a terceros del lugar. Sin embargo, esta línea de pensamiento es objetable desde dos ángulos diferentes. Por un lado, la garantía de inviolabilidad de domicilio protege a las personas, no los lugares, con lo que no puede tener importancia decisiva un criterio que atienda exclusivamente a la relación del individuo con el inmueble. Por el otro, la innegable vinculación que tiene la garantía de inviolabilidad del domicilio con la de la prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo, contenida también en el art. 18 de la Constitución Nacional. Analizando la relación entre la 4° enmienda y la 5°, la Corte Suprema de Estados Unidos ha dicho que ambas se arrojan luz recíprocamente, corriendo entrelazadas, porque los registros y secuestros irrazonables condenados en la 4° enmienda son realizados casi siempre con el propósito de obligar a una persona a proveer de pruebas contra sí misma, lo que en los casos criminales está considerado en la 5° enmienda. Esta es, creo, la clave del asunto. Tanto se incrimina quien reconoce ser el autor o partícipe de un delito, como quien facilita voluntariamente la obtención de prueba que sirva para condenarlo. Por ello, el permitir el ingreso y registro por parte de la autoridad, con la posibilidad de que se adquiera prueba que pueda ser usada en contra del que otorgó el permiso, es algo bastante análogo, en sus efectos, a la confesión. Lo dicho conduce a exigir que el consentimiento válido para excluir la hipótesis del allanamiento debe ser prestado de modo expreso (no hay confesiones criminales tácitas), por la persona que tenga derecho a excluir a un tercero del domicilio y que, además, puede verse perjudicado por el registro que realice el órgano de prevención **(82)**.

(81) BUNGE CAMPOS, Luis María, "Inviolabilidad del domicilio: ¿De quién es la garantía?". LA LEY, 1994-B, 335 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 607. Cita Online: AR/DOC/11624/2001.

(82) Confrontar el voto del Ricardo R. Gil Lavedra en la causa: "Monticelli de Prozillo, Teresa B.", sentencia del

Dicha tesis es seguida por Censori, quien ejemplifica, supongamos el caso de dos amigos que viven juntos, siendo que al encontrarse uno ausente, el otro consiente la pesquisa en su domicilio, desconociendo que su amigo guarda una importante cantidad de drogas en un cajón cerrado con llaves. Evidentemente, tal actitud, da cuenta acerca de que el sujeto puso la mercadería a resguardo del otro morador y lógicamente de cualquier otro visitante, por lo cual, este último jamás podría renunciar a la privacidad de su amigo. Pero encuentro otro motivo por el cual en el caso el consentimiento debería ser prestado por el interesado. Es que al desconocer quién consiente la existencia de droga en su domicilio, lógicamente, al momento de prestar su anuencia, actuará bajo un error, pues no es plenamente consciente de las consecuencias de las que puede ser pasible su amigo **(83)**.

En suma, opino que el consentimiento lo debe brindar la persona perjudicada por la medida probatoria del registro domiciliario que puede coincidir (o no) con quien tiene el derecho de exclusión. Ello debido a que, en palabras de Gottheil, otorgar virtud convalidante al consentimiento de un tercero viola, no solo la intangibilidad del domicilio, sino también la defensa en juicio y esto último debido a que, si se acepta el consentimiento como una excepción al procedimiento normal, lógicamente solo puede ser otorgado por quien puede verse perjudicado por este. De lo contrario, cualquier tercero con poder de hecho para franquear el ingreso podría disponer del interés del posible imputado **(84)**.

Sin perjuicio de lo expuesto, conviene hacer algunas apostillas con respecto al derecho de

10 de agosto de 1984 de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Voto al que adhirió León C. Arslanian y Jorge E. Torlasco. Publicado en: LA LEY, 1984-D, 378. Cita Online: AR/JUR/2356/1984.

(83) CENSORI, Luciano, "El consentimiento como alternativa a la orden de allanamiento", en Revista Asociación Pensamiento Penal, 6 de marzo de 2015, extraído el día 01/05/2020 del sitio web: <http://www.pensamiento-penal.com.ar/doctrina/40710-consentimiento-alternativa-orden-allanamiento>.

(84) GOTTHEIL, Diego F, ob. cit.

exclusión en relación con un cuarto de hotel, con una embarcación (barco), en lugares públicos y en inmuebles usurpados.

En relación con un huésped de un hotel, Luis García indica que quien contrata una habitación de hotel, sea bajo la forma de contrato de arrendamiento o de hospedaje con servicios, y realiza actos materiales que implican su ocupación con exclusión de otros, tiene asegurada la protección constitucional del art. 18 de la Constitución Nacional, con el alcance que fijan las leyes. A lo que adiciona que es inherente al contrato de hospedaje que el huésped no entra en la tenencia de la habitación, que permanece en cabeza del posadero, lo que implica que el huésped no puede excluir la entrada del posadero o sus dependientes para realizar las tareas necesarias de mantenimiento de las instalaciones, y también, que acepta —bajo ciertas condiciones contractuales— la entrada de sus dependientes para llevar a cabo las tareas de aseo u otros servicios contratados. Además, los establecimientos que se dedican comercialmente como casas de hospedaje u hoteles están sujetos a un poder de policía legal como condición de su habilitación como tales, lo que acarrea, entre otros deberes, el deber del posadero de permitir inspecciones de las instalaciones a las autoridades que ejercen ese poder de policía. Estos tres aspectos limitan el derecho de exclusión del huésped de una habitación de hotel o posada. De modo que el derecho de exclusión del huésped de una habitación de hotel o una posada puede ser limitado en los casos y con los justificativos que regula, los arts. 224 y 227 del Cód. Proc. Penal y también por el ejercicio de los derechos y deberes del posadero y sus dependientes. En lo demás, goza de la "inviolabilidad" que le garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional (85).

(85) Confrontar: Causa n° 5.958/2014/TO1/CNC1, caratulada: "Schmidt, Hugo Ernesto s/portación de arma", de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, sentencia de 13 de mayo de 2016 (Reg. n° 361/2016), integrada por los jueces Horacio L. Días, Luis M. García y Eugenio Sarrabayrouse. A mayor abundancia, García añade que: "...El derecho de exclusión no nace para el huésped del puro contrato consensual con el locador o el posadero, sino una vez que ha ocupado la habitación, o realizado actos materiales y jurídicos que lo ponen en

En este mismo orden de ideas, Varela agrega que el huésped de hotel tiene derecho de exclusión siempre y cuando realice actos materiales de ocupación de la habitación, aunque no lleve o deposite ninguna pertenencia o cuando ya se le ha asignado la llave que le permite jurídica y fácticamente ocuparla, con exclusión de otros, porque desde que tiene la llave puede rechazar que otros entren. Como así también, en el supuesto que, al huésped, porque podrían considerarse actos materiales de ocupación, le mostraran la habitación, que aceptara quedarse en ella, que se registrara su nombre y documento de identidad en el libro y que haya pagado el valor en concepto de reserva. Es decir, a partir de esos actos podría argumentarse que ya existía una protección de esa habitación como domicilio, aunque el huésped haya decidido no dejar ninguna pertenencia en la habitación y aunque no tenga la llave en su poder. Es que, si un tercero hubiese pretendido entrar a la habitación reservada y pagada, la encargada del hotel no se lo hubiese permitido. En resumen, tendrá la protección del art. 18 de la Constitución Nacional ejerza un "acto material de ocupación" (86).

condición de ocuparla y llevar sus pertenencias, con exclusión de otros. Mientras tanto, una habitación de hotel no ocupada no puede dar título al reclamo de una inmunidad constitucional, según el art. 18, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que entre posadero y huésped nacen del contrato consensual. En cuanto aquí interesa destaco que la inmunidad opera cuando el huésped realiza actos materiales de ocupación de la habitación, aunque no lleve o deposite ninguna pertenencia, o cuando ya se le ha asignado la llave que le permite jurídica y fácticamente ocuparla, con exclusión de otros. Pues desde que tiene la llave puede rechazar que otros entren, y pertenece ya al ámbito de protección de su vida privada que le permitan a él la entrada a la habitación, y también decidir qué pertenencias lleva y guarda en ella. De modo que sólo si se demuestra que el imputado había ocupado ya la habitación, o que el posadero o sus dependientes lo habían ya habilitado a hacerlo mediante la entrega de las llaves, podría entrar en consideración una lesión a la inviolabilidad que protege el art. 18 CN".

(86) VARELA, Agustín, "Allanamiento, derecho de exclusión y consentimiento". En Estudios sobre jurisprudencia, 2017-5, Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, pp. 9-10. También dice el autor que la protección del domicilio es formal y no sustancial. Esto implica que aun quien se presume que está cometiendo un delito goza de la inviolabilidad que le garantiza el art. 18 CN,

Específicamente, la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio debe ser interpretada en sentido amplio, abarcando la habitación en la cual el interesado reside, vale decir, su morada; máxime cuando tal recinto cerrado se halla separado del resto de las habitaciones y sus límites marcan el ámbito de privacidad que debe ser respetado por terceros y por el propio Estado. Para el excepcional caso en que sea necesario violentar dicho ámbito de privacidad, debe contarse con una orden de allanamiento librada por un juez con todos sus requisitos. Sin perjuicio de los distintos regímenes jurídicos aplicables, a los efectos de visualizar correctamente la cuestión es útil decir que en este caso la situación del cuarto-habitación es asimilable a la de una unidad funcional en un edificio de propiedad horizontal. Para esta última hipótesis es innegable la necesidad de contar con una orden de allanamiento específica para ingresar a cada unidad, no bastando la orden genérica que autoriza a ingresar al edificio. Lo mismo ocurre en el caso de marras respecto del cuarto habitación (87).

Por otra parte, Hairabedian, en relación con quién es el titular del derecho de exclusión de embarcaciones, afirma que, en cuanto al acceso al buque en sí, a sus partes comunes, evidentemente es el capitán o la persona —física o jurídica— propietaria; pero en cuanto a los camarotes es el pasajero o tripulante que allí se aloja (88).

aunque sea formalmente. Esa protección formal se concreta exigiendo que aun en los casos en los que se presume que alguien está cometiendo un delito se deben presentar el caso y los justificativos previstos en la ley para autorizar su allanamiento y ocupación. Si se sigue esta posición, no puede argumentarse, valiéndose de un análisis ex ante, que esa persona tiene una "precaria intimidad" y que no tiene una "expectativa de privacidad" porque su accionar tiene como fin ocultar un delito (conforme p. 16).

(87) GOTTHEIL, Diego F., "Sobre la precisión de la orden de allanamiento y el consentimiento convalidante". LA LEY, 1992-E, 559. Cita Online: AR/DOC/8993/2001.

(88) HAIRABEDIAN, Maximiliano, "Investigación y prueba del narcotráfico", Editorial Ad Hoc, 2020, 1ª edición, p. 389. Agrega que "También está relacionada la exigencia de formalidades propias del derecho internacional, por la cual puede tener que exigirse el aviso al cónsul del país de matrícula de la embarcación. Sin embargo, el

Por otro lado, en relación con el consentimiento en lugares públicos, el autor precitado expresa que no será necesario el allanamiento cuando se trate de sitios abiertos al público o un lugar cerrado en el que no exista marco de intimidad o propiedad privada (89). Al contrario, Bunge Campos delinea que siempre que exista derecho de exclusión nos encontramos ante un lugar que no es público y, por ende, para su ingreso se requiere orden judicial de allanamiento (90). En este sentido, toda medida intrusiva perpetrada en lugar público se trata de un allanamiento propiamente dicho y, por lo tanto, la ausencia de orden judicial pertinente, aunada a la carencia de cualquiera de los presupuestos fácticos establecidos en el art. 227 del Cód. Proc. Penal tornan inválido a dicho procedimiento, por

incumplimiento de este requisito no conduce a la nulidad del acto, por cuanto no tiene por finalidad proteger la intimidad ni la propiedad. En estos casos y de acuerdo con la complejidad y naturaleza del procedimiento puede ser aconsejable el traslado a puerto del vehículo acuático" (confrontar: p. 389)

(89) HAIRABEDIAN, Maximiliano, ob. cit., p. 377. En efecto, afirma que sería: "...por ejemplo, un foso con circuitos eléctricos de un servicio público, un búnker usado únicamente para vender drogas, una mina abandonada, un conducto cloacal, un puesto de venta ambulante, predios públicos abiertos —plazas, veredas— o que únicamente ha sido establecido como guarida o aguantadero (p. ej., una casa alquilada solo para guardar drogas); o una vivienda vacía y deshabitada, porque las garantías de las que hablamos protegen los derechos de las personas, no a los lugares o espacios físicos en sí mismos, por lo que es indispensable considerar el uso que se le da al sitio. Ni cuando la medida se vaya a realizar en un lugar de acceso público, y su naturaleza o extensión no ponga en peligro la intimidad ni la propiedad. Los casos son muchos. Por citar los más frecuentes, podemos señalar el ingreso a una playa de estacionamiento común, a un recital, un club, un cementerio, una oficina estatal para detener a una persona; un comercio en la zona de acceso público, aunque es cierto que 'sería preciso el auto judicial si se verificara su entrada fuera de las horas abiertas al público, cuando estuviera cerrado. Por ejemplo, entrar a un bar para detener a un cliente que se encuentra sentado en una mesa'" (confrontar, pp. 377-379).

(90) BUNGE CAMPOS, Luis María, "Inviolabilidad del domicilio: ¿De quién es la garantía?". LEY, 1994-B, 335 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 607. Cita Online: AR/DOC/11624/2001.

incumplimiento de la pertinente e insoslayable orden judicial (91).

En otro orden de ideas, es irrelevante el título de la vinculación que las personas tengan con el lugar que será objeto de la intromisión, pudiendo tratarse —como en el caso anotado— de un inmueble presuntamente usurpado. La solución es lógica: el carácter de ocupantes ilegítimos no priva a los moradores de su ámbito de privacidad, por lo que se requiere la intervención de un juez para poder afectar legalmente ese derecho. La precariedad de la morada construida en un terreno usurpado tampoco permite prescindir de la salvaguarda de la orden jurisdiccional para su ingreso. Así, una carpa o varias chapas que alberguen a una familia en un terreno ajeno gozan de idéntica protección constitucional de la intimidad, porque el cerramiento veda el conocimiento de terceros respecto a la vida interior. Por el contrario, si la permanencia en un lugar de acceso amplio es a “cielo abierto”, es decir sin escudo alguno que separe el espacio íntimo con el mundo exterior, no será exigible orden alguna por no estar en juego una expectativa razonable de intimidad, ni la propiedad. Por eso se ha considerado innecesaria la autorización judicial para el ingreso policial a un sitio despejado ubicado a la vera de una autopista donde dormían personas en colchones tapados con colchas y cartones, con el fin de aprehender a algunos que entraban y salían por el hueco del alambrado perimetral “en tanto se trata de un terreno público,

(91) Interesa mencionar un caso donde se extralimitaron del lugar público para allanar, sin la correspondiente orden judicial, dado que “En cuanto al lugar donde debe hallarse el rodado para que pueda ser requisado, ya he pormenorizado el sitio donde había sido guardado por Caffarel, el cual resulta ajeno al concepto de lugar público o de acceso público. Así, las mismas circunstancias puestas de relieve en el acápite que antecede, en cuanto a que el rodado se hallaba en un galpón detrás del local de Caffarel, para cuyo acceso debían pasarse dos portones, permiten descartar que se tratara de un sitio de acceso público, máxime cuando éste poseía intacto el derecho de exclusión de su propiedad” (Confrontar: Causa Nro. 10097 de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, caratulada: “Reyes, Rodrigo Ariel s/recurso de casación” (Registro Nro. 13.679), sentencia de 13 de julio de 2010. Votaron los Jueces Mariano González Palazzo como presidente y los doctores Gustavo M. Hornos y Augusto M. Díez Ojeda como Vocales).

imposible de apropiarse por parte de particulares que se sientan de manera irregular” por lo cual “la actividad policial se desarrolló en un espacio abierto, ajeno a una relación de privacidad o intimidad que pueda ser opuesta por los imputados para excluir esas funciones” (92).

En suma, considero que el consentimiento lo debe otorgar la persona perjudicada por la injerencia, tenga o no el derecho de exclusión. A esa solución, sucintamente, llego en virtud de la protección a la intimidad, que consagra la inviolabilidad del domicilio y por la garantía de que “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”.

¿El detenido puede prestar en forma válida un consentimiento?

En un primer momento, en el caso “Fiorentino”, la Corte expone que el consentimiento que presta el menor Fiorentino carecía de efectos porque estaba detenido al momento de prestarlo, ya que fue sorprendido en la calle por una comisión policial momentos antes del ingreso a su departamento (93).

(92) HAIRABEDIAN, Maximiliano, “El allanamiento de inmuebles usurpados con fines de desalojo preventivo”. DPyC 2011 (septiembre), 01/09/2011, 143. Cita Online: AR/DOC/2957/2011. Sin embargo el autor aclara que “...La excepción podría ser en la menos probable hipótesis de ciertas ocupaciones incipientes en las cuales aún no se conformó un núcleo de intimidad, como sucede en predios públicos abiertos —plazas, veredas— que comienzan a ser usurpados mediante la colocación de carpas o construcción de viviendas, o en lugares cerrados invadidos sólo con fines de guarida o “aguantadero” (p. ej., una casa en la que sólo permanecen para guardar armas de tenencia ilícita, estupefacientes, cosas robadas, etc.), por lo que es indispensable considerar el destino que se le da al sitio”.

(93) El Alto Tribunal sostiene que: “...en la especie no se ha configurado ninguna de las excepciones previstas en el art. 189 del Cód. de Proced. en Materia Penal, ni ha mediado consentimiento válido que permitiera la intromisión del personal policial en el domicilio del procesado, dado que la prueba examinada revela la falta de fundamentación -en ese punto- de la sentencia del a quo. En efecto, aun de haber autorizado éste el ingreso como se señala en los testimonios del oficial subinspector V. y de O. D. A. y en el acta de fs. 3/4; y hasta dejando de lado las declaraciones vertidas en el plenario por A., F. y M., el permiso que podría haber otorgado carecería de efectos por las circunstancias en que se prestó, al haber sido F.

Definido así por la Corte Suprema, es una regla *iure et de iure*. Puesto que niega el consentimiento cuando la persona está privada de su libertad (94). Sin embargo, en casos posteriores, relativiza dicha regla y niega admitir una regla rígida que importe negar validez al consentimiento prestado por quien se encuentra detenido. En definitiva, convierte la regla en *iuris tantum*.

En efecto, en el caso "Romero", el nombrado cuando estaba detenido autoriza a la policía a ingresar sin orden a su domicilio y la Corte Suprema, al momento de resolver, comparte las apreciaciones vertidas por el señor procurador general en su dictamen (95), en el sentido

aprehendido e interrogado sorpresivamente por una comisión de 4 hombres en momentos en que ingresaba con su novia en el hall del edificio donde habitaba, quedando detenido. En tales condiciones, lo expresado por el a quo en el sentido de que debió mediar al menos una resistencia verbal para que fuera oída por los testigos, resulta irrazonable dada la situación referida, a lo que se suma la inexperiencia del imputado en trances de ese tipo, factor que puede presumirse debido a su edad y de la falta de antecedentes judiciales. Por otra parte, admitido como fue en la sentencia que los progenitores no autorizaron el allanamiento, aparece carente de lógica derivar la existencia de un supuesto consentimiento tácito por ausencia de oposición expresa al registro, cuando ya se había consumado el ingreso de los extraños en la vivienda, máxime si se tiene en cuenta el modo como se desarrollaron los hechos según surge de los testimonios de fs. 104 y 115. Esperar una actitud de resistencia en ese caso importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas. Lo expuesto, y la falta de extremos de necesidad que impidieran proceder de acuerdo con la ley recabando la pertinente orden judicial, lleva a concluir en la ilegitimidad del allanamiento" (conforme Considerando 6°).

(94) Con esta característica y lo que representó ese caso en su momento, acierta Devoto al expresar que "Fiorentino" resulta emitido en un tiempo de necesidad de afianzamiento de las garantías constitucionales (también de los derechos llamados humanos) y de cuestionamiento de las técnicas de intrusión o injerencia policial. Mientras que "Fato" (en realidad una mera remisión al dictamen del procurador general), de factura más pragmática, orientado en una dirección más inquisitiva, de búsqueda de verdades sustanciales y de libertad en cuanto a la admisión probatoria, porque el fin puede justificar determinados medios (DEVOTO, Eleonora A., ¿"La doctrina del caso 'Fiorentino' o del caso 'Fato'?" LA LEY, 1998-D, 774. Cita Online: AR/DOC/11722/2001).

(95) El procurador general, doctor Andrés José D'Alessio, de 24 de marzo de 1988, opina que se debía

de que no cabe construir una regla abstracta, a partir del precedente de Fallos: 306:1752 ("Fiorentino"), que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisa domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que haya podido afectar la voluntad libre del detenido (96).

confirmar la sentencia impugnada. En efecto, en su dictamen dice que: "...la detención de quien presta su consentimiento no es el único factor a tener en cuenta para juzgar acerca de la validez o nulidad del acto, sino que también adquieren importancia las demás condiciones que lo rodean". Sin embargo, en las actuaciones "...D. E. H. fue detenido y luego conducido a la sede policial, donde recién se confesó autor del delito y autorizó la requisa de su domicilio, sin que de los elementos de juicio acumulados al proceso surja duda alguna acerca de la libertad del imputado para manifestarse de ese modo. No dejo de admitir, sin embargo, que la detención de quien presta su consentimiento para la realización de una medida de prueba en su contra constituye un factor de trascendencia a fin de juzgar acerca de la espontaneidad de una manifestación en tal sentido, toda vez que su voluntad puede verse afectada por esa circunstancia, pero no es ésa la única razón a la que puede obedecer una actitud como la que adopta H. El arrepentimiento o la expectativa de obtener una condena más atenuada por su comportamiento posterior al delito, también constituye en algunas ocasiones, motivos que pueden determinar esa conducta y que, a mi juicio, no vician la voluntad". En el presente caso medió de modo indubitable un consentimiento expreso, que aun cuando estuvo privado de su libertad no hay dudas de la eficacia de su consentimiento como acto voluntario. Asimismo, dijo que la madre de los condenados prestó expresa y documentada anuencia para que se llevara a cabo la medida, aunque en juicio se negaron haber otorgado el permiso en cuestión.

(96) Ver Considerando 4°. Asimismo, se destaca que en lo concerniente a la eficacia plena que cabe atribuir en este caso al consentimiento dado por D.E.H., quien al declarar en sede judicial destaca inequívocamente el carácter voluntario y libre de todo vicio de aquel acto, consecuente con su manifiesta intención de cooperar con la autoridad judicial. Por lo demás, también dijo que, en relación con los padres, la madre autoriza expresamente la requisa y el padre asintió con su firma lo relatado en el acta labrada por la policía. Ambos reconocen sus firmas y, aunque negaron haber autorizado el ingreso, no dieron razón alguna de cómo éste pudo haberse producido sin su concurso, ni impugnaron concretamente los instrumentos antes men-

Con posterioridad, la Corte Suprema reafirma dicho criterio en las causas: "Ferrer" (97), "Vega" (98) y "Adriazola" (99).

cionados, todo lo cual priva de entidad al agravio. Por ello la Corte confirma el pronunciamiento apelado en cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario.

(97) En este orden de ideas, Ferrer en su indagatoria (judicial) dice que fue detenido y conducido al destacamento policial y que cuando se enteró del motivo de su detención manifestó a la policía "que estaba dispuesto a colaborar" y, en ese contexto, adujo que lo trasladaran a su domicilio y entregaría el arma y proyectiles porque solo él sabía dónde los guardó, lo que, en definitiva, así hizo. Preconiza el Tribunal cimeró que, en tales circunstancias, ya sea que los policías hayan ingresado al inmueble en el mismo momento en que detuvieron a F, o que previamente lo hayan trasladado a la comisaría, lo cierto es que el procesado reconoció expresamente en sede judicial su consentimiento para el ingreso de los preventores, sin que haya invocado, ni quepa suponer su existencia, ningún vicio en tal consentimiento. En definitiva, la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que no es nula la diligencia de secuestro, dado que Ferrer reconoce haber brindado su consentimiento a los preventores para que ingresaran a su domicilio y no invocó, ni cabe suponer, la existencia de ningún vicio en tal consentimiento prestado cuando se encontraba detenido. En definitiva, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia apelada.

(98) En el Dictamen de día 23 de diciembre de 1992, emitido por el doctor Luis Santiago González Warcalde, sostiene que: "...no solo el procesado consintió el ingreso de los preventores a su domicilio, sino que también lo hizo su padre sin que, ni en dicha oportunidad ni posteriormente, se alegara que esas voluntades permisivas adolecieran de vicio alguno que afectaran su validez. Es así que, cuando V. declaró a tenor del artículo 236 primera parte del Código Procesal Penal vigente a la época y refirió circunstanciadamente los pasos que siguió la pesquisa y que llevó al secuestro de los bienes sustraídos (fs. 33/34 del principal), no trajo a colación acontecimiento alguno que hubiere turbado su voluntad durante el curso de los procedimientos. Lo mismo cabe decir en relación al consentimiento brindado por G.V., quien tuvo la facultad de excluir de su vivienda a los policías intervinientes y respecto de quién consta además, que fue puesto en conocimiento de la posibilidad de optar entre permitir o no el procedimiento policial, según surge del acta de fojas 1 y 2. Por otra parte, analizando los hechos relatados en la causa, advierto que después que los funcionarios policiales ingresaron a la morada de V., no realizaron la inspección de ella, sino que el mismo procesado, luego que su padre —titular del derecho de exclusión como ya quedar expresado— no opusiera reparo alguno a la presencia policial en su domicilio, condujo a éstos hasta el lugar donde se encontraban los bienes sustraídos".

(99) El Procurador Eduardo Ezequiel Casal, en su dictamen del día 12 de septiembre de 2000, mantuvo el

Al comentar el caso "Romero", Rodríguez Varela dice que el mero hecho de encontrarse la persona privada de su libertad no implica que necesariamente, sin excepciones, toda manifestación de su voluntad quede viciada. ¿O acaso puede observarse el consentimiento que se presta en sede policial y luego es ratificado judicialmente de tal suerte que sin sombra de duda alguna se acredita que es fruto del arrepentimiento que lo induce a cooperar por propia determinación con la autoridad? La legítima detención de una persona por la autoridad policial no vicia necesariamente el consentimiento de su pariente —próximo o no— para la requisita de un domicilio sobre el que este ejerce el derecho de exclusión; y, además, frente a tal hipótesis, tampoco puede sostenerse como axioma que la autorización que se otorgue importa ayudar a reunir prueba incriminatoria en violación a lo

recurso de queja presentado. En su dictamen, dice que el ingreso del personal policial se realiza con la "expresa anuencia de su morador, Cabo Primero del Ejército J. M. A.", quien además rubrica el acta sin oponer ningún reparo. También señala que en la declaración indagatoria el imputado manifiesta que "no tenía nada que esconder, inclusive invita a ingresar a su casa a los policías, ya que éstos no tenían orden de allanamiento, pero como no tenía nada que ocultar los invitó a pasar", a la par que ratifica el acta de secuestro y reconoció la tenencia de los elementos incautados. Asimismo, destaca el acusador público que en igual sentido se expiden los policías intervinientes y el testigo de actuación. También, el Fiscal afirma que, en el pronunciamiento se indica que esa autorización de ingreso no fue producto de la libre voluntad, sino que obedeció a la supuesta detención del hermano del imputado. Pero esa conclusión se funda exclusivamente en las "apariencias" que, a criterio del a quo, surge a partir de ese otro hecho, pues no se explicita en el fallo, ni tampoco es invocado por la parte, razones que permitan al menos inferir que la anuencia no se presta libremente. A ello cabe agregar que los motivos a los que responde el consentimiento carecen de relevancia en la medida en que, como en el caso, no constituyen un vicio que afectó la voluntad de quien lo prestó. En consecuencia, no existen elementos que permitan inferir que la autorización del ingreso fue prestada por A. bajo alguna clase de coacción, por lo tanto, no era procedente desconocer la validez de prueba incriminatoria que fue obtenida sin desconocimiento de garantías constitucionales. En definitiva, no es posible, tal como lo hace la cámara "...desconocer relevancia al consentimiento prestado por el interesado para permitir el ingreso del personal policial a su domicilio, aun cuando no se cuente con la orden de allanamiento expedida por el juez, documento que, según se ha visto, no debe considerarse imprescindible para que la garantía que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional no resulte afectada".

dispuesto en el art. 280, Código Procesal. En el mismo orden de ideas, corresponde tener presente que la fórmula "no opone reparos", habitualmente se entiende como un tácito permiso para inspeccionar una morada. Desde esta perspectiva, ¿puede afirmarse que no existe consentimiento válido si, amén de dicha fórmula, obran otras pruebas de la conformidad prestada por el morador, tales como testigos y la propia actitud del interesado de no observar el procedimiento durante todo el trámite de la causa? ¿qué reparos merece la citada fórmula en tales condiciones? Es innegable, pues, como ha dicho la Corte, que cada caso debe ser exhaustivamente examinado porque no es razonable construir sobre el particular una regla abstracta **(100)**.

Con similar apreciación, Levene dice que mal puede concluirse que la anuencia prestada por un imputado detenido es inválida por carecer este de voluntariedad para producirla por el solo hecho de no tener libertad de desplazamiento, pues sería reconocer en el propio sistema una reprochable contradicción: mientras por un lado concebiría que la declaración policial de quien está detenido puede ser prestada voluntariamente, por otro negaría que una autorización para registrar su propio domicilio puede ser dada libremente bajo esas condiciones **(101)**.

En esta línea interpretativa se encuentra D'Albora, quien opina que la forma de conciliar las dificultades probatorias que pueden suscitarse no puede extenderse a privar de efectos al permiso, pues se ha procurado establecer

una presunción legal en cuya virtud el consentimiento prestado ante la requisitoria policial carece de efectos, a menos que se aprecie sin posibilidad de duda, que no existe vicio que afecte la voluntad de quien lo otorgó. En síntesis, se trata de saber si las características del ingreso de los agentes han sido semejantes a la de cualquier persona, sin dejar de atender a la privación de libertad soportada por quien otorga el consentimiento, aunque tampoco considerándola la única razón para respaldar su invalidez. Es que en esa actitud del imputado puede mediar el arrepentimiento o la expectativa de obtener una condena más atenuada por su comportamiento posterior al delito **(102)**.

Por otra parte, Miret repara en que es riesgoso dar valor a las autorizaciones de requisa que personas detenidas puedan brindar ante policías, pero a la Corte no se le escapa la posibilidad de abusos y por eso hace hincapié en que debe analizarse cada caso y auscultarse si la autorización o invitación de penetración a la morada fue libremente consentida. En el caso "Ferrer", nótese que se consignan dos recaudos para la validez: reconocimiento ante el juez y ausencia de indicios de vicios en el consentimiento. No dar valor a tal autoincriminación sería contradictorio con la aceptación de las confesiones. Lo expuesto no significa preconizar que la Policía prescinda de solicitar fundada y previamente las pertinentes órdenes de allanamiento que sus investigaciones hiciesen necesarias. Por respeto a los derechos que a toda persona se debe, por estima a las normas legales que dan forma a lo que se debe entender por actuación policial civilizada y hasta por razones de eficacia debe el personal policial prescindir de toda coacción como medio de obtención de evidencias, ya que a la postre judicialmente los "logros" que son fruto de actuaciones que violan garantías constitucionales serán invalidadas por los jueces **(103)**.

Más allá de lo expuesto, considero que resulta totalmente contradictorio que una persona que

(100) RODRÍGUEZ VARELA, Carlos, "¿Es necesaria la orden de allanamiento cuando media consentimiento válido para inspeccionar un domicilio?". LA LEY, 1991-E, 597. Cita Online: AR/DOC/15523/2001.

(101) LEVENE, Ricardo, "Manual de Derecho Procesal Penal". Editorial Depalma, 1993, Tomo II, 2ª edición, p. 536. Aunque postula que la ley debe ser interpretada de modo que sus disposiciones hallen recíproca concordancia. Y añade que la ilegitimidad de la introducción al debate de la declaración autoincriminatoria prestada por el imputado en sede policial, traída al debate por el policía receptor, no encuentra su razón de ser en la involuntariedad producida por la detención, sino en la admisión de una regla referida a la exigencia de judicialidad de la declaración, o bien en que, concretamente, tal situación (falta de libertad intelectual) es debidamente comprobada.

(102) D'ALBORA, Francisco J. "Visitas domiciliarias y allanamientos". LA LEY, 1990-C, 219 — LLC, 1990-574. Cita Online: AR/DOC/5038/2001.

(103) MIRET, Luis F., "La jurisprudencia no convalida allanamientos policiales sin orden judicial". DJ, 1991-1, 85. Cita Online: AR/DOC/3501/2006.

está detenida (privada de libertad), como realidad irrevocable no puede retirarse con libertad del lugar, pueda tener la libertad y autonomía para decidir si concede una autorización o no a las fuerzas del orden. En otras palabras, no tiene autonomía para retirarse del lugar, pero es libre para dar una anuencia a una medida intrusiva de derechos fundamentales. Resulta claro que en el contexto fáctico propio de una persona privada de su libertad y con particular consideración de la relación de sujeción especial —entre el imputado y la policía— a la que se encuentra sometido, es imposible pensar que puede brindar un consentimiento libre, pleno y voluntario (104). Menos puede existir uno tácito puesto que “...una presunción de renuncia a un derecho fundamental basada en la omisión de una protesta expresa que, en la situación concreta y en el contexto social y cultural de nuestro país, aparece como una exigencia desmedida e inmune a la razón, desdice al entendimiento común, el del ámbito de la *doxa* que, al fin y al cabo, es el de la imaginación” (105).

No solamente llego a esa solución por el poder intimidante que puede ejercer las fuerzas de seguridad ante un sospechoso de cometer un delito, sino también que toda la información que brinda en ese especial momento de detención debe estar cubierto por la garantía contra la autoincriminación. Dado que los casos judiciales muestran cómo en un gran número de ocasiones la colaboración del sujeto inculcado resulta enteramente necesaria para hacer efectiva su propia persecución penal (106).

En tal sentido, el art. 184, inciso 10 del primer párrafo, del Cód. Proc. Penal establece como principio una veda expresa a las fuerzas de seguridad de recibir declaración al imputado, introduciendo de seguido, como excepción, la posibilidad de formularle el interrogatorio de identificación, hacerle saber que puede ser asistido por su defensor de confianza y abstenerse

de declarar sin que ello pueda meritarse en su contra (107). Tal prohibición no significa que ante un dato brindado voluntariamente por el sospechoso que pueda ser útil para encaminar la pesquisa a tenor del art. 184, inciso 3 del mismo código ritual, el personal policial esté obligado a desoírlo so pena de violentar derechos constitucionales, pues precisamente tal temperamento —desatenderse de la noticia dada— se halla reñido con los deberes inherentes a su función de prevención y represión de los delitos. Siempre y cuando, se impone destacar, la información obtenida haya sido aportada sin el menor indicio de coacción o de intimidación. La veda estricta que pesa sobre las fuerzas de seguridad discurre pues, en torno a interrogar al imputado más allá de lo atinente a sus datos identificatorios, no pudiendo mediante preguntas y reconvenciones —cuya respuesta por parte del aprehendido signifique inculparse o facilitar medios probatorios en su contra, en un cuadro asimilable a una declaración indagatoria—, intentar esclarecer el hecho, ya que esto, como es sabido, es actividad privativa —en principio— del juez instructor. Si en ese interin una persona quien a la postre es imputada por una autoridad judicial hace manifestaciones libremente sin haber sido sometida a interrogatorio bajo coerción policial estas solo podrán servir para direccionar la investigación. En síntesis, del art. 18 de la Constitución Nacional emana la regla que prohíbe obligar a un sospechoso de delito a declarar contra sí mismo, prohibición que comprende no solo el uso de violencias físicas, sino también de medios de coerción empleados con el fin de obtener del

(107) Específicamente el artículo 184 del Cód. Proc. Penal establece las “Atribuciones, deberes y limitaciones” ya que expone: “Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones:... 10. No podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104, párrafo 1° y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento. Si hubiese razones de urgencia para que el imputado declare, o éste manifestara su deseo de hacerlo, y el juez a quien corresponda intervenir en el asunto no estuviere próximo, se arbitrarán los medios para que su declaración sea recibida por cualquier juez que posea su misma competencia y materia”.

(104) El consentimiento que brinda debe ser la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece y cuyas consecuencias debe asumir.

(105) Del Considerando 8° del voto del ministro Petracchi en la causa “Fiorentino”.

(106) Zysman Quirós, “La garantía...”, ob. cit., p. 154.

sospechoso datos o informaciones que lo incriminen. Y de la disposición prohibitiva del art. 184, inciso 10, del código ritual nacional, emana la regla que prohíbe a los agentes de las fuerzas de seguridad interrogar al sospechoso salvo para constatar su identidad, y bajo presupuesto de información previa sobre sus derechos al silencio y a la asistencia de un abogado **(108)**.

En pocas palabras, si la policía no puede recibir declaración al imputado y solamente puede formularle el interrogatorio de identificación, porque está en juego el art. 18 de la Constitución Nacional; *a fortiori*, de ningún modo puede recabar, cuando se encuentra detenido o arrestado el imputado, el consentimiento válido para un allanamiento sin orden judicial.

Devoto menciona que si una persona imputada de delito admitiera implícitamente una apertura ilimitada de su intimidad —como si su vuelco confesorio a su connacional implicara correr un velo cohonestador a la policía y a la justicia— la garantía de inviolabilidad del domicilio y también el rechazo a la autoincriminación forzada, art. 18 de la Constitución Nacional, quedarían reducida a su mínima expresión **(109)**. También, Maldonado explica que suponer la validez del consentimiento de quien se encuentra bajo custodia policial, excede la idea de libertad que requiere la decisión del particular, debido a que no puede descartarse que el consentimiento haya sido producto de coacción y, por lo tanto, debería ser inadmisibles. La razón es que, en esas circunstancias y sin el asesoramiento de un defensor, la declaración del imputado debe ser tamizada por la regla que prohíbe la autoincriminación **(110)**.

(108) Confrontar: Causa Nro. 9076 de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa caratulada: "Vega Moreno, Susan Yovanka s/ recurso de casación" (Registro Nro.: 17.023), sentencia del 30 de agosto de 2010. Votaron los Jueces W. Gustavo Mitchell como presidente y los Doctores Luis García y Guillermo J. Yacubucci.

(109) DEVOTO, Eleonora A., "La doctrina del caso 'Fiorentino' o del caso 'Fato'". LA LEY, 1998-D, 774. Cita Online: AR/DOC/11722/2001.

(110) MALDONADO, Santiago E., "La inviolabilidad de domicilio: el ingreso consentido y las decisiones infundadas. Pautas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Revista Pensamiento

Por lo demás, dado el vínculo estrecho de hecho entre el imputado y la policía que se origina en virtud de una injerencia resulta imposible determinar el grado de espontaneidad con que el detenido se puede pronunciar ante la policía.

Además, resulta inaceptable, en miras a una nulidad absoluta por un allanamiento inválido, que el supuesto "consentimiento" (viciado) brindado en un primer momento sea ratificado o subsanado en un acto posterior como lo es la indagatoria. Esa no es la instancia procesal oportuna para poner de manifiesto la validez del consentimiento, sino que debe ser con anterioridad al supuesto ingreso consentido. Aquí, el orden de los factores sí altera el producto. Aún más, si el imputado o su defensa no plantearan la cuestión, el juez debe actuar de oficio y, eventualmente, declarar nulo el procedimiento **(111)**.

En definitiva, se pierde de vista que nos encontramos ante una nulidad absoluta. ¿Qué importa si el imputado la convalida en sede judicial? O sea, esa argumentación tendría que validar lo siguiente: la persona es torturada (Fallos: 303:1938, "Montenegro") y confiesa y llevado al juez con posterioridad admite que le gusta la tortura o que de todos modos hubiera confesado **(112)**.

Para ir finalizando, estamos ante una nulidad absoluta ya que se habrá puesto en juego la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, la cual guarda una relación directa e inmediata con el instituto examinado. Al con-

Penal del 5 de febrero de 2021. Extraído el día 17/03/2021 del sitio web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49702-inviolabilidad-domicilio-ingreso-consentido-y-decisiones-infundadas-pautas>.

(111) Puesto que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresa, constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional 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 (Fallos: 319:1496 y su cita).

(112) MIRET, Luis F., "La jurisprudencia no convalida allanamientos policiales sin orden judicial". DJ, 1991-1, 85. Cita Online: AR/DOC/3501/2006.

trario de lo sucedido en el caso “Gordon” (113) de la Corte Suprema.

Por lo que resta, ni que hablar que de admitirse que las fuerzas de seguridad pudieran ejecutar sin orden judicial las injerencias domiciliarias, se estaría también privando a quien a la postre resulte imputado por la prueba en su contra, adquirida en dichos registros, del ejercicio regular de sus derechos procesales, especialmente el de controlar la motivación del auto

(113) La Corte Suprema afirma que ninguna relación guarda con el caso presente la garantía de la inviolabilidad del domicilio ni el alcance de la regla de exclusión de las pruebas obtenidas como consecuencia directa y necesaria de un acto de procedimiento cumplido en violación a dicha garantía, desde que los jueces sustentaron el fallo en otras probanzas independientemente de las allí obtenidas. En efecto, aquí se trata de la hipótesis concreta de la detención del presunto culpable, respecto de lo cual la garantía de la defensa en juicio exige que el arresto se funde en una atribución o disposición de autoridad competente. En el sub iudice, la orden de captura de M. A. G. existió con anterioridad al ingreso a la morada, el que se produjo después de haberse frustrado su aprehensión durante anteriores registros domiciliarios, como consecuencia de la disposición de medios técnicos poco comunes por parte del procesado, el que fue puesto a disposición del juez inmediatamente después del procedimiento impugnado. En tales condiciones, no se verifica violación alguna a la garantía constitucional que señala la defensa que justifique invalidar lo actuado. Por ello, la Corte resuelve, en atención a lo dictaminado por el señor procurador general, declarar mal concedido el recurso extraordinario, con costas. Según Carrió “...creo que ‘Gordon’, con lo problemático que es, fue un caso en que existió una violación a una garantía constitucional (la de inviolabilidad del domicilio). Creo también que es posible imaginar situaciones de necesidad asimilables a las del art. 189 del Cód. de Proced. Criminal, pero eso es más bien tarea del legislador. Pero pese a esta conclusión, no me parece que ‘Gordon’ haya estado mal resuelto. Anular todo el proceso, que es lo que supongo pretendía el recurrente, es a mis ojos una solución demasiado extrema para lo que habría sido la transgresión constitucional en que se incurrió. Reitero, así como en materia de validez de prueba ilegal la Corte ha admitido excepciones a la regla de exclusión, quizás aquí también quepa hablar de supuestos en los cuales una detención ilegítima habrá de traer consecuencias invalidantes como la propugnada por la defensa, y otros no. Pautas tales como si existió una deliberada, innecesaria o irrazonable invasión de los derechos de los ciudadanos (para usar la terminología del derecho judicial estadounidense visto supra) pueden constituir guías útiles al respecto” (confrontar: CARRIÓ, Alejandro, “Gordon: un caso problemático sobre allanamiento y detención”. LA LEY, 1989-B, 446. Cita Online: AR/DOC/9765/2001).

que dispone una medida intrusiva a sus derechos fundamentales.

Lo anterior me da pie a la siguiente pregunta: *¿qué caracteres debe tener el consentimiento?*

En principio se puede mencionar que no puede existir un consentimiento tácito en un allanamiento, ello se desprende de los casos “Fiorentino”, “Cichero” y “Hansen”. En efecto, en esos casos la Corte Suprema afirma que “...la mera ausencia de reparo no puede equipararse a una autorización suficiente”.

El juez Petracchi en su voto en el caso “Fiorentino” da un paso más y dice: “Si el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada, él ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento” (114). En otras palabras, en ese voto en particular, son cuatro los pilares de construcción: 1) que el consentimiento sea expreso; 2) comprobadamente anterior al ingreso del organismo estatal al domicilio; 3) no debe verificarse fuerza o intimidación; y 4) quien lo presta debe ser puesto sobre aviso de que puede negar el permiso de ingreso (115).

(114) Conforme considerando 8°).

(115) En este orden de ideas, surge la resolución de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en la causa n° 41.582, caratulada: R., E. J. (Rechazo de planteo de nulidad. Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 45, Secretaría N° 122) del día 6 diciembre de 2011, firmada por los Jueces Jorge Luis Rimondi y Luis María Bunge Campos. En efecto, aquí se sostiene que “...en el marco del examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto y de lo reseñado precedentemente surge que no se ha dejado constancia de que O. haya sido informada de su derecho a negar la autorización a tal procedimiento. Así entonces, resulta aplicable al caso lo expuesto por el juez Petracchi en el fallo ‘Fiorentino’ de la CSJN (306:1752)”. Sin perjuicio de ello, los Jueces mencionan que “...no compartimos lo expuesto por la juez a quo en cuanto a que ha habido motivos de urgencia que habilitaron el procedimiento dado que entendemos que se pudieron haber implementado medidas menos lesivas que la que se cuestiona. Nótese al respecto que, tal como sostiene la defensa, si se temía que la mercadería

Sin embargo, lamentablemente, la Corte Suprema no acepta como recaudo de un consentimiento válido, que el destinatario de la medida sea informado de que tiene derecho de no prestar dicho consentimiento.

No obstante, con posterioridad la Corte utiliza una fórmula que expuso rigurosas exigencias en materia de validez de un consentimiento. En tal sentido, en “Rayford” afirma que “...la ausencia de objeciones por parte del interesado respecto de la inspección domiciliaria que pretenda llevar a cabo el personal policial no resulta por sí solo equivalente al consentimiento de aquel, en la medida en que tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización” (116).

Los casos resueltos por la Corte con posterioridad a “Rayford” no volvieron a utilizar esta fórmula. Más bien, por la manera en que tales casos fueron decididos (en especial “Romero” y “Ferrer”), da la impresión de que de aquí en más la Corte hará un análisis global de la situación fáctica, para ver en qué medida existen indicios de coerción o intimidación sobre el imputado. Ausentes tales indicios, el consentimiento será considerado válido. El estándar estricto de que “no deben haber dudas de la plena libertad” con que se ha formulado la autorización, parece más hijo de épocas de pasado libertarianismo en la doctrina de nuestro Alto Tribunal (117).

sustraída fuera sacada del lugar, bien podría haberse implementado consigna policial en la finca hasta que se obtuviera la orden judicial para ingresar al lugar o se podrían haber secuestrado los elementos si hubiesen intentado sacarlos del domicilio, especialmente teniendo en cuenta que los preventores estaban en comunicación telefónica con la empresa que monitoreaba el trayecto de una de las cajas mediante el rastreador colocado en ella. Es de destacar, en este sentido, que R. no estaba siendo perseguido, ni los ocupantes de la vivienda clamaban por socorro (art. 222, CPP de la provincia de Buenos Aires), ya que el imputado había abandonado previamente el lugar. De este modo, más allá de la invalidez de la autorización supuestamente prestada por O., únicamente hubiera habilitado el ingreso en horario nocturno (art. 220 *ibídem*) pero nunca sin orden judicial”.

(116) Conforme considerando 4°).

(117) CARRIÓ, Alejandro D., “Garantías ...”, *ob. cit.*, p. 432.

Ekmekdjian menciona que, en principio, el criterio según el cual el domicilio solo puede ser allanado por orden del juez de la causa —salvo los casos excepcionales del Código Procesal— es el que interpreta correctamente al art. 18 de la Constitución Nacional, sin embargo, en segundo lugar, se demuestra que la renuncia a la garantía no puede presumirse por la “falta de resistencia”. No se acepta el consentimiento tácito por ausencia de oposición al registro. Esta es la interpretación más coherente con el rango constitucional de la garantía en juego. De nada valdría pregonar su alta jerarquía, si en la práctica pudiera soslayarse con interpretaciones complacientes con un abuso de poder, verbigracia, invirtiendo el *onus probandi*, el cual nunca debe estar a cargo de aquel que se ampara en la garantía, sino —por el contrario— de aquellos que quieren enervarla en el caso concreto (118).

El consentimiento debe aparecer como auténtica manifestación de la voluntad del interesado. La existencia de un consentimiento válido a partir de la falta de resistencia u oposición verbal del imputado desecha la presencia de una auténtica manifestación de voluntad apta para que el resultado de la diligencia policial pueda integrar regularmente el proceso. Y, además, resulta irónico que solo la activa protesta frente al hecho consumado excluiría la posibilidad de entender que ha mediado un consentimiento tácito que, además, tendría el efecto de excusar a posteriori la entrada no consentida de los agentes policiales (119).

Sin perjuicio de lo expuesto, haré algunas consideraciones sobre el consentimiento tácito o presunto. El llamado consentimiento tácito (en verdad, consentimiento presunto) supone la ausencia de una voluntad real del afectado, que permita conocer su decisión; él es, en verdad, una ficción que se construye sobre la base de la imposibilidad de recurrir, en el momento en el cual existe la necesidad de obrar, a la voluntad real de quien debe decidir y de la determinación

(118) EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “La revalorización de la garantía constitucional del domicilio en un ejemplarizador fallo”. LA LEY, 1985-A, 160. Cita Online: AR/DOC/14802/2001.

(119) GONZÁLEZ CHARVAY, Adrián, “La inviolabilidad del domicilio y el consentimiento validante de registros sin orden judicial”. Cita Online: 0003/010984.

razonable de lo que hubiera decidido el afectado, conforme a un comportamiento social adecuado.

Es por ello que los casos aquí tratados resultan ridículos si se los encasilla como ejemplos de consentimiento presunto —interpretando así la frase burocrática “...no opuso reparo alguno”—, pues se trata de casos en los cuales, por estar allí afectado, la apelación a la ficción deviene imposible; son, en realidad, casos de ausencia de consentimiento presunto (aquellos que hubiera hecho el afectado en la ocasión, según el comportamiento social adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso). En cambio, un caso propio de consentimiento presunto sería la autorización para allanar sin orden judicial del Código Procesal Penal en el art. 227, inciso 2°: en cuanto se denuncia que personas se introducen a una casa para asaltarla o cometer algún delito (120).

Mezger explicita casos de consentimiento presunto como: la irrupción en la casa de un vecino, durante la ausencia de este, para reparar la cañería del agua que ha reventado; la apertura de una carta dirigida a un amigo, para que no quede desatendido un pedido urgente; una intervención quirúrgica realizada por un médico a un accidentado que ha perdido el conocimiento o una ampliación de esta a otro terreno, aprovechando la narcosis. En todos estos casos, falta un consentimiento real y, como tal, válido; pero evidentemente el lesionado lo habría otorgado si hubiera tenido conocimiento de la situación de hecho por la que atravesaba y por lo tanto tales casos deben ser considerados como si el consentimiento hubiese sido otorgado de verdad (121).

En este mismo orden de ideas, Mir Puig reserva el consentimiento presunto en las ocasiones en que el titular del bien jurídico determinado *no puede* manifestar su consentimiento, pero resulta seguro que lo *prestaría si pudiera*. Ello puede suceder cuando el titular se halla *ausente*

o *inconsciente*. Si en tal caso otra persona interviene en sus derechos en la seguridad de que el titular lo consentiría si pudiera, obra amparado por el llamado consentimiento presunto (122). Sin embargo, Mir aclara que cuando la intervención resulte necesaria para salvar un *bien no disponible* por su titular, como la vida, no hará falta acudir a la figura del consentimiento presunto, sino que bastará que el hecho resulte amparado por estado de necesidad (*auxilio necesario*). En cambio, *si el bien jurídico es disponible* por su titular, *solo* es lícito intervenir si concurre consentimiento presunto, pues podría suceder que el titular prefiriese asumir la lesión del bien en peligro antes que la intervención lesiva necesaria para evitar aquella (123).

Por lo demás, no puede tomarse en cuenta el llamado consentimiento tácito por la misma ausencia legislativa respecto de él y por no poder probarse en la mayoría de las veces cuándo fue aceptada la injerencia y cuándo no, y porque evidentemente se adoptarían fórmulas prefabricadas y que reiteradamente han sido rechazadas por la jurisprudencia (124).

De lo expuesto, surge con claridad que el consentimiento, si se requiere, debe ser expreso y no tácito o presunto. Aunque son supuestos de consentimiento presunto los casos taxativamente previstos por el legislador en el art. 227 del Cód. Proc. Penal.

Así dadas las cosas, la cuestión versará en analizar si la anuencia brindada por el interesado tiene la capacidad de convalidar un ingreso sin orden judicial previa y para ello es preciso que el juez que entienda en la causa realice un examen exhaustivo de las circunstancias que rodearon la situación y evalúe si existieron vicios que hayan podido afectar la voluntad libre de quien, en aquellas condiciones, prestó su consentimiento. Así, al momento de analizarse la validez del allanamiento se deberá examinar si

(120) MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Fundamentos. Editorial Ad-hoc, 2016, tomo 1, primera edición, p. 648.

(121) MEZGER, Edmund, "Derecho Penal. Parte general. Libro de estudio". DIN Editora. Traducción de la 6ª edición alemana (1955), 1989, pp. 166-167.

(122) MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal. Parte General". Editorial BdeF, 2018, 10ª edición, 1ª reimpresión corregida, p. 533.

(123) MIR PUIG, Santiago, ob. cit., pp. 533-534.

(124) HALL, Carlos Normando, "Registro domiciliario, requisa y secuestro de acuerdo a las reformas de la ley 25.434". Rosario (Santa Fe): Nova Tesis, 2003, pp. 122-123.

todas las circunstancias que rodearon el acto se traducen en un verdadero consentimiento libre y, en caso de duda deberá estarse por la nulidad del procedimiento, dado que se encontraría vulnerado un derecho fundamental. Por la exigencia adicional de practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon al otorgamiento del consentimiento, no solo es necesario el consentimiento, sino que este debe ser dado en condiciones de plena libertad, sin que existan elementos que permitan inferir que dicha autorización fue otorgada bajo algún tipo de presión o coacción, ese examen es justamente para verificar que así sea. Con esto la Corte parece exigir con un carácter restrictivo, que además del mero consentimiento se requiere un examen exhaustivo de las circunstancias que lo rodearon, para asegurarse que este fue otorgado en condiciones de libertad y entendiendo el alcance de lo autorizado. Para ello es necesario conocer los motivos del ingreso requerido por el personal policial, los que deben ser consignados en el acta respectiva, como así también la medida debe ser efectuada en su presencia. Esta exigencia resulta lógica, ya que todo allanamiento se encuentra circunscripto a una finalidad específica, consignada expresamente en la respectiva orden por el juez o magistrado otorgante (125).

Nótese que para practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto de cómo se otorga el consentimiento, es necesario no resolver inaudita parte y garantizar el derecho a ser oído. Por ende, se debe escuchar al imputado/o y a los testigos de procedimiento (126).

(125) GIULIANI, Carlos Alberto, "Registro domiciliario sin orden judicial". LLGran Cuyo 2009 (diciembre), 1053. Cita Online: AR/DOC/4004/2009.

(126) Del voto del doctor Yacobucci, en la causa n° 12.070 caratulada: "Acuña, María Itatí s/recurso de casación" (registro n° 18.922), sentencia de 12 de julio de 2021, de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada en ese entonces por el juez doctor Guillermo J. Yacobucci como presidente y los jueces doctores Luis M. García y W. Gustavo Mitchell como Vocales. Con más profundidad, en ese precedente, el voto de Luis García dice que: "Concluyo que el juez no realizó ningún esfuerzo por constatar la expresión de consentimiento que se alega, ni por indagar las condiciones en que ese consentimiento habría sido prestado. En efecto, tan pronto la fiscalía que tenía delegada la investigación pidió la in-

La siguiente pregunta sería: *¿qué se le debe explicar al destinatario?*

Como otra característica del allanamiento consentido, es que se le debe explicar al destinatario los motivos del ingreso sin orden. En tal sentido, en el año 2005, la Corte Suprema de Justicia resuelve el caso "Ventura" donde se había llevado a cabo un procedimiento policial sin orden judicial en unas oficinas comerciales. Tal como surge del acta labrada en esa ocasión, los tres inspectores son atendidos por un empleado, quien manifestó no tener impedimento para que accedieran al lugar. Se deja constancia que estaban allí otras cuatro personas, entre las que se encontraban Vicente S. Ventura, que dice estar a cargo de la oficina y Antonio G. Nicolini. Al finalizar el procedimiento, todos los presentes ratifican lo actuado y firman el acta correspondiente (127). La Corte afirma que, las consideraciones en mayoría de la sentencia del *a quo* que tienden a justificar la ausencia del auto prescripto por la ley y el consentimiento dado para la inspección domiciliaria, resultan insuficientes para otorgar legitimidad al allanamiento, puesto que era preciso que se practicara un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto.

En este sentido, no era lícita la referida requisa debido a que del acta confeccionada por los funcionarios que efectuaron el registro, concebida con la habitual terminología que suele emplearse en esos casos, consigna que la persona

dagatoria de la imputada, y la expedición de una orden de allanamiento para realizar una nueva inspección en busca de las chapas originales del vehículo sustraído, el juez de oficio declaró la nulidad. Esa decisión aparece como prematura y la omisión de indagar todas las circunstancias concretas del alegado consentimiento constituye arbitrariedad. En efecto, el juez no ha interrogado sobre el punto al personal policial, ni a los testigos Raggi y García, personas ajenas a esa institución. Tampoco ha oído lo que pudiera querer decir la imputada sobre este extremo, y, sin embargo, ha considerado que no se ha prestado un consentimiento válido. Concluyo así que el sobreseimiento dictado era cuando menos prematuro y constituye el resultado de una omisión arbitraria de indagar las circunstancias relevantes del caso".

(127) Es pertinente agregar que en oportunidad de prestar declaración indagatoria en la causa n° 934 del Juzgado en lo Penal Económico n° 7, Secretaría n° 14, Ventura ratifica ante el juez esa diligencia.

que atendió a los inspectores, enterada del motivo de la presencia de estos últimos manifiesta no tener impedimento en acceder el acceso al lugar. Nada dice el acta de cuáles eran esos motivos ni de cómo le habrían sido explicados al circunstancial morador. Consigna luego la presencia del acusado Ventura, quien sería titular de la oficina visitada y expresa posteriormente que, con la presencia del primero de los moradores —es decir no con la de Ventura—, se procede a revisar un escritorio en el que se encuentra el documento que resultó sospechoso y dio lugar a la investigación posterior. Está claro que hasta ese momento no había ninguna indagación en curso relativa a la exportación con la que se vinculó el documento (128). El consentimiento de la persona que atiende a los inspectores y ejecutado pese a que no es dispuesto en las actuaciones que dieron origen a esta causa, se aparta claramente de la ley reglamentaria del art. 18 de la Constitución Nacional, quebrantando de ese modo, la garantía constitucional protectora del domicilio (129).

Este criterio del caso “Ventura” implica una muy interesante apertura de la Corte a los fines de morigerar los efectos del criterio inicialmente expuesto en “Fiorentino”, en el sentido de que un allanamiento sin orden judicial y sin explicitadas situaciones de urgencia, puede ser igualmente válido en caso de consentimiento del morador. En síntesis, la Corte en “Ventura” viene a decir que, si se pretende darle al “consentimiento” semejante alcance, entonces será necesario que las fuerzas del orden expliquen bien cuál es el motivo concreto del ingreso que buscan llevar a cabo, de manera que resulte claro para el interesado saber qué está consintiendo. De esa manera será luego más posible referir la razonabilidad de lo que la Policía hace, una vez dentro del inmueble. Si se recuerda que justamente estas son las razones por las que el ordenamiento jurídico requiere una orden judicial (verbigracia, para que a través de ella se expliciten los motivos del allanamiento y pueda luego valorarse si no existieron extensiones indebidas a su objeto), el criterio de la Corte

expuesto en este caso se presenta como muy razonable (130).

En un análisis crítico, al comentar “Ventura”, Rolón y Zysman Quirós entendieron que la colaboración voluntaria por parte de quienes se encuentran en una posición tan delicada desafía las leyes de la psicología y de la experiencia, además de resultar difícilmente comprensibles en nuestro sistema jurídico. Por ello y porque existen buenas razones históricas para considerar que podrían haberse gestado en una situación de coacción o engaño, están tan constanciadas con las garantías en trato que un examen de aquellas no puede omitir estas consideraciones (131). Maldonado amplía que aun cuando la persona no se encuentre detenida, siempre que una comisión policial obtenga el consentimiento debería señalar las circunstancias exigidas en “Ventura”, porque tampoco hay consentimiento sin la información adecuada que libre de error a quien concede ser allanado sin una orden judicial (132).

En este orden de ideas, con mis reparos, si la Corte Suprema les exige a los jueces que funden debidamente la orden de allanamiento, ora “Yemal” (133), ora “Fischetti” (134), ora “Minaglia” (135), a las fuerzas de seguridad cuando actúan sin una orden judicial no les puede exigir menos. En efecto, los jueces tienen que explicitar el objeto, sujeto y causa de la medi-

(130) CARRIÓ, Alejandro D., “Garantías...”, ob. cit., pp. 434-435.

(131) ROLÓN, Darío - ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “Allanamiento e ingresos domiciliarios consentidos”. En Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, director Leonardo G. Pitlevnik, Editorial Hamurabi, 2008, tomo 4, p. 99.

(132) MALDONADO, Santiago E., ob. cit.

(133) Fallos: 321:510. Causa Y. 2. XXXII. “Yemal, Jorge Gabriel y otros s/ ley 23.771”, —expte. n° 7595—. Sentencia de 17 de marzo de 1998.

(134) Fallos: 322:3225. Causa F. 276. XXXIII. “Fischetti, Miguel Ángel José y otros s/ averiguación contrabando s/ incidente de nulidad promovido por la defensa de Miguel Ángel José y Luis Alberto Pascual Fischetti en la causa N° 9086”. Sentencia de 21 de diciembre de 1999.

(135) Fallos: 330:3801. M. 3710. XXXVIII. “Minaglia, Mauro Omar y otra s/ infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)”. Sentencia de 4 de septiembre de 2007.

(128) Conforme Considerando 5°).

(129) Conforme Considerando 7°).

da intrusiva, por lo que la policía no puede tener un estándar menor al momento de llevar a cabo la injerencia sin orden judicial. Por eso es fundamental el acta que se labra y los testigos convocados a efectos con el objeto de que, con posterioridad a la medida se puedan revisar los extremos puestos en conocimiento y verificar si está bien otorgado el consentimiento. Ello, en aras a desalentar la actitud de la fuerza de seguridad de ir a buscar el "consentimiento" del perjudicado en vez de ir a recabar la orden judicial para allanar.

Al fin y al cabo, con la información adecuada con el objeto de efectuar un examen exhaustivo de la situación, nos transporta a la siguiente pregunta: *¿cómo debe ser el acta labrada?* (o qué debería contener).

En principio, si del acta no surge referencia alguna acerca de si se le explica a los moradores el porqué de la presencia policial y de los motivos de su requerimiento, resulta contrario a toda lógica inferir que estos al franquear el ingreso al personal policial actúa con voluntad libre, base de un consentimiento válido, dado que la libertad implica también tener conocimiento acerca de la materia sobre la cual se decide (136).

Ponce destaca que un allanamiento sin orden judicial previa, solo podrá ser tenido como válido cuando del acta suscripta por los agentes policiales se desprenda con meridiana claridad los motivos del ingreso al domicilio y que estos hayan sido explicados debidamente a los moradores, es decir, deberá indicarse a quién o qué se buscaba, para qué y, además, estos deberán haber sido puestos en conocimiento que tenían derecho de negarse a consentir el ingreso, sin que ello implique ningún tipo de perjuicio o consecuencia negativa. En este sentido, solo en aquellos casos en los que exista indicios de un consentimiento libre y este, además, se encuentre plenamente probado en el expediente, podrá admitirse la validez del allanamiento y de

la información recolectada sin una orden judicial previa (137).

En este orden de ideas, Llera afirma que el funcionario de la prevención debe poner en conocimiento de quien está legitimado para consentir el ingreso: que no tiene orden judicial; de la existencia de la garantía de la inviolabilidad del domicilio y de su derecho de exclusión (negar el ingreso); el objeto del procedimiento y de la investigación, así como la finalidad del ingreso (a quién o qué se busca, y para qué) y probables consecuencias procesales (secuestro, detención). Todas esas circunstancias deben constar debidamente descriptas en el acta respectiva, el consentimiento prestado a partir de esa información podrá ser tomado en cuenta para examinar la voluntariedad y libertad con la que fue prestado. De adverso, si tal información no existe de modo exhaustivo, difícilmente pueda sostenerse que ha existido consentimiento libre y voluntario; más bien, se debe pensar en que no ha sido producto de su plena libertad, sino de una voluntad viciada, generada por la falta, o bien, la falsa información brindada por los preventores, y que ha sido la creencia en que esa versión era cierta la que habilitó el ingreso de los policías a la morada y, eventualmente, el secuestro de algún elemento vinculado al suceso pesquisado (138).

En suma, Jauchen explica que aceptar el consentimiento para obviar la orden de allanamiento, lleva ínsita la dificultad práctica procesal de saber cuándo el interesado presta o no ciertamente el consentimiento idóneo, puesto que en la práctica se recurre al burocrático expediente por parte de la autoridad preventora de asentar en el acta simplemente: "...no opuso reparos a la diligencia..." o "...autorizó el ingreso a la morada..." y con posterioridad el imputado niega haber prestado dicha autorización, confrontándose de ese modo con un instrumento público emanado de funcionarios policiales. Frente a

(137) PONCE, Augusto, "Allanamiento sin orden judicial. Consentimiento para el registro domiciliario". DPyC 2020 (mayo), 12/05/2020, 211. Cita Online: AR/DOC/945/2020.

(136) LLERA, Carlos E., "Influencia del consentimiento en los allanamientos sin orden judicial". LA LEY 10/05/2012, 10/05/2012, 4 - LA LEY, 2012-C, 190. Cita Online: AR/DOC/2172/2012.

(138) LLERA, Carlos E., "Allanamientos sin orden judicial. El efecto convalidante del consentimiento". Revista de derecho procesal. ISSN en línea 2347-0518. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador.

este dilema no caben dudas de que estando de por medio un garantía constitucional, deben extremarse todos los recaudos para cerciorarse de que verdaderamente existió tal consentimiento y que este reúne las condiciones de idoneidad requeridas por la jurisprudencia, lo que lleva a concluir que de no estar certeramente acreditado tal extremo en caso de controversia, debe descartarse la presencia de tal conocimiento, ante el principio de inocencia del que goza el imputado y su corolario *in dubio pro reo* (139).

En resumidas cuentas, aquí van de la mano lo que se le explica al imputado y el acta labrada a sus efectos que debe ser su fiel reflejo. En tal sentido, como cuestión material el acta debe contener (a pesar de lo expuesto por la Corte Suprema) que al imputado se le hizo saber en forma fehaciente de su facultad de negar el ingreso a las fuerzas de seguridad y, adhiero a lo que expone Llera, a su vez se le debe informar y dejar constancia en el acta de las consecuencias procesales que la medida le puede acarrear; como así también asentar que se le explica al perjudicado cuál es el objeto del procedimiento de allanamiento y qué es lo que se busca en forma precisa —para que no sea un procedimiento de pesca— con esa injerencia, como así también detallar el nombre y apellido de las personas intervinientes y cuál es lugar dónde cumplen funciones. Por otro lado, como cuestión formal el acta debe estar confeccionada con todos los recaudos que establece el código ritual, también debería estar acompañada por un registro filmico y en especial consideración la participación de dos testigos civiles ajenos a la repartición que efectúa la medida intrusiva.

En tal sentido, la presencia de testigos civiles durante la realización de actos importantes (por su trascendencia y esencialmente por la imposibilidad de ser reproducidos en igualdad de condiciones durante el juicio público), tiene como fundamento el control de los actos emanados de autoridades estatales y constituye un límite contra posibles irregularidades. Es que son los ojos del juez y es a través de ellos que resulta posible reconstruir el procedimiento. En efecto, las formas procesales han sido instituidas como

(139) JAUCHEN, Eduardo, "Tratado de la prueba pena en el sistema acusatorio adversarial", Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, primera edición, p. 200.

garantía de juzgamiento y no como meros ritos insustanciales. En tal sentido, el fundamento sobre la presencia de los testigos civiles —*conforme lo establecen los arts. 138 y 139 para los actos practicados de conformidad con el art. 231 del Cód. Proc. Penal durante la realización de aquellos, por resultar estos de imposible reproducción en igualdad de condiciones durante el juicio público*— reside en el referido control de los actos emanados de autoridades estatales. La ausencia de testigos no constituye una mera formalidad que pueda ser omitida, sino que tiende a resguardar la regularidad del acto (140).

Dicho sea de paso, también los testigos deben tener capacidad civil para poder presenciar el acto y firmar la respectiva acta (141); puesto que, al contrario, si no tienen capacidad para presenciar la medida intrusiva de nada serviría su presencia en el acto.

VI. El consentimiento en relación con la expectativa de privacidad

En el caso "Fiscal c. Fernández" (142) de la Corte Suprema se plantea el consentimiento en función de la expectativa de privacidad dado que se plantea. Los hechos del caso. Un agente policial que no se identifica como tal, ingresa en la sede del Consulado de Bolivia y asiento de la vivienda del cónsul en la ciudad de Mendoza.

(140) Confrontar voto de la doctora Ángela Ledesma en la Causa N° 12.742, de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, caratulada: "Figueroa, Mirta Noemí y otros s/ recurso de casación", sentencia de 21 de septiembre de 2012 (Registro N° 20.466).

(141) Sin perjuicio que se convalidó el procedimiento de allanamiento, traigo a colación un caso donde no se sopeso, por la solución a la que se arribó en el caso, debidamente la condición de analfabeto del único testigo de actuación puesto "...que compareció al debate y firmó el acta impugnada es D. M. C. quien "...luego de 4 reconocimientos negativos de su firma, reconoció la misma en la quinta oportunidad..."; que este testigo manifestó que "...en ningún momento ingresó al domicilio...sólo vio el procedimiento desde afuera..."; y que también expresó que no sabía leer ni escribir extremo del que no se dejó constancia en la referida acta" (confrontar: Causa n° 11.990, caratulada: "Rodríguez, Daniel Nelson s/recurso de casación", Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (Registro n° 1038/2010), sentencia del 13 de julio de 2010. Votaron los Jueces Ángela Ester Ledesma —en disidencia—, Liliana Elena Catucci y Eduardo Rafael Riggi.

(142) Publicado en Fallos: 313:1305, ya citado.

En efecto, el policía se presenta allí de civil en compañía de un detenido de nombre Fernández, cómplice del cónsul en una maniobra de tráfico de estupefacientes. El cónsul ignora que quien acompaña a su amigo era un policía, abre la puerta de entrada y en presencia del oficial, entrega a Fernández una importante cantidad de cocaína.

En tal sentido, la Corte legitima el obrar de las fuerzas de seguridad e indica que si bien fue verdad que el ingreso del coprocesado Fernández y del oficial que lo acompaña "...encubría un procedimiento policial, no es menos cierto que aquel se produjo por la amistad existente entre el procesado y su cómplice, circunstancia favorecida por el ilícito negocio en el que estaban embarcados. No hubo un engaño que viciara la voluntad del imputado, ya que ninguna maquinación, ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a su vivienda. Bastó con que uno de los visitantes fuese su conocido, y que se le presentase al acompañante como un amigo para que se les franquease la entrada. Y, después de esta última, no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisa, ni el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido mediante ardid o aprovechamiento del descuido del morador, sino por entrega voluntaria del procesado a su cómplice. En condiciones tales, no se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad" (143).

El Alto Tribunal destaca así que lo único que el agente policial se había limitado a hacer era reproducir en el juicio aquello de lo que fue testigo. Aquel no había excedido en ningún momento los límites de la autorización a ingresar que se le concedió, haciendo notar la Corte que muy diferente hubiese sido la situación de haber el agente policial aprovechado su presencia en el lugar para practicar pesquisas, inspecciones, registros o secuestros. Esto último, claramente, no habría estado comprendido en la renuncia a la intimidad que el propio interesado consintió al admitir un extraño en su domicilio (144).

(143) Conforme Considerando 8º).

(144) CARRIÓ, Alejandro, "Ingreso domiciliario consentido, agente encubierto y regla de exclusión

En tal sentido, la Corte considera que existe un consentimiento al ingreso y expresado "sin vicio alguno de la voluntad" dado que "...no hubo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado... ninguna maquinación, ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a su vivienda" (145).

Esta frase de la Corte, según Carrió, provoca serias dudas. Parece claro que el ingreso del policía a la vivienda del cónsul tuvo como causa un error, por ignorar el cónsul la real calidad del acompañante de su amigo Fernández. Hay que decir entonces que no hay aquí "vicio alguno de la voluntad", no parece muy en línea con los principios básicos del Derecho civil. Luego la Corte especifica que no concurre maquinación, ocultamiento o fraude y que "...bastó con que uno de los visitantes fuese su conocido y se le presentase al acompañante como un amigo para que les franquease la entrada". Con este lenguaje, la Corte parece sugerir que para viciar un consentimiento se requerirá algo más que una simple mentira. El uso de la expresión "fraude o maquinación" parece así indicarlo (146).

Acierta Maier al afirmar que la Corte Suprema advierte la irregularidad del ingreso policial al domicilio consular, pues el caso no representaba ninguna de las excepciones previstas en la ley procesal y, también, la violación del procedimiento previsto en la Convención de Viena sobre relaciones consulares. Inmediatamente después, pasa a analizar el valor del "consentimiento" —en verdad, para el caso, ausencia de oposición— prestado por el titular del derecho de exclusión (el cónsul): por un pase de magia descarta la existencia de engaño o fraude desplegado por la policía para ingresar en la sede consular, a pesar de admitir que existió un procedimiento policial encubierto (policía que se hace pasar por amigo de un conocido del cónsul, que ya se encontraba detenido, esto es, coacto), argumento que avala la conclusión de que el "consentimiento" del allanado (¿?) no es-

de prueba ilegal (Cuando un mal 'obiter' empaña un buen 'holding')". LA LEY, 1991-C, 857. Cita Online: AR/DOC/4391/2001

(145) Conforme Considerando 8º)

(146) CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías...", ob. cit., pp. 435-436.

taba viciado. Agrega a ello la falta de actividad del funcionario policial (¿?), dado que los estupefacientes fueron entregados “voluntariamente” (¿?) por el cónsul. Según está particular visión de la realidad, el hecho de que la policía “excarcele” a un detenido, “comunique” con otras personas a un incomunicado, lo conduzca hacia una sede consular, le imponga pedir la sustancia prohibida a quien la tenía, ingrese a la sede consular bajo el título de amigo sin dar a conocer el motivo de la visita ni su calidad de funcionario de la persecución penal, observe el acontecimiento para testimoniar después sobre él, secuestre la sustancia y hasta conduzca al cónsul fuera del domicilio y lo detenga, representa “inactividad” policial (147).

Así dadas las cosas, no existe en el caso “Fiscal c. Fernández” una conducta “discrecional” del morador tolerando la intromisión del policía y la verificación de los actos de tráfico ilegal cumplidos dentro de la vivienda; como tampoco se puede decir, en rigor, que el cónsul haya asumido “libremente” el riesgo de la delación. La libertad y la discrecionalidad se ejercen solo cuando el portador de la garantía adquiere —por el conocimiento (cierto) de la situación fáctica— el dominio del hecho que protagoniza y puede asumir con voluntad íntegra sus consecuencias. Si así no ocurre y el simulacro de las circunstancias confunde significativamente al morador, su consentimiento deviene discordante con la realidad. Por este motivo, justamente, el cónsul jamás autoriza el acceso del investigador. Al admitir a un visitante anónimo, él simplemente ha entendido autorizar el ingreso de un desconocido no-policía; acepta, en última instancia, el riesgo de una delación eventual, pero no la certeza de una delación inevitable y mucho menos la exposición al procedimiento de un juicio en curso que desconocía. Asesta con justeza contra el valor que la Corte le atribuye a la “actitud pasiva” del policía durante su ingreso al domicilio consular (no practica pes-

quisa, registro, inspección o requisa y obtención de la droga por entrega voluntaria). Es verdad que en el interior de la vivienda no hay, por parte del agente oficial, búsqueda o secuestro; pero es inexacto, en cambio, que su actividad difiera de una pesquisa genuina. El policía ingresa en el lugar empeñado en una investigación oficial y obtuvo, precisamente, la información y la evidencia (el “cuerpo del delito”) que procuraba sobre el tráfico de cocaína. La entrega de la droga es, en ese contexto, otra consecuencia propia de la maquinación engañosa y solo puede ser calificada de “voluntaria” alterando el sentido común de las palabras o abusando de una metáfora inusual. El éxito de la misión permite, finalmente, el secuestro de la droga y el arresto del responsable (148).

En otro orden de ideas, para Villar el problema es que no se trata de una persona cualquiera, se trata de un representante del Estado —autoridad de prevención—, quien omite informar de su condición y fines. El criterio de maquinación, ocultación o fraude, apropiado para definir la estafa o defraudación genérica, no lo es cuando se trata de alguien que, por su cargo, “debe informar”. Si se quiere, la situación es más parecida a la requerida para determinar cuándo hay una omisión que se equipara a la comisión; en estos casos domina el criterio fundado en la existencia de posición de garante; así, el agente de policía debe informar de su condición, siempre que se encuentre en ejercicio de su función propia. Él tiene el deber de alertar de su condición cuando está actuando como funcionario público; de lo contrario, él incumple con su deber normativo y su omisión se equipara al caso en que actúa irregularmente. Su responsabilidad es de carácter institucional y genera la expectativa en la sociedad de una actuación regular; esta forma de responsabilidad genera el deber de prestaciones para con los demás (149).

(148) GONZÁLEZ CHARVAY, Adrián, “La inviolabilidad del domicilio y el consentimiento validante de registros sin orden judicial”. Cita Online: 0003/010984.

(149) VILLAR, Mario A., “¿Cuánto hay de inviolable en el domicilio?”. Cita Online: 0003/009250. Y complementa que “...Al decir de Jakobs: ‘... los deberes derivados de tales instituciones sólo pueden ser equivalentes a la comisión si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuen-

(147) MAIER, Julio B. J., ob. cit., p. 650. Asimismo, el autor expresa que, en realidad, en todo el fallo campea la inversión conocida de las reglas del Estado de Derecho: la eficiencia de la persecución penal y de la actuación del Derecho penal en un caso particular prevalece sobre el sistema de garantías individuales, circunstancia que retorna el debate a la situación política que se planteó en el siglo XVIII, ya decidida por nuestro constituyente en forma clara y en sentido inverso (confrontar: pp. 650-651).

A mayor abundancia, expone Ferro que el consentimiento importa renunciar a un ámbito de privacidad que se permite descubrir por otros —siempre que sea otorgado en forma expresa, libre y voluntaria—, entonces la ocultación que el agente policial hizo de su condición y el engaño al que recurre para permitirse el acceso, encierra un vicio que le quita autenticidad y que, por lo tanto, lo torna inválido. En otras palabras, para que ese permiso opere, debe ser prestado de forma tal que no queden dudas de la libertad del individuo al expresar la autorización. De tal modo, se sostiene que la mera ausencia de reparos no es consentimiento, no se trata de una cuestión de meras palabras, pues lo que importa es establecer si las constancias de la causa traducen un verdadero acto voluntario (150).

No podría arribarse a otra conclusión, a poco que se advierta que, de haber conocido el imputado de antemano la verdadera calidad de quien se presenta en su domicilio, es de suponer que no habría liberado sin más a la acción de un fun-

cial'. En definitiva, no puede válidamente decirse que una persona cedió o dejó de lado un derecho o garantía —en caso de que se considerara cesible—, si el contexto de actuación no es claro y la clarificación corresponde a otro. Si tal clarificación no es realizada por el obligado, la conducta debe ser protegida por la garantía, sin importar que el titular del derecho haya actuado negligente o despreocupadamente en la aclaración de ese contexto. En definitiva, la garantía protege contra todos los actos del Estado que pretendan realizarse en el ámbito del domicilio de una persona, ello derivado de que el domicilio representa una presunción de máxima privacidad del individuo para la realización de conductas privadas o públicas. La única manera de salvar esta protección o barrera es la razonabilidad de intervención del Estado para tutelar valores de igual o superior jerarquía de otros individuos, siendo que la realización de delitos debe ser evitada o castigada, según el caso, aun a costa de una moderada intervención para su averiguación. La razonabilidad exige que la intromisión sea realizada de forma tal que previo a ella deba constatarse la obtención de una orden de un juez, o sólo en casos de urgencia actuarse sin ella. Se da preponderancia a la verificación ex ante de los extremos de razonabilidad para prevenir antes de reparar. Así se respeta la lógica de ciertas garantías, como la que se comenta, que son cartas de protección contra la intervención del Estado".

(150) FERRO, Alejandro H, "Registro domiciliario sin orden judicial. Un fallo que fija límites". LA LEY 03/03/2010, 03/03/2010, 10 - LA LEY, 2010-B, 93. Cita Online: AR/DOC/787/2010.

cionario público un ámbito de intimidad en el que existían elementos que podían incriminarlo. Aquí ni siquiera nos encontramos frente a un consentimiento tácito por ausencia de reparos o a una autorización que genere discusión sobre su verdadera existencia. Se trata, sencillamente, de un consentimiento absolutamente viciado por el error al que fue conducido el imputado, por el funcionario policial que le ocultó su condición. Es tan patente, pues, la invalidez de la autorización, por no resultar fiel manifestación de la voluntad libre del titular del inmueble, que nos releva de toda otra consideración posible (151).

No obstante, lo expuesto, podría llegar a pensarse que existe en el análisis posterior de la Corte un enfoque que puede ser de utilidad para toda la problemática del consentimiento. Luego de analizar la conducta del cónsul franqueando la entrada a su domicilio sin cuestionar la identidad del acompañante de su amigo, la Corte señala que una vez producida la entrada "...no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisa, ni el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido mediante ardid (...) sino por entrega voluntaria del procesado a su cómplice. En condiciones tales, no se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad" (152).

Este párrafo parece estar ofreciendo un criterio interesante para los casos en que debe decidirse si ha existido o no un consentimiento validante de un ingreso domiciliario sin orden judicial. Es el siguiente. La razón por la cual el domicilio está especialmente protegido es porque constituye el ámbito donde los individuos, por de definición, tenemos la mayor expectativa de intimidad y privacidad. Pero si es el titular del domicilio el que, con su conducta, está evidenciando una renuncia a esa expectativa de privacidad, entonces parece razonable que desaparezca la tutela constitucional, que se basa justamente en ese presupuesto. Tal vez un ejemplo aclare lo que quiero significar. Si una persona camina por la vía pública portando un arma

(151) FERRO, Alejandro H, ob. cit.

(152) Conforme Considerando 8º) in fine.

a la vista de todo el mundo, no podría decirse que él ha exhibido una expectativa de privacidad en el arma que lleva. Un procedimiento de requisita y secuestro de esta aparece entonces como claramente justificado. Pero si esa misma arma es llevada en un portafolio, de manera tal de no revelar su existencia allí dentro, un procedimiento de requisita del portafolio y secuestro de aquella sí sería contrario a esa expectativa de privacidad **(153)**.

Algo de ese tenor es lo ocurrido en el caso “Fiscal c. Fernández”. El cónsul abre la puerta de su residencia sin inquirir sobre la presencia allí de un extraño. Tampoco hace nada por evitar que ese extraño presenciara la entrega de cocaína que tuvo luego lugar. El mensaje de la Corte es que esa conducta del cónsul no equivale a la demostración de una razonable expectativa de privacidad. Su “consentimiento” al procedimiento es entonces válido **(154)**.

Se está ante un criterio que, por su flexibilidad, tiene la ventaja de permitirnos distinguir situaciones distinguibles. Piénsese el caso de ingreso domiciliario en el que un policía de civil apareciera en compañía del portero que lo presenta a aquel como su ayudante, o alguna otra técnica destinada vencer la voluntad del ocupante del inmueble. En vez de ponerse a pensar si este es o no un caso de mentira o engaño similar al del caso “Fernández”, lo prioritario sería ver en qué medida el titular del derecho de exclusión ha mantenido o no, con su conducta, la demostración de una razonable expectativa de privacidad. Si lo ha hecho, estaremos entonces en presencia de un “consentimiento” viciado y por ende inválido **(155)**.

En otro orden de ideas, Sandro expone que la Convención de Viena establece que las autoridades del Estado receptor no pueden penetrar en los locales consulares, “salvo con el consentimiento del jefe de la oficina consular” (art. 3º, parágrafo 2º). Es literalmente muy claro que

el consentimiento válido del titular de la oficina debe estar referido —según su propio conocimiento y voluntad— a la autoridad oficial del Estado y no a cualquier otra persona que se presente en el local consular, fingiéndose un amigo ocasional en visita privada. Aquí resulta obvio que el cónsul subjetivamente nunca permite (ni cree permitir) el ingreso de un investigador policial, por la simple razón de que la condición funcional y la verdadera naturaleza de la visita le fueron ocultadas bajo el disfraz de un ropaje común y la simulación concurrente del cómplice arrepentido (incongruencia entre la autorización formal y el destinatario de la autorización) **(156)**.

En mi opinión, la Corte resuelve mal el caso “Fiscal c. Fernández”. En primer lugar, considero que los locales de las misiones diplomáticas son inviolables. En este orden de ideas, la convención que rige las relaciones diplomáticas entre países y los privilegios e inmunidades que tienen los funcionarios y las embajadas y los consulados es la Convención sobre Relaciones Diplomáticas de Viena **(157)**. Esta, codifica conceptos y costumbres sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas que habían funcionado durante siglos como “pacto de caballeros” entre los Estados y que progresivamente fueron reglamentándose en tratados y convenios bilaterales. Asimismo, dicha convención es complementada con la Convención sobre Relaciones Consulares **(158)** y es considerado el texto básico que rige los vínculos internacionales incluso para países que no son signatarios del acuerdo, donde se aplica como derecho internacional consuetudinario. Entre otros aspectos sobre el funcionamiento de las representaciones diplomáticas, la Convención establece que las policías locales y las fuerzas de seguridad no pueden ingresar al recinto de una embajada salvo que obtengan el permiso expreso del embajador.

(156) SANDRO, Jorge A., “Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal”, *Doctrina Penal*, año 1992, n° 15, p. 125.

(157) Suscripta el 18 de abril de 1961 y entró en vigor el 24 de abril de 1964.

(158) Suscripta el 24 de abril de 1963 y entró en vigor el 19 de marzo de 1967.

(153) CARRIÓ, Alejandro D., “Garantías...”, ob. cit., pp. 436.

(154) CARRIÓ, Alejandro D., “Garantías...”, ob. cit., pp. 436-437.

(155) CARRIÓ, Alejandro D., “Garantías...”, ob. cit., p. 437.

En tal sentido, el art. 22, inciso 1° de la Convención de Viena de 1961 describe la inviolabilidad de las embajadas de la siguiente forma: “Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión” (159). Incluso, una interpretación contraria, viola el art. 26 de la Convención sobre Derecho de Tratados, de 1969, que consagra la regla *Pacta sunt servanda* que implica que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe y que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno (Código Procesal) como justificación del incumplimiento de un tratado. Resulta inconducente invocar legislaciones internas para desvirtuar normas del derecho internacional aceptadas universalmente.

En definitiva, la policía al solapar su verdadera calidad y no solicitar el consentimiento expreso del cónsul viola el derecho internacional. El precedente de la Corte desconoce que las sedes diplomáticas son inviolables y gozan de protección jurídica como espacios extraterritoriales amparados por normas convencionales de la reciprocidad internacional, y que, por tanto, bajo ningún argumento las fuerzas de seguridad de un país pueden entrar en un recinto que goce de protección diplomática (160).

(159) Asimismo, el artículo 22 establece que: “...2. El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad. 3. Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución”.

(160) Sin perjuicio, que hay que hacer notar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) expresa que en el Artículo 41 la “...Inviolabilidad Personal de los Funcionarios Consulares. 1. Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente. 2. Excepto en el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, los funcionarios consulares no podrán ser detenidos ni sometidos a ninguna otra forma de limitación de su libertad personal, sino en virtud de sentencia firme. 3. Cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, éste estará obligado a comparecer ante las autoridades competentes. Sin embargo, las diligencias se practicarán con la deferencia debida al funcionario consular debido a su posición oficial y, excepto en

Por otro lado, en segundo lugar, también es descalificable el caso de mención por la detención del coimputado Fernández. En tal sentido, una vez que la fuerza de seguridad detiene al consorte de causa del cónsul no lo lleva inmediatamente ante un juez, tal como la Corte Interamericana lo consideró en el caso “Barrí” (161). En tal sentido, el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce, en su primera parte, el derecho de todo detenido o retenido a ser conducido sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Este derecho constituye otra de las garantías de la libertad personal que se traduce en obligaciones positivas a cargo del Estado. Su finalidad es evitar detenciones ilegales o arbitrarias, lo cual alcanza en este numeral 5 del art. 7° una especial significación, ya que el derecho y obligación de pronta conducción ante una autoridad judicial responde a la idea de que a ella corresponde verificar la observancia del conjunto de garantías de la libertad personal, incluyendo el examen de la licitud de la privación de libertad (162). En efecto, en el caso “Fiscal c. Fernández” no se cumple con la garantía establecida en la Convención Americana debido que, en vez de llevar al coimputado *inmediatamente* ante un juez, lo lleva *inmediatamente* a la sede de una misión diplomática a los fines de vivenciar un suministro de material estupefacientes. Por lo que resta, el cónsul puede discutir la detención de su consorte de causa en virtud de los parámetros establecidos por la Corte Suprema en los

el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, de manera que perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares. Cuando en las circunstancias previstas en el párrafo 1 de este artículo sea necesario detener a un funcionario consular, el correspondiente procedimiento contra él deberá iniciarse sin la menor dilación”.

(161) Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

(162) Para mayor abundamiento sobre la garantía en comentario, confrontar: SANDHAGEN, Alberto, “Los estándares en materia de detención en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Publicado el día 23 de febrero de 2021 en el sitio web: www.saij.gob.ar. Id SAIJ: DACF210027.

casos “Rayford” (163) y “Paulino” (164), toda vez que la validez o invalidez de los actos iniciales del procedimiento afectaría no solo el interés del procesado sino también el suyo propio.

En definitiva, coincido con Maldonado, en cuanto a que asegura que no hay consentimiento sin la información adecuada que libre de error a quien concede ser allanado sin una orden judicial. Y ese error es la consecuencia del ardid o engaño utilizado por el agente encubierto en el caso “Fiscal c. Fernández”. La postura sentada por la Corte no reconoce un exceso de las facultades del funcionario policial en el ingreso al domicilio. La circunstancia de que Fernández

y el funcionario omitan la condición de agente policial constituye un engaño para el morador, que se traduce en un allanamiento, y que por lo tanto en esas circunstancias resultaba incompatible con las excepciones de necesidad y constituyó una evidente lesión a la inviolabilidad del domicilio. El caso evidencia que la Corte siguió en una oleada de admitir prueba haciendo un laxo análisis de las garantías en juego, que luego en “Fernández Prieto” podríamos afirmar que en realidad se justificaba como consecuencia del resultado del procedimiento (165).

VII. Breves reflexiones finales

Como corolario de todo lo expuesto, considero que la legislación que regula el allanamiento contempla exclusivamente al consentimiento del interesado para autorizar que un registro debidamente dispuesto se cumpla durante la noche, cuando ello por regla está prohibido. *De lege lata* se encuentra sellada la cuestión, sin perjuicio que en el Código Procesal Penal Federal inhibe por completo el consentimiento para realizar un allanamiento.

Sentado ello, resulta —al menos— curiosa la discusión debido a que nuestras leyes procesales se han referido al consentimiento del agredido por el allanamiento solo para otorgarle efecto autorizante del horario nocturno, ordinariamente excluido para practicar esa medida; por el contrario, no otorgan al consentimiento otro valor, por lo que resulta sencillo formular la regla que el consentimiento carece de valor para prescindir de las formalidades previstas por la ley reglamentaria, salvo el efecto de excepción establecidos específicamente en la ley ritual que contempla los allanamientos sin orden judicial en casos de urgencia.

Aún más, en la práctica de los tribunales, la aceptación del consentimiento permitió legitimar numerosos procedimientos en los cuales no existía una orden judicial de allanamiento (por inexistencia material o por falta de fundamentos suficientes), o, de modo más alarmante aún, la orden existente resultaba inválida. Esta circunstancia, a su vez, estimula prácticas policiales dirigidas a la obtención de “consen-

(163) Fallo ya citado.

(164) P. 528. XLVI. “Paulino, Oscar Ceferino s/ recurso extraordinario federal”. Sentencia de 17 de septiembre de 2013. Firmaron los ministros Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Eugenio Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay. La Corte hace suyos los argumentos del dictamen del procurador general, Eduardo Ezequiel Casal, de fecha 8 de mayo de 2012. Idéntica situación se dio, por ejemplo, en la Causa N° 8539 de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, caratulada: “Martínez Da Silva, Arnaldo Aníbal s/ recurso de casación”, sentencia del 6 de noviembre de 2019 (reg. N° 12.554). Sin perjuicio de esa doctrina, muy distinta ha sido solucionada la cuestión en el derecho judicial estadounidense, donde sólo tiene legitimación para pedir la exclusión de la prueba ilícita, aquella persona que ha sido víctima de la violación constitucional y en cuyo perjuicio se intenta utilizar la evidencia. Es lo que se ha denominado “standing” y que trae como consecuencia que se pueda emplear prueba inconstitucional en contra de otros acusados distintos de aquel que fue perjudicado por la infracción legal o que también pueda utilizarse en otros procesos. Esta es una regla que forma parte de un antiguo principio del propio derecho fundamental estadounidense, en virtud del cual la protección constitucional sólo puede ser reclamada por aquellas partes que pertenecen al grupo de personas cuyos derechos básicos han sido violados. Consecuencia de ello es que en muchos ordenamientos procesales tiene formulación legal expresa. Por eso se resolvió en ese sentido en el caso “Jones v. U.S.” en base al art. 41 (a) del Código Procesal Penal Federal, que autoriza el pedido de supresión sólo a la “persona agraviada por un registro o secuestro ilegal”. O en “Rawlings v. Kentucky”, cuando la Corte sostuvo que el recurrente carecía de legitimación para solicitar la ineficacia conviccional del secuestro sucedido en un allanamiento de una propiedad ajena, aun cuando se le hubiese permitido guardar allí efectos de su propiedad [confrontar: HAIRABEDIAN, Maximiliano, “El registro de lugares abiertos y la legitimación para reclamar la exclusión de prueba ilícita”. Supl. Penal 2010 (abril), 16/04/2010, 41 - LA LEY, 2010-B, 691. Cita Online: AR/DOC/1184/2010].

(165) MALDONADO, Santiago E, ob. cit.

timientos” con preferencia al libramiento de órdenes judiciales fundadas **(166)**.

En virtud de ello, se debe desalentar toda interpretación *de lege ferenda* relativa al consentimiento para habilitar un allanamiento sin la respectiva orden judicial. En definitiva, como

(166) ROLÓN, Darío - ZYSMAN QUIRÓS, Diego, "Allanamiento e ingresos domiciliarios consentidos". En Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, director Leonardo G. Pitlevnik, Editorial Hammurabi, 2008, tomo 4, pp. 100-101.

bien dice Carrera, la eficacia del allanamiento de un domicilio no depende de la aquiescencia de su titular, sino de la insoslayable existencia de la orden del juez competente, que satisfaga los requisitos de la garantía que la Constitución prescribe **(167)**.

(167) CARRERA, Daniel P., "Inviolabilidad del domicilio, valor del consentimiento del titular para su allanamiento. Alcance de la garantía de la Constitución de la provincia (art. 45, disp. 1º)". En: Semanario Jurídico: fallos y doctrina, Córdoba, Comercio y Justicia, Volumen: 1996-A, Año 1996, p. 453.

JURISPRUDENCIA ANOTADA

EXTINCIÓN DE LA PENA

Rebeldía. Imposibilidad de notificar al imputado. Rechazo.

Con nota de Ricardo D. Smolianski

1. — Se advierte una contracción lógica en la pretensión de la defensa consistente en la prescripción de la pena, debido a la falta de firmeza de la sentencia condenatoria provocada por propia rebeldía del imputado. Quien no se encuentra a derecho, no puede hacer valer su reclamo ante ella.
2. — No es posible considerar que si el tiempo de prescripción de la pena no transcurrió el imputado tiene derecho a recurso porque el proceso no ha finalizado y, al mismo tiempo, aseverar que si ese lapso ha pasado entonces debe considerarse culminado el proceso y que rige el tiempo de prescripción de la pena.

CNCasCrim. y Correc., sala III, 23/03/2021. - L., J. G. y otros s/ injurias.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/54218/2021]

Causa CCC 5906/2010/TO1/CNC1

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

Resulta:

I. Mediante resolución de fecha 24 de octubre de 2019, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 7, integrado por los jueces Gabriel Eduardo Vega, Alejandro Noceti Achával y Gustavo Jorge Rofrano, decidió, por mayoría, no hacer lugar al planteo de extinción por prescripción de la pena impuesta a J. G. L.

II. Contra esa decisión, la defensa oficial interpuso recurso de casación, el que fue denegado por el *a quo* con fundamento en que la decisión no era definitiva ni equiparable a tal.

Tal denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja y la intervención de la Sala de Turno de esta Cámara, integrada por los jueces Alberto Huarte Petite y Jorge Luis Rimondi, que decidió hacer lugar a la vía interpuesta y remitir el caso a la Oficina Judicial para le asigne el trámite previsto en el art. 465 del CPPN.

III. En la oportunidad prevista en los artículos 465, 4º párrafo y 466 del cuerpo legal citado, la parte recurrente efectuó una presentación escrita en la que profundizó sus agravios.

IV. Superada la etapa contemplada en los artículos 465, quinto párrafo y 468 del CPPN las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

V. Tras la deliberación, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Considerando:

El doctor *Jantus* dijo:

I. Antes de ingresar al análisis de los agravios que trae el recurso es pertinente efectuar, para mayor claridad en el tratamiento de tal cuestión, ciertas precisiones del trámite de este proceso.

El 22 de diciembre de 2014 el tribunal de origen mediante el procedimiento previsto en el artículo 431 bis del CPPN resolvió condenar a J. G. L. a la pena de tres años de prisión, por los delitos de malversación de caudales públicos (causa N° 3592), defraudación por administración fraudulenta (causa N° 3795) y administración fraudulenta y estafa (causa N° 3799), con costas; además, le impuso la pena única de cuatro años y ocho meses de prisión, comprensiva de la mencionada precedentemente y de la pena única de tres años de prisión en suspenso —cuya condicionalidad se revocó— que había sido impuesta el 4 de agosto de 2010 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 21 en la causa N° 3392 (arts. 45, 55, 172, 173 inciso 7º y 263 en función de 261 del CP).

Luego, mediante resolución de fecha 29 de mayo de 2015, se declaró la rebeldía del encausado y se ordenó su inmediata captura por no habérselo podido ubicar para notificarlo de la sentencia dictada en su contra.

En consecuencia, el 12 de septiembre de 2019 el defensor oficial Ricardo Richiello planteó la prescripción de la pena de cuatro años y ocho meses impuesta a su asistido, conforme a lo establecido en el art. 66 del CP. En ese contexto, afirmó que la exigencia impuesta por el Máximo Tribunal, consistente en requerir una notificación personal al imputado para tener por firme la condena dictada en su contra, tiene como fundamento garantizar su derecho de defensa y permitirle emplear todos los recursos que la ley pone a su disposición al efecto de revisar el fallo condenatorio, motivo por el cual no podría ser utilizado en su perjuicio, debiendo en consecuencia tenerse por válida y suficiente la notificación al domicilio constituido y considerarse firme la sentencia condenatoria.

Corrido traslado al representante del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Oscar A. Ciruzzi consideró que correspondía rechazar el planteo introducido por la defensa. En lo sustancial, destacó que en el caso en concreto la imposibilidad de notificar al imputado se

debió a su propia incomparecencia ante el requerimiento del *a quo*, y sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es pacífica en señalar que la notificación personal opera no solo como una garantía del encausado sino también como una exigencia del sistema que garantiza la plena realización del debido proceso legal.

Bajo ese marco, como se enunció anteriormente, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 7, decidió no hacer lugar al planteo de extinción por prescripción de la pena impuesta a J. G. L.

II. Para resolver en el sentido indicado, el voto mayoritario compuesto por los jueces Alejandro Noceti Achával y Gabriel Eduardo Vega, comenzó por indicar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme al precedente “Dubra” (Fallos: 327:3802), tiene dicho que la sentencia condenatoria no adquiere firmeza si el imputado no fue notificado de ella en forma personal.

En consecuencia, los jueces de la anterior instancia sostuvieron que esa condición no fue cumplida debido a que el acusado desoyó la citación que se le cursó a tal fin; por lo tanto, y dado que la sentencia aún no había adquirido firmeza, concluyó que el planteo de la defensa era equivocado.

En ese sentido, los magistrados argumentaron que la postura de la defensa desconoce que la regla fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, además de que tiende a garantizar un derecho del imputado, también constituye una regla procesal que, como tal, no puede flexibilizarse según la conveniencia de aquel; pues de lo contrario, la decisión respecto de cuándo una sentencia adquiere firmeza quedaría atada a la voluntad del acusado, quien en según el caso, podría decidir si hay o no sentencia firme.

En esa dirección, afirmaron que el hecho de que se garantice un derecho mediante reglas procesales más favorables al imputado no puede dar lugar y servir como pretexto para que manipule aquellas según la postura que más lo beneficie, pues conspiraría contra el debido proceso y afectaría la seguridad jurídica al impedir definir de modo claro y previo cuándo existe o no una condena firme.

Al respecto, precisaron además que el debido proceso penal y las reglas que lo definen también funcionan como recaudos institucionales tendientes a asegurar la racionalidad de los actos de gobierno y la expectativa de todos los ciudadanos de que los hechos que conmuevan la paz social sean juzgados según reglas claras y previas que aseguren imparcialidad a la hora de definir sus alcances y consecuencias.

Por estas razones, concluyeron que la condena dictada no se encontraba firme y que correspondía rechazar el pedido de prescripción de la pena impuesta a J. G. L.

En contrapartida, el juez Gustavo Jorge Rofrano votó en disidencia. En lo sustancial, compartió los argumentos de la defensa, y sostuvo que si de lo que se trataba era asegurar el efectivo ejercicio del derecho al recurso del imputado, debía señalar que era aquel el que, al no presentarse a la lectura de los fundamentos de la sentencia dictada en su contra, había manifestado su falta de interés al respecto y, por lo tanto, su carencia de voluntad recursiva. Bajo esas premisas, entendió que en beneficio del imputado debía tenerse por firme la sentencia con su notificación al domicilio constituido.

III. La defensa oficial interpuso recurso de casación contra esa decisión mayoritaria, planteando un supuesto de violación de la ley sustantiva aplicable al caso y de arbitrariedad por falta de fundamentación (art. 456 inciso 1 y 2 CPPN).

En primer término, advirtió que el precedente “Dubra” del Máximo Tribunal resultaba distinto al caso traído a estudio, pues su finalidad era garantizar el derecho defensa del imputado, por lo que no podría ser invocado en su perjuicio.

En segundo lugar, destacó la gravedad jurídica que se desprendería del argumento esgrimido por el voto mayoritario, ya que permitiría suponer que una pena que no fue fehacientemente notificada en forma personal al encausado, jamás podría prescribir.

En tercer término, indicó que el art. 66 del código de fondo dispone que la prescripción de la pena comienza a correr desde la medianoche del día en que se notifica al encausado de la sentencia firme, pero no establece una determinada forma, motivo por el cual el condenado tiene la facultad real de conocer el fallo por distintos medios, ya sea por haber suscripto un acuerdo de juicio abreviado a través de la notificación personal efectuada por el tribunal, por intermedio de su defensa u otro medio. De este modo, entendió que debía valer como tal la notificación efectuada en el domicilio constituido legalmente.

En cuarto lugar, sostuvo que no debía soslayarse la naturaleza del instituto de la prescripción, en tanto estipula un límite temporal al poder punitivo del Estado, que en el caso habría sido excedido.

Por último, señaló que en el caso concreto, la decisión del *a quo* que resolvió validar el procedimiento abreviado (art. 431 bis, inciso 5°, CP), en rigor, no conllevaría la necesidad de notificar personalmente

al condenado, en virtud de que tal procedimiento fue incorporado mediante la ley 24.825 y no se encontraba previsto al tiempo de la promulgación del art. 42 del Reglamento para la Justicia Nacional, que rige en materia de notificaciones.

De esta manera, concluyó que corresponde hacer lugar a su recurso y declarar la prescripción de la pena la impuesta en las presentes actuaciones.

IV. Los parámetros que, a mi modo de ver, deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar el presente caso han sido desarrollados en el precedente “Argarañaz” (Reg. N° 201/2017) de esta Sala.

En aquella ocasión precisé que ya había coincidido con el antiguo criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que quien no se encuentra a derecho, no puede hacer valer su reclamo ante ella. Al respecto, destaque un precedente del Máximo Tribunal (Fallos: 317:831) en el que se había suspendido el trámite del proceso hasta tanto el imputado no se presentase o fuese habido.

Sentado ello, expliqué que una primera aproximación al caso podría haber llevado a pensar que el recurso debía ser declarado inadmisibile, ya que el imputado no estaba a derecho. Sin embargo, consideré que ese principio admitía dos excepciones: el de la eximición de prisión —que cualquiera puede solicitar— y el de la prescripción, puesto que en la medida en que ella pudiera ser decretada e iniciada de oficio por el tribunal, era razonable que quien pretendiera hacer valer los derechos de quien no se encontraba a derecho, por estar rebelde o con orden de captura —como en ese caso y en este también—, tuviera oportunidad de ser oído ante el tribunal que revisase la decisión de la anterior instancia. En consecuencia, entendí que era admisible la vía interpuesta por la defensa.

No obstante, por otra parte, destaque que el art. 66 del CP establece claramente que “(l)a prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notifique al reo la sentencia firme”, y que el propio defensor reconocía que la sentencia no estaba firme porque había allí un recurso pendiente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sobre la base de estas consideraciones que entienden que resultan claramente aplicables al caso traído, *mutatis mutandi*, estimo que la mayoría de los sentenciantes brindaron razonados fundamentos para sostener su postura, que comparto.

En efecto, frente al contundente argumento del *a quo* en base a la doctrina emanada del fallo citado “Dubra” y la falta de firmeza de la sentencia conde-

natoria provocada por propia rebeldía del imputado, se advierte una contradicción lógica en la pretensión de la defensa, compartida por el voto disidente de la resolución cuestionada.

Ambos, en cuanto a la falta de notificación personal y el efectivo ejercicio al derecho al recurso del imputado, alegan que el acusado al no presentarse para ser notificado personalmente, habría manifestado su falta de interés al respecto y, por lo tanto, su carencia de voluntad recursiva; sin embargo, mal podría considerarse ese presunto consentimiento ante justamente la falta de notificación de la sentencia condenatoria por su rebeldía, pues es evidente que no se puede consentir lo que no se conoce. Y claramente el imputado no está formalmente notificado de la sentencia que ha recaído en su contra.

Por otra parte, corresponde señalar que es claro que, si el encausado fuese habido, podría ejercer su derecho de revisión, y esa atribución sería perfectamente factible pues ese fue el motivo por el que se decretó su rebeldía: se pretendía ponerlo en conocimiento de la decisión de los jueces para que pudiera ejercer sus derechos. Sentado ello, debo recordar que nada puede ser y no ser al mismo tiempo. No es posible considerar que si el tiempo de prescripción de la pena no transcurrió el imputado tiene derecho a recurso porque el proceso no ha finalizado y, al mismo tiempo, aseverar que si ese lapso ha pasado entonces debe considerarse culminado el proceso y que rige el tiempo de prescripción de la pena.

Sentado cuanto antecede, y sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 CPPN) propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación intentado y, por consiguiente, confirmar la sentencia impugnada (artículos 470 y 471, ambos a contrario sensu, del CPPN).

El doctor *Huarte Petite* dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del doctor *Jantus*.

El doctor *Magariños* dijo:

Atento a que en el orden de deliberación los colegas han coincidido en la solución que cabe dar al recurso de casación intentado, me abstengo de emitir voto, por aplicación de lo establecido en el art. 23, último párrafo del CPPN.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resuelve: Rechazar el recurso de casación intentado y, por consiguiente, CONFIRMAR la resolución impugnada, sin costas (artículos 470, 471, ambos a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN). Se hace constar que el juez Alberto Huarte

Petite 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 me-

dante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 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. — Alberto Huarte Petite.

Sobre la prescripción de la pena

Ricardo D. Smolianski

I. La prescripción de la pena consiste en la autolimitación o renuncia del Estado al ejercicio de su *ius puniendi* debido a la incidencia que supone el transcurso del tiempo en las funciones y fines de la intervención penal.

Básicamente, se ha sostenido que dicho instituto responde a las más elementales razones de seguridad jurídica, en la medida en que el propio Estado se fija un límite temporal para el cumplimiento de sus deberes para que no se dilate indefinidamente la incertidumbre de la inculpación y persecución penal.

En efecto, la necesidad de que ciertos deberes-derechos del Estado sean ejercitados dentro de un plazo determinado viene impuesta por razones de interés general, es decir, por la necesidad de otorgarle certeza a las situaciones jurídicas, porque es preciso disipar si a un deber se lo va a cumplir o no, para hacer cesar pasado el tiempo el estado de vacilación, ya que, mientras dura esa incertidumbre, permanece una situación ambigua e indeterminada, un estado de pendencia que es necesario definir en virtud del principio de seguridad jurídica.

Pero Oscar N. Vera Barros observaba, con fina razón: “Lo que prescribe no es la sentencia —acto jurídico procesal donde la pena es impuesta— ni la pena en sí, sino la acción del Estado para hacerla ejecutar. La pena, como tal, no puede prescribir, porque únicamente existe desde el momento en que el condenado la sufre. Antes de que ello ocurra, el Estado solamen-

te conserva el derecho de hacerla cumplir y es este derecho lo que se extingue por el transcurso del tiempo” (1).

A su vez, Carlos J. Lascano (h.) amplía al anterior y aclara que, cualquiera que sea el alcance del término “pena”, “[...] carece de sentido su prescripción: no prescribe lo resuelto en una sentencia condenatoria, ni prescribe asimismo la pena que se está soportando efectivamente; esta más bien se agotará por su cumplimiento” (2).

Pero, más allá de las precisiones semánticas y de que, efectivamente, pareciera que la expresión ya instalada “prescripción de la pena” no es la más apropiada, en tanto se trata más de una causal de extinción de la pretensión punitiva del Estado que de un supuesto de consolidación de una situación de hecho y jurídica del condenado, lo seguro es que desgrava al condenado de tener que someterse a la pena luego de que haya operado alguno de los plazos que fija el art. 65 del Cód. Penal, esto es, a los veinte años en el caso de que haya sido penado a reclusión o pri-

(1) VERA BARROS, Oscar N., “La prescripción penal en el Código Penal”, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, p. 165.

(2) LASCANO (h.), Carlos J., “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. 2B. Parte General”, dirección de David Baigún y R. Eugenio Zaffaroni, coordinación de Marco A. Terragni y supervisión de Marcela De Langhe, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, 2ª edición actualizada y ampliada, p. 308.

sión perpetua; un tiempo igual al de la condena para el supuesto de que lo haya sido a reclusión o prisión temporal y a los dos años si se le impuso multa.

Sebastián Soler, por su lado, consideraba que la prescripción poseía diversos fundamentos y requisitos, entre los más relevantes, destacaba la desaparición, por el simple transcurso del tiempo, de los rastros y efectos del delito, la presunta o probable buena conducta del condenado y el olvido social del hecho (3).

Similar al anterior, Ricardo Núñez afirmaba: "La prescripción se funda en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad: extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de que se lo reprima, que es lo que constituye el fundamento político de la pena" (4).

Por su parte, para Horacio Romero Villanueva "[...] el transcurso del tiempo, como 'hecho jurídico negativo', produce una extinción o cese —por parte del Estado— sobre la relación jurídica sustancial que habilita la imposición de la pena cuando a juicio del legislador la no aplicación de la misma produce más ventajas que inconvenientes, por razones de política criminal o justicia material de 'certeza'" (5).

Para una muestra de la doctrina comparada y del cauce parejo al que le ha dado nuestro derecho, cito a Hans-Heinrich Jescheck, quien explicaba: "La prescripción de la ejecución opera de forma que, transcurridos ciertos plazos, no cabe ejecutar las penas o medidas [...] impuestas en firme. La institución de la prescripción de la ejecución solo puede justificarse mediante la fundamentación jurídico-material, en el sentido de que la ejecución pierde su razón de ser cuando ya hace tiempo que se perdió el recuerdo del de-

lito y de la sentencia, e incluso el propio reo se ha transformado en otra persona" (6).

Pero, más allá de su relativo y muchas veces cuestionado fundamento moral (7), el transcurso del tiempo constituye un requisito formal para la viabilidad de la prescripción de la pena y, al mismo tiempo y de algún modo, una sanción a los responsables de la administración de justicia por no haber intervenido o actuado en el plazo predeterminado en el que debieron hacerlo.

Por lo demás, más allá de su fundamentación filosófica y su naturaleza jurídica, la prescripción de la pena forma parte de la prescripción en general en el ámbito punitivo, es decir, junto con la prescripción de la acción penal que opera como un óbice o límite procesal que impide, una vez comprobado el paso del tiempo y despejados los supuestos de su suspensión e interrupción, que prospere la investigación judicial, o la formación o continuación de la causa, o el enjuiciamiento y la confirmación misma de lo resuelto en las instancias anteriores, etc.; todo

(6) JESCHECK, Hans-Heinrich, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", 4ª edición, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, editorial Comares, Granada, 1993, p. 826.

(7) Son conocidas las dificultades de las teorías retribucionistas o absolutas del ius puniendi para justificar la prescripción de la pena, esto, debido a que sí, tal sostienen, la finalidad de la pena única e ineludiblemente se agota con la compensación por el ilícito cometido, resulta que se pena porque tan sólo se ha cometido el ilícito —"Punitur, quia peccatum est"—, independientemente de las readaptaciones y olvidos sociales. Es decir, la pena es, para las concepciones de la retribución de la pena clásicas, únicamente una respuesta al delito perpetrado, de tal que la sanción es, en este sentido, universalmente necesaria, en la medida en que con ella no es perseguida ninguna finalidad social situada en el futuro. La legitimidad de la pena yace en el autor (como persona futura) y en el hecho pasado por él cometido [KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, Stuttgart, Reclam, 2011, p. 331; Zaczyk, Reiner, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts. Zugleich zum Begriff "fragmentarisches Strafrecht"*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 123 (2011), p. 701]. A su vez, según un antiguo precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "[...] la garantía de la defensa en juicio no requiere que se asegure al acusado la exención de responsabilidad por el sólo transcurso del tiempo", in re "Sapina y Armani SRL c. Impuesto Internos", Fallos: 211:1699, de 20 septiembre de 1948.

(3) SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, Tomo II, p. 510.

(4) NÚÑEZ, Ricardo, "Manual de Derecho Penal. Parte General", Ediciones Lerner, Córdoba, 1975, p. 243.

(5) ROMERO VILLANUEVA, Horacio, "La prescripción penal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 15.

esto porque, también se sostiene, el Estado renuncia al *ius puniendi* que eventualmente podría resultar de la comprobación y confirmación de la comisión de un delito, de tal que declina efectuar una investigación o enjuiciamiento tardíos del delito debido a, también se aduce, razones jurídicas y pragmáticas vinculadas a la dificultad para alcanzar la verdad de lo ocurrido una vez pasado un tiempo pronunciado (8).

En suma, en nuestro Código Penal coexiste un régimen de prescripción de la acción con otro de prescripción de las penas, con la particularidad de que la primera clase de prescripción tiene como término o límite final, sin solución de continuidad, el comienzo de la segunda; lo que significa que en aquel momento en el que la sentencia queda firme —y la pena ya podría ejecutarse porque el condenado tiene el deber jurídico de cumplir una sentencia firme— deja de correr el plazo de prescripción de la acción para que comience a operar, inmediatamente, el plazo de prescripción de la pena, esto, conforme al art. 66 del Cód. Penal.

Luego, para determinar cuándo se genera el acto que implica el cambio de estatus jurídico de imputado a condenado, podría afirmarse lo siguiente: si no se recurrió la sentencia, no habría ningún problema, es claro que, transcurri-

do el plazo para interponer el recurso, aquella quedará firme y será por lo tanto ejecutable.

Tampoco lo habría si se impugnó y se consintió luego el fallo del o de los tribunales de alzada intermedios, se trate de la confirmación de las cámaras de apelación ordinarias, de las de casación o, incluso, la ratificación de los tribunales superiores de provincia, según las distintas jurisdicciones.

En cuanto al supuesto en el que, en cambio, sí se interpusiera el recurso extraordinario federal o, rechazado este, se dedujera la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la adquisición de firmeza de la sentencia condenatoria ocurrirá una vez que se haya agotado la vía recursiva, por ende, será necesario un pronunciamiento jurisdiccional sobre la “vía de hecho” presentada para que comience a correr el plazo de la prescripción de la pena, es decir, con el rechazo de la queja o, de habérsela abierto, cuando la Corte finalmente deniegue el recurso extraordinario federal.

El esquema podría decirse que es simple, sin embargo, la redacción del indicado art. 66 del Cód. Penal, según el texto originario de la ley 11.179 de 1922 nunca modificado (9), provoca un problema irresuelto, pues refiere que para que empiece a contarse el plazo de la prescripción de la pena se debe notificar al “reo la sentencia firme”.

Desde ya adelante que la pretensión de aplicar irrestrictamente la exigencia de la notificación de la sentencia firme al reo, por las consecuencias en que desemboca, reconduce a una batalla perdida de antemano si se pretende

(8) Por supuesto que los motivos más asociados a las dificultades procesales para asegurar la fidelidad de la prueba sólo explican parcialmente la razón de la prescripción de la acción, pues puede que sea entendible cuando se trate de la prueba testimonial y de alguna otra perecedera, pero no lo será tanto cuando se trate de otro medio de prueba que bien podría conservarse incólume durante mucho tiempo; o cuando el juicio ya fue clausurado y sólo queden pendientes las instancias revisoras del acierto de lo resuelto sobre la base de la prueba ya rendida. Probablemente, la razón de la prescripción de la acción penal esté más cerca de las de la prescripción de la pena, a saber: la falta de necesidad de una investigación, enjuiciamiento o revisión de la sentencia por un delito que implicaría una condena que recaería sobre un sujeto al que ya no tendría sentido penar, sea desde las perspectivas prevencionistas e, incluso, retribucionistas si se concibe que el categórico de Justicia no requiere su compensación eternamente y porque, en última instancia, la vigencia de la norma que infringió el autor, justamente por el transcurso del tiempo, ya no requiere que el Estado comunique su reafirmación. Seguramente, en la esencia de una y otra clase de prescripción yace la seguridad jurídica y la necesidad de que la situación del imputado y luego condenado sea resuelta en plazo razonable.

(9) Los antecedentes en el derecho nacional fueron el Proyecto Tejedor (Título VII, art. 3), que sólo previó el comienzo del cómputo para la interrupción de la ejecución; el Proyecto de 1881 de Villegas - Ugarriza - García (art. 106), que añade al anterior de la interrupción de la ejecución para el comienzo del cómputo, el del supuesto en el que la condena misma nunca comenzó a cumplirse; el Código de 1886 (art. 91), que siguió el criterio del Proyecto Tejedor; el Proyecto de 1891 de Rivarola - Piñero - Matienzo (art. 10), que fijó ya la fórmula actual; la ley 4189 de 1903 (art. 16), que mantuvo el doble inicio, al igual que los Proyectos de 1906 y 1917 que conservaron el criterio de los dos comienzos según los dos supuestos y que va a ser el actual.

un sistema racional de prescripción y ejecución de penas.

Pero previo al tratamiento de ese punto de la prescripción de la pena y del fallo del título de este comentario, aunque no es su objeto principal, destaco que, entre las varias cuestiones debatidas con relación a la sucesión de las clases de prescripción, desde hace ya un buen tiempo asistimos a una decisiva polémica, me refiero a la cuestión, ampliamente debatida en doctrina y más todavía en nuestros tribunales, de si corresponde o no, en función de una literal interpretación del último párrafo del art. 285 del Cód. Proc. Civ. y Com., comenzar a “ejecutar” la pena de prisión antes de que esta adquiera firmeza.

En efecto, esa posibilidad, más allá de toda la razonabilidad que supone que una pena que podría —aunque sea de modo remoto— ser dejada sin efecto no se la comience a ejecutar sino a partir de que adquiera la certeza que otorga la firmeza, esto, debido a lo irrecuperable de la vivencia del tiempo de privación de la libertad, de todas formas se la admite, aunque esa contingencia de que el tiempo cumplido de una prisión revocada no pueda repararse de manera alguna, sobre la base de una interpretación del art. 285 del Cód. Proc. Civ. y Com. que reza que “[...] Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso” (conforme a la ley 23.774, Boletín Oficial de 16 de abril de 1990); por lo que, más allá de los reparos lógicos, se dice que, indistintamente la naturaleza y ámbito de la sanción (10), sería un efecto ya asumido por el legislador el que se comience a ejecutar irremediabilmente la pena, no obstante que se encuentre pendiente todavía la posibilidad de que la Corte —o antes otro tribunal inferior— la deje total o parcialmente sin efecto.

(10) Sería razonable cuando se trate de la ejecución anticipada de sentencias con contenido patrimonial y el diferimiento fuese contraproducente, pues, en estos casos, sí podría restituirse lo percibido; o cuando la sentencia antes de pasar a ser cosa juzgada establezca algún estado que, de ser evocada, pueda retrotraerse con o sin compensación; o cuando quepa, incluso, alguna posibilidad de contracautela; o cuando, en general, fijen o reconozcan alguna situación jurídica que, revertida por el superior, no suponga una pérdida irrecuperable para el triunfante o desagravado finalmente.

De modo similar, esto es, a favor de la factibilidad de que una pena no firme se la empiece a ejecutar de todas maneras más allá de que, reitero, no pueda descartarse del todo que vaya a ser anulada total o parcialmente, obran dispositivos afines al indicado art. 285 en leyes procedimentales penales y de interposición de recursos extraordinarios de las provincias con relación al efecto suspensivo de los recursos de apelación, de casación, inaplicabilidad de la ley e inconstitucionalidad y las quejas por su denegación (11).

Es decir, si bien lo dicho anteriormente con respecto a la continuidad entre una y otra clase de prescripción constituye una regla general, las dificultades interpretativas aparecen cuando se intenta fijar el contenido de cada uno de los conceptos que la integran o se le vinculan.

Me refiero, concretamente, a los conceptos “sentencia firme”, “comienzo de ejecución de la pena”, “comienzo del término de prescripción de la pena” y “límite del término de prescripción de la acción”, etc., que tienen como particularidad que, al definir uno de ellos, se está definiendo, a su vez, a todos los demás. Así, el comienzo de ejecución de una pena supone necesariamente una sentencia firme. A su vez, la sentencia firme y la posibilidad de la ejecución de la pena marcan el comienzo del plazo de prescripción de la pena, y esto, en consecuencia, implica que ya no corre el plazo y el término de prescripción de la acción penal.

Todas esas cuestiones, y la aludida pendiente de ser zanjada acerca de si es razonablemente justo que a una persona condenada pero todavía inocente, esto, en tanto la sentencia por la que se la declaró culpable de haber cometido el delito no adquirió aún firmeza, de todos modos se le comience a ejecutar la pena fijada y hasta hacérsela cumplir completamente, es una cuestión que digo irresuelta debido a la falta de una

(11) Verbigracia, el art. 32, párrafo 5, de la ley 402 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires—, que dispone que “[...] Mientras el Tribunal Superior de Justicia no haga lugar a la queja, no se suspende el curso del proceso salvo que el tribunal así lo resuelva por decisión expresa. Las mismas reglas se observan cuando se cuestiona el efecto con el que se haya concedido el recurso”.

conclusión contundente por parte de la Corte Suprema de Justicia sobre la exégesis correcta y los alcances de la última parte del indicado art. 285 del Cód. Proc. Civ. y Com.; pues de su precedente “Olariaga” (Fallos: 330:2826), por muchos un punto de inflexión con relación a la cuestión de la adquisición de firmeza de las sentencias recurridas ante la Corte, se han articulado —al menos— dos interpretaciones, pues si bien surge de ese fallo, esto sí, contundentemente, que la “inmutabilidad propia de la cosa juzgada recién es adquirida por un fallo condenatorio con la desestimación de la queja dispuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (considerando 7 de la mayoría), más allá de que, en mi opinión, también debiera lógicamente colegirse que por obra del principio de estado de inocencia todavía incólume no pueda empezarse a ejecutar la pena no firme, resulta que muchos tribunales consideran que lo sostenido por el máximo tribunal en ese precedente con relación a la “firmeza” de las sentencias no debe “confundirse” con la posibilidad positiva de la “ejecución” de la sentencia impugnada, esto, en razón del efecto “no suspensivo” de las apelaciones de las sentencias y, más aún, cuando se trata de las “vías de hecho” por las denegaciones de las apelaciones, aspecto sobre el que la Corte Suprema, se respaldan, aunque no haya sido el *thema decidendum* de “Olariaga”, en última instancia, tampoco lo desautorizó pues nada dijo al respecto.

En mi opinión, drásticamente, a una persona todavía inocente no puede ejecutársele la sentencia o, lo que es lo mismo, cualquiera que sea la etiqueta sobre la base de la presunta diferenciación entre “firmeza” y “ejecución”, no puede a un inocente hacérsele cumplir una pena que pueda ser revocada.

Pues, aunque se diga que son situaciones diferentes, la ejecución anticipada —más propia de la opinión según la cual la “firmeza devenía ya con el rechazo del recurso extraordinario federal (o local) más allá de la posterior suerte de la queja”, y que la Corte desautorizó con lo que decidió en “Olariaga” — es insostenible, pues en la medida en que sea todavía susceptible de ser revocada total o parcialmente la condena, resulta, y ya no cabe duda, que hasta que se alcance esa instancia procesal que implica que la sentencia adquiera “firmeza”, una persona no puede ser considerada incommoviblemente

“condenada” ni tratada como tal; como que tampoco podrá operar a su respecto la prescripción de la pena, esto, ni más ni menos, que en virtud de lo dispuesto por el art. 66 del ordenamiento penal de fondo, toda vez que esa norma reseña “sentencia firme”.

Dicho con pocas palabras, no pueden convivir el principio de inocencia y la ejecución anticipada de una pena de prisión no firme.

De tal modo, en lo que toca al momento en que adquiere firmeza la sentencia de condena, que es a partir del cual comienza a correr el plazo de la prescripción de la pena allí impuesta, lo que debe inferirse conforme al art. 66 del Cód. Penal, a mi parecer, sin réplica posible desde por lo menos el fallo “Olariaga”, es que, en materia penal, la inmutabilidad de una sentencia condenatoria —esto es, por ser “cosa juzgada”— se adquiere, de no haber sido consentida antes y para el supuesto de decisiones impugnadas por vía de la queja ante la Corte Suprema por la denegación del recurso extraordinario federal, cuando es desestimada esa presentación directa (12).

Dicha doctrina fue ratificada en el precedente “Avallone”, donde, al rechazar la Corte Suprema la queja por la denegación del recurso extraordinario federal, esto, con la fórmula del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com., si bien no supuso hacer mérito del acierto de la sentencia recurrida, sino solo restarle trascendencia federal al agravio deducido en la “presentación directa”, convalidó que el plazo de la prescripción de la pena comienza a correr con la sentencia de la Corte que rechaza —precisamente— la queja por la denegación del recurso extraordinario federal (13); (14).

(12) Antes de ese fallo, Ricardo Núñez ya había sostenido que “[...] para que el plazo de prescripción de la pena comience a correr resulta necesario que el condenado se encuentre jurídicamente en el deber de cumplir una sentencia de carácter definitivo. Mientras ese deber no surja, lo que corre a su favor es la prescripción de la acción penal...”, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, p. 541.

(13) “Avallone, Nicolás Alberto y otro s/causa n° 6799”. Recurso de hecho. A. 805. XLIV, de 14 de diciembre de 2010.

(14) Zaffaroni, en disidencia, se remitió a lo resuelto por la Corte en la causa “Rivero, Fernando Gabriel s/causa n° 5745”. R.1695.XLI, de 11 de agosto de 2009.

Luego, con el fallo “Moreno Chauca”, la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal sostuvo también que, a partir de que la sentencia de condena queda firme, comienza a correr el plazo de la prescripción de la pena (15).

En muy resumidas cuentas, la prescripción de la pena se sitúa temporalmente en el espacio inmediatamente posterior a la positiva adquisición de firmeza de la declaración de la responsabilidad penal y “merecimiento de pena” que ello supone, de aquí que también se haya afirmado, con cierta lógica y como dije al principio, que con la prescripción de la pena no se produce en sentido estricto una renuncia al ius puniendi, sino una renuncia a una ejecución tardía de la pena.

Por otro lado, no hay mayores inconvenientes y discusión en torno a que los plazos requeridos para que opere la prescripción de la pena irán en función del tiempo de la condena recaída, esto, porque, según el art. 65 del Cód. Penal: “Las penas se prescriben en los términos siguientes: 1º. La de reclusión perpetua, a los veinte años; 2º. La de prisión perpetua, a los veinte años; 3º. La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena; 4º. La de multa, a los dos años”, texto de la ley 23.077, de 1984 (16).

(15) “Moreno Chauca, José Martín s/hurto con escalamiento en tentativa”, Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, CCC31779/2014/TOI/CNCl, reg. n.º 394/2017.

(16) Se admite, sin mucho debate, que, ante el silencio de la norma, cuando la pena de inhabilitación es accesoria o complementaria, prescribe en el tiempo previsto para la prescripción de la pena principal a la que accede o cuya suerte “acompaña”. En cambio, sí es un problema irresuelto el de la prescripción de la pena de inhabilitación cuando ésta es la pena principal, ya que, como adelanté, el Código Penal nada dice al respecto. Las soluciones propuestas van desde la que considera que es imprescriptible (así, VERA BARROS, Oscar N., “La prescripción penal en el Código Penal”, ob. cit., p. 164) hasta, en mi opinión más razonable, la que asume que, análogamente, debe aplicarse el mismo tiempo previsto para la pena de prisión, pues no cabe imaginar que una pena más grave pueda prescribir y una menos grave no. Otra cuestión también discutible es si, a la par de la imprescriptibilidad de la acción de los delitos de lesa humanitas, las penas por esta clase de delitos son también imprescriptibles. El Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (2006), elaborado por la Comisión creada por Resolución del Ministerio de

II. En cambio, y ya con respecto al fallo “L.” de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, se discute —y bastante diría— si es condición para que comience a correr el plazo de la prescripción de la pena la notificación “al reo [de] la sentencia firme”, toda vez que art. 66 del Cód. Penal dice, textualmente: “La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si esta hubiese empezado a cumplirse”; de tal que —más allá de las consecuencias— sería para algunos imprescindible —a modo de *conditio sine qua non*— la “notificación personal formal o fehaciente” de la condena pronunciada al propio imputado.

Incluso, agregan, al punto de que tampoco será suficiente para que comience a correr el plazo de la prescripción de la pena la notificación al “reo”, si es que luego dicha sentencia fue apelada, pues —argumentan— solo la notificación de la pena confirmada por la “sentencia firme” es la que habilita que el plazo de su prescripción comience a prosperar, porque, sin esa nueva notificación, consecuentemente aducen, no podría empezar a ejecutársela, y esto, más allá de que por haber adquirido firmeza la sentencia no notificada ya no podría plantearse la prescripción de la acción; con lo que, con respecto a las sentencias firmes no notificadas al condenado, no operaría ni una ni otra clase de prescripción y ello sería así aunque se genere una suerte de limbo con el que se rompa la regla general de la continuidad —sin intervalo— entre una y otra clase de prescripción, conclusión

Justicia y Derechos Humanos de la Nación n.º 303, de 14 de diciembre de 2004 —modificada por la Resolución del mismo ministerio n.º 136 de 4 de octubre de 2005— establece la imprescriptibilidad de la pena de los delitos del Título I, Capítulo I, del Libro Segundo del Código del Proyecto y de los previstos por el art. 36 de la Constitución Nacional. Es decir, para los delitos de genocidio, desaparición forzosa de personas, otros delitos de lesa humanidad y la tortura, previstos todos éstos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y para las acciones que supongan la interrupción de la vigencia plena de la Constitución Nacional por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, la usurpación de funciones previstas para las autoridades de la Constitución o las de las provincias y la comisión de un grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento.

que, también adelante, surge de la que considero una inferencia errada de otro precedente de la Corte Suprema de Justicia, concretamente, del saludado “Dubra” (Fallos: 327:3802, de 21 de septiembre de 2004), pues lo que fue una solución del máximo tribunal dirigida al reconocimiento de una garantía del efectivo derecho de defensa en juicio y debido proceso, termina, válidamente para algunos tribunales, operando en contra del beneficiario de esa prerrogativa, todo esto, se admite, debido a que la prescripción de la pena, cual beneficio, no podría operar en favor de los “reos” que con su propia contumacia, al impedir la notificación, recrearon voluntariamente una situación tal en la que no podría ejecutárseles la pena.

Rápidamente, profesar esa postura lleva tras de sí la pretensión de que las penas regularmente pronunciadas sean ejecutadas en tiempo y forma, pero tropieza ni bien se advierta que tiene por delante la configuración de un supuesto de imprescriptibilidad de las penas, pues, en la medida en que una sentencia condenatoria firme nunca llegue a ser notificada, en la vida del “reo” nunca operará la prescripción de la pena, con lo que, prácticamente, se reduciría esta clase de prescripción a los supuestos de “quebrantamiento de la condena, si esta hubiese empezado a cumplirse”.

También, prontamente se me ocurre dudar y plantear si esa postura y solución, dirigida a evitar que la ejecución y prescripción de la pena quede sometida a la “voluntad del condenado”, estaría dispuesta a distinguir los supuestos en los que no fue declarada formalmente la rebeldía o si esta fue luego revocada y aun en los casos en los que sí compareció el imputado y no se lo notificó; o si, igualmente la sostendría, si la falta de la notificación fue enteramente atribuible al error del propio tribunal, de la oficina de notificación o de cualquier tercero por el que el imputado no debiera responder; o si no se agotó el procedimiento legal para hacerlo. Como también me pregunto si quienes postulan esa interpretación del art. 66 del Cód. Penal se conformarían con alguna forma acreditada de comunicación o información de la condena que no sea la “formal” o habitualmente utilizable por los operadores judiciales, esto, habida cuenta de que el art. 66 solo dice “notificare”, sin más aditamento o exigencia, de tal que cabría

entonces preguntarse si sería suficiente la certificación por cualquier medio, verbigracia, por un notario o por testigos o, incluso, con la declaración jurada de su abogado de que el condenado ya sabe que la pena que se le impuso se le podrá ejecutar (17).

Todo ello, sin perjuicio de si el invocado impedimento para comenzar a ejecutar una pena, esto es, por la falta de la susodicha notificación, conlleva al absurdo de que, una vez notificado el condenado, este dispondrá de un tiempo prudencial para que luego se presente voluntariamente a cumplir la pena o decida no hacerlo y poder entonces especular —ahora sí— con la prescripción.

De más está decir que a la notificación de la condena firme a la pena de privación de la libertad le sigue inmediatamente la detención del condenado, con lo que, reitero, en tanto se trate de una pena ya firme supeditada a la notificación, salvo los contados casos en los que la detención no se ordena *incontinenti* —váyase a saber por qué—, el primer supuesto del art. 66 del Cód. Penal será —*per definitionem*— prácticamente inaplicable, y solo se abrirá las puertas a la prescripción de la pena en el supuesto del “quebrantamiento de la condena”.

III. Pero veamos entonces, como muestra, el reciente fallo “L.” de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, con el que, con una voz significativa, pone una vez más en cuestión los alcances de la “notificación” a la que alude el art. 66 del Cód. Penal; y si, realmente, se puede inferir lo que ahí resolvió la casación de lo que había considera-

(17) Más allá de que consideró necesaria la “notificación al reo”, sin la amplitud que, en todo caso, se me ocurre podría ser interesante admitir, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, consideró que “[...] la notificación al condenado puede hacerse por todos los medios legales, ya que el fallo plenario ‘Barba, Horacio’, del 23/03/1979 (LA LEY, 1979-B, 169), en modo alguno determinó si la inexcusable notificación al reo a que se refiere dicho fallo debe ser necesariamente por nota en el expediente o si la exigencia legal queda plenamente cumplimentada cuando dicho trámite se realiza mediante cédula dirigida al justiciable y, cualquiera fuese el medio utilizado, a partir de esa diligencia deberá computarse el plazo para que comience a operar la prescripción de la pena impuesta”, in re “Ravazza, Santiago C.”, BCNCyC, 1982-2-74, de 20 de abril de 1982.

do y concluido la Corte en “Dubra,” en este, en el sentido de “[...] que lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición de la queja es la notificación personal al encausado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena —dado que la posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad del imputado y no una potestad técnica del defensor— y el eventual cumplimiento de recaudos que garanticen plenamente el derecho de defensa (conf. Fallos: 311:2502 y 322:1343, voto del juez Petracchi)” (considerando 3 de “Dubra”).

Pues, en sustancia, se trata de establecer si cabe razonablemente extrapolar la ratio del ámbito específico del fallo “Dubra” —rotundamente a favor del imputado— para entonces consumir una interpretación que opere igualmente en contra del condenado; o, dicho más concretamente, si se puede predicar fuera del que fue el objetivo de “Dubra”, a saber: asegurar la voluntad de apelar del imputado, una muy distinta solución a la que se llega ya en el ámbito de la prescripción de la pena; pues, muy velozmente destaco, en todo el pronunciamiento “Dubra”, nunca estuvo en cuestión, directa o indirectamente, los efectos que contingentemente podría tener lo decidido sobre la prescripción de la pena, como que, en toda su dimensión, jamás se aludió en los considerandos del fallo “Dubra” al art. 66 del Cód. Penal y a las repercusiones de lo resuelto en orden a quién corresponde que se le notifique una sentencia condenatoria para que comience a correr el plazo para apelarla, como que tampoco en el ulterior fallo “Olariaga”, en el que sí se refirió a las clases de prescripción y a la sucesión de la una a la otra sin solución de continuidad, se hizo alguna observación sobre la necesidad de la notificación al “reo” de la condena firme como condición para que empiece a correr la prescripción de la pena.

No obstante, como ya sostuviera, con una interpretación lejana a la que sostengo, el camarista de la casación Pablo Jantus, que fue quien lideró la mayoría (18) y quien, con su propuesta

al acuerdo en el sentido de la desestimación de la impugnación de la defensa, convalidó el rechazo de la prescripción de la pena que habían pronunciado antes los jueces Alejandro Noce-ti Achával y Gabriel Eduardo Vega del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 7 (19), coincidió con estos en cuanto a que, a falta de la notificación personal al condenado de la firmeza de la sentencia, el plazo de la prescripción de la pena deducida no podía comenzar a correr, básicamente, porque así lo imponía la doctrina del fallo “Dubra”.

Pero antes de mi crítica, considero atinado destacar algunas particularidades del caso que comento, debido a que, en mi opinión, impiden su asimilación a la situación de Dubra, pues este, tal quedó asentado en el fallo de la Corte, ya se encontraba detenido cuando fue condenado, pues fue, precisamente desde su lugar de detención, que había hecho saber su voluntad recursiva mediante la remisión de una carta de la que, aunque precariamente redactada, surgía inequívocamente su decisión de apelar.

En cambio, L., destinatario del fallo que comento, a poco de pronunciar el tribunal oral su condena de cumplimiento efectivo, había sido declarado rebelde y ordenada su captura debido, justamente, a su incomparecencia; con lo cual, se consideró que la imposibilidad de hecho para notificarlo era atribuible a dicha rebeldía ante el requerimiento del tribunal, de tal que, por su propia decisión de sustraerse de la acción de la justicia, era que no podía operar a su favor la prescripción de la pena.

Algo así como que debido a que la incomparecencia del encausado y su sustracción del pro-

darle al recurso de casación interpuesto, se abstuvo de emitir su voto por aplicación del art. 23, último párrafo, del Cód. Proc. Penal.

(19) El Dr. Gustavo Jorge Rofrano, tercer integrante del TOCyC n.º 7, votó en disidencia. En lo sustancial, compartió los argumentos de la defensa, y sostuvo que si de lo que se trataba era asegurar el efectivo ejercicio del derecho al recurso del imputado, debía admitirse que fue aquél el que, al no presentarse a la lectura de los fundamentos de la sentencia dictada en su contra, había manifestado su falta de interés al respecto y, por lo tanto, que carecía de voluntad recursiva. Bajo esas premisas, entendió que, en beneficio del imputado, debía tenerse por firme la sentencia con su notificación al domicilio constituido.

(18) La mayoría la conformó con la adhesión del camarista Alberto Huarte Petite. En cambio, el Dr. Mario Magariños, debido a que, dado el orden de deliberación, sus colegas ya habían coincidido en la solución que cabía

ceso fueron de su exclusivo arbitrio, al punto de que había quedado en sus manos que no se lo pueda notificar de la condena, la decisión de no estar a derecho no le podía operar a su favor en materia de prescripción de la pena.

Asimismo, se sostuvo en el fallo que la jurisprudencia de la Corte Suprema era “pacífica” en orden a que la notificación personal debía operar no solo como una garantía del encausado, sino, también, como una exigencia del sistema que garantiza la plena realización del debido proceso legal, todo esto, sobre la base del fallo “Dubra”.

Como explicaré, tras mi indagación entre los precedentes de la Corte Suprema, sí se puede afirmar que es pacífica su jurisprudencia, como también ahora la de los tribunales inferiores, en cuanto a que, a los fines del cómputo de los plazos —normalmente breves— para la interposición de los recursos y deducción de las quejas, deba considerarse que comienzan a correr a partir de la notificación personal al imputado cuando este se encuentre privado de su libertad, esto, efectivamente, a partir del mismísimo fallo “Dubra”.

Pero no lo es tanto, es decir, tan asentada la jurisprudencia en cuanto a que esa notificación, expresamente considerada a los fines de la interposición de los recursos, concebidos en general como derecho del propio imputado antes que derecho del defensor técnico, pueda exigirse como una condición también para que pueda operar la prescripción de la pena (20).

(20) A favor de la postura que cuestiono, el viejo ple-nario “Barba”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, causa n.º 77033, de 23 de marzo de 1979, que estableció, para la jurisdicción que la reconocía como cabeza, que carecía de firmeza el pronunciamiento condenatorio mientras no se lo notificara al condenado: “[...] cuando hablo de sentencia firme no me estoy refiriendo, por cierto a la de 1ª instancia [...] sino a la que por regla general causa ejecutoria, a la irrevocable, es decir a la ‘sentencia final’ de que se hablaba en el proyecto de 1881, que es, sin dudas, la de esta Cámara...”, así, el Dr. Miguel Ángel Almeyra, pero, al referirse al recurso extraordinario que se había interpuesto, agregó, contrariamente a lo que años después impondría la Corte, que “[...] a poco que se repare en que se trata de un mecanismo recursivo excepcional, creo que habrá de convenirse en que no es de buen método jurídico construir una regla general —como lo que se busca en este tribunal pleno— sobre lo que, por definición, escapa a la

Por de pronto, el fallo que confirmó la cámara de casación venía con una disidencia, y si bien el juez Magariños, tercer integrante de la sala en el orden de deliberación, se abstuvo de emitir su voto por aplicación de lo que autoriza el art. 23, *in fine*, del Cód. Proc. Penal, es decir, por la coincidencia en la solución entre los camaristas que lo precedieron, no cabe presumir que, de haberse pronunciado, lo hubiera hecho concordando con sus colegas.

Pero también puedo mencionar contra la reclamación de ser la del fallo “L.” una doctrina “pacífica”, que la Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal últimamente consideró que, sin perjuicio de la rebeldía de la imputada y la falta de notificación de la firmeza de su condena, con “[...] estricto apego a la doctrina sentada por el Alto Tribunal en ‘Olariaga’ debe concluirse que la sentencia condenatoria dictada contra [...] adquirió firmeza [...], fecha en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibles el recurso de queja interpuesto por la defensa por rechazo del recurso extraordinario federal... (voto del Dr. Juan Carlos Gemignani). Por su lado, el Dr. Mariano Hernán Borinsky sostuvo que, ‘[...] en tanto el tribunal a quo no ha brindado argumentos suficientes con respecto al motivo por el cual consideró que la notificación del auto de fecha [...] que declaró firme la sentencia e intimó a la imputada [...] a constituirse en detención, excluye la validez en los términos del art. 66 del CP de la notificación cursada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el día [...] al domicilio constituido de la

generalidad...”; LA LEY, Tomo 1979-B, p. 182). Por su parte, para salvar la literalidad del art. 66 del Código Penal y su incongruencia, León Carlos Arslanian afirmaba que “el término de prescripción comienza desde la medianoche del día en que la sentencia le fue notificada al ‘reo’ y que luego quedó firme” (Sobre la prescripción de la pena, en Doctrina Penal, Año 4, 1981, p. 41, con cita de Jorge de la Rúa y su primera edición del Código Penal Argentino. Para la segunda edición, de la Rúa aclaraba “que la propia naturaleza del término inicial (notificación) es demostrativo de que la ley sustantiva inaugura el cómputo de una causal extintiva de la pena antes de que la sentencia que la impone quede firme, pues es obvio que por regla ninguna sentencia queda firme el día de su notificación”, Código Penal Argentino - Parte General, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, 2ª edición, p. 1080; de modo similar, D’ALESSIO, Andrés José en el “Código Penal —comentado y anotado—, Parte General”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 674/5.

mentada [...] a fin de comunicar la desestimación de la queja interpuesta por recurso extraordinario denegado de fecha [...]. Finalmente, el juez Daniel Antonio Petrone afirmó: [...] En cuanto a la firmeza del pronunciamiento condenatorio, cabe recordar que, en el precedente *Olariaga* (Fallos: 330:2826), la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha establecido claramente la diferencia entre la suspensión de los efectos —cuestión que hace a la ejecutabilidad de las sentencias— y la inmutabilidad —propia de la cosa juzgada— que adquiere un fallo condenatorio con la desestimación de la queja dispuesta por el mencionado Tribunal. Bajo ese prisma, la sentencia dictada respecto de [...] adquirió firmeza el [...], cuando la CSJN desestimó la vía de hecho intentada por su defensa. La conclusión antes expuesta, sin embargo, no soluciona la problemática relativa al momento en que comienza a correr el término de prescripción de la pena por cuanto, como se dijo, resulta necesaria su 'notificación al reo'. De ese modo, dado el criterio discordante de los colegas que me preceden en la votación, al efecto de conformar una mayoría con ajuste a los parámetros establecidos por la CSJN *in re* 'Eraso' (E. 141. XLVI. RHE, rta. el 18/12/2012), habré de adherir a la solución propuesta sobre el punto por el señor juez Mariano Hernán Borinsky..." (21), de tal que podrá discutirse si comienza a correr la prescripción de la pena directamente el día del rechazo de la queja por la Corte o cuando se diligencia la notificación (incluso ficta) de la denegación al domicilio constituido, pero en uno u otro caso la prescripción, con diferencia probablemente de días, comenzará a correr fatalmente, más allá de la duda de si, por no haberla dispuesto la Corte o por no haberla tramitado la oficina encargada del trámite, no se formaliza la notificación, entonces la prescripción de la pena no comenzará a correr y seguirá latente la prescripción de la acción; o si, para esos casos no atribuibles u oponibles al condenado, se considerará suficientemente el día de quiebre entre una y otra clase de prescripción el de la decisión de la Corte.

(21) "Fernández, Carina Valeria s/ recurso de casación", Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal, causa CPE 990000270/2011/TO1/CFC1, registro n°: 168/21, de 29 de enero de 2021.

En el sentido de la necesidad de evitar supuestos de "imprescriptibilidad" de la pena se han pronunciado otros tribunales, con lo que doy cuenta de que lo resuelto en "L." no es doctrina unánime (22).

No obstante, objeto de interpretaciones diversas y controversias debido a la escasa claridad de lo que motivó al legislador a sellar la actual fórmula, a favor de la exigencia de la notificación personal, aun a costa de la admisión de un limbo o interregno en el que no operaría ninguna clase de prescripción y de la posibilidad —incluso— de que la pena resulte imprescriptible para esos casos, se argumenta, como lo hizo la mayoría del tribunal oral de origen y la mayoría de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal que la convalidó en "L.", que lo resuelto en "Dubra", además de que supuso garantizar un derecho del imputado, también constituyó una regla procesal que, como tal, "no podía flexibilizarse según la conveniencia de los condenados", pues, de lo contrario sentenciaron, "la decisión respecto de cuándo una sentencia adquiere firmeza quedaría atada a la voluntad del acusado, quien según el caso, podría decidir si hay o no sentencia firme", lo cual es precisamente aparente e insostenible, al menos como una derivación del fallo "Dubra", puesto que, realmente, la decisión de que una condena adquiera firmeza no depende en nada del imputado, pues la notificación en su lugar de detención no depende de él, sino del órgano del

(22) Ya la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, in re "Savignano", de 22 de agosto de 1980 había sostenido lo insostenible de que la prescripción de la pena no llegara a comenzar a correr; también la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, in re "Fontanals", de 6 de julio de 2012, sobre la base, además, de la conocida tesis de Ricardo Núñez en el sentido de que "[...] No se trata de la notificación al condenado, de la sentencia que ya está firme, sino de la notificación hecha a él de la sentencia dictada. Al quedar firme la sentencia opera retroactivamente al momento de la notificación del condenado en lo que atañe al comienzo del término de prescripción de la pena impuesta", en el ya citado Las Disposiciones Generales del Código Penal, p. 294. Del mismo modo, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, en la causa n° 3769 "Medina", reg. n° 431.02.3, de 20 de agosto de 2002; asimismo, la Sala IV, en la causa n° 4571 "Calderón", reg. n° 6072.4, de 27 de septiembre de 2004 y, en similar sentido, CREUS, Carlos, "Derecho Penal - Parte General", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, 3ª ed. Actualizada y ampliada, p. 477.

Estado a cargo de formular esa comunicación efectiva, a la cual no podrá resistirse.

En la dirección de la opinión que confronto, el Dr. Jantus y la mayoría del tribunal oral que lo precedió afirmaron que, y apelo a la fuente original: “el hecho de que se garantice un derecho mediante reglas procesales más favorables al imputado no puede dar lugar y servir como pretexto para que manipule aquellas según la postura que más lo beneficie, pues conspiraría contra el debido proceso y afectaría la seguridad jurídica al impedir definir de modo claro y previo cuándo existe o no una condena firme”.

Al respecto, se suele coronar esa argumentación con que “el debido proceso penal y las reglas que lo definen también funcionan como recaudos institucionales tendientes a asegurar la racionalidad de los actos de gobierno y la expectativa de todos los ciudadanos de que los hechos que conmuevan la paz social sean juzgados según reglas claras y previas que aseguren imparcialidad a la hora de definir sus alcances y consecuencias”.

En efecto, dijo el Dr. Jantus: “[...] frente al contundente argumento del a quo en base a la doctrina emanada del fallo citado 'Dubra' y la falta de firmeza de la sentencia condenatoria provocada por propia rebeldía del imputado, se advierte una contradicción lógica en la pretensión de la defensa, compartida por el voto disidente de la resolución cuestionada. Ambos, en cuanto a la falta de notificación personal y el efectivo ejercicio al derecho al recurso del imputado, alegan que el acusado al no presentarse para ser notificado personalmente, habría manifestado su falta de interés al respecto y, por lo tanto, su carencia de voluntad recursiva; sin embargo, mal podría considerarse ese presunto consentimiento ante justamente la falta de notificación de la sentencia condenatoria por su rebeldía, pues es evidente que no se puede consentir lo que no se conoce. Y claramente el imputado no está formalmente notificado de la sentencia que ha recaído en su contra. Por otra parte, corresponde señalar que es claro que, si el encausado fuese habido, podría ejercer su derecho de revisión, y esa atribución sería perfectamente factible pues ese fue el motivo por el que se decretó su rebeldía: se pretendía ponerlo en conocimiento de la decisión de los jueces para que

podiera ejercer sus derechos. Sentado ello, debo recordar que nada puede ser y no ser al mismo tiempo. No es posible considerar que si el tiempo de prescripción de la pena no transcurrió el imputado tiene derecho a recurso porque el proceso no ha finalizado y, al mismo tiempo, aseverar que si ese lapso ha pasado entonces debe considerarse culminado el proceso y que rige el tiempo de prescripción de la pena...”

III. Por mi parte, también considero que el cómputo del plazo de la prescripción de la pena debe realizarse a partir de que la sentencia ha quedado en condiciones de ser ejecutada, pero esto ocurre cuando la sentencia adquiere firmeza, más allá de la superflua notificación personal de lo resuelto, toda vez que, por ser la condena y su pena irrecurribles, nada podrá ya oponerse a su ejecución o, desde la perspectiva del condenado, a cumplirla una vez habido; y porque, en última instancia, las dificultades de los órganos del Estado para hacer cumplir sus funciones —como lo sería hallar al incompareciente remiso o notificar fehacientemente sus decisiones en tiempo y en forma, esto es, antes de que opere la prescripción—, incluso por falta de “colaboración” del condenado, no puede oponerse en contra de este.

Por ello, más allá de la literalidad del art. 66 del Cód. Penal, para su razonable y armoniosa interpretación, cuando el condenado no haya sido habido porque no pudo encontrárselo debido a que, precisamente, no se encontraba detenido, sea porque no se tomaron los recaudos del caso para ubicarlo y hacerle saber de la sentencia en forma fehaciente o porque, a pesar de que se procuró hacer todo lo que estaba al alcance del Estado, de todos modos no pudo notificárselo de su rebeldía, de la misma manera que el plazo para la apelación no se pospondrá eterna e indefinidamente *sine die por in absentia* del condenado, tampoco debiera aplazarse el cómputo de la prescripción de la pena, pues, contrariamente a lo que se afirma, no es cierto que la firmeza y ejecución de la condena quedan libradas a la voluntad del “reo”, a lo sumo, lo estará la notificación por parte del Estado de una sentencia contra la cual ya nada podrá deducirse.

Incluso, contra cualquier otra interpretación que pretendiera otorgársele al art. 66 del Cód. Penal, en función del principio *pro homine* y la

racionalidad del derecho penal, no puede coherentemente admitirse un supuesto de imprescriptibilidad de la pena o el absurdo de que solo podría operar la prescripción cuando se presente el condenado para notificarse de ella y quede detenido, pues, así, se llegaría a la entelequia según la cual la prescripción de la pena, de las hipótesis previstas, esto es, que la pena no haya tenido comienzo de ejecución o que comenzada a ejecutar haya sido quebrantada, solo realmente llegará a operar cuando haya “quebrantamiento de la condena”, esto es, cuando suceda la segunda hipótesis del art. 66 del Cód. Penal.

Por lo demás, la cuestión de la prescripción en la esfera penal, como tantas veces lo ha dicho la Corte Suprema, es de orden público y se vincula directamente con el art. 18 de la Constitución Nacional, y más allá de que se observe que la función de la pena es la de reafirmar la vigencia de la norma y que, intuitivamente, con su prescripción se diluye esa legítima pretensión, resulta también que, innegablemente, se pretende desvirtuar el sentido de la norma sobre la base de la irracional literalidad del texto para privilegiar, con aparente apego legal, una suerte de interpretación legislativa en modo alguno auténtica, pues, conformada por ideas que remiten a la negación de la clara orientación del texto legal, la exigencia sine qua non de una notificación al “reo”, que en nada va a incidir ya en sus posibilidades procesales y en la tarea del Estado, supone una interpretación extensiva *in malam partem*.

Dicho con otros términos, no cabe duda de que la obligación de la notificación de las providencias, autos y sentencias están a cargo exclusivo del tribunal, lo que deberá hacer en forma indelegable. La notificación, cualquiera sea la resolución, coadyuva a la publicidad de los actos de gobierno, pero ha sido prevista en beneficio exclusivo del individuo y no de los órganos del Estado, y su déficit o cumplimiento tardío no puede transformarse en un perjuicio mayor para quien, precisamente, trata de proteger.

De modo equivalente a cuanto vengo reflexionando, explican Zaffaroni, Alagia y Slokar que el objetivo del art. 66 es tratar de fijar un momento preciso desde el cual contar el inicio de la prescripción de la pena, y debido a que el momento de la notificación no siempre es el momento en que se empieza a incumplir la pena [pues pue-

de suceder que se notifique una sentencia que quede firme con posterioridad, o que, en el caso de una pena de multa, la sentencia determine el momento en que el sujeto deba pagar] no es posible admitir a la notificación como un requisito de fondo para que inicie el término de extinción de la punibilidad, sino solo un límite o medida de tiempo. Esta es la razón para que, en caso de no poder notificar al condenado, alcance con la efectuada al abogado defensor, ya que, de lo contrario, significaría consagrar una precisión letal: como no se sabe certeramente desde qué momento corre la prescripción, para no perjudicar al condenado a causa de esta incertidumbre, en lugar de encontrar un momento aproximado, se preferiría eliminar todo el tiempo transcurrido (23).

En suma, a la luz de lo que mejor salva la inconsistencia de la norma y en orden a la afectación del principio de razonabilidad del derecho penal, resulta poco comprensible la exégesis otorgada por la cámara de casación al art. 66 del Cód. Penal en cuanto pretende que se paralice el cómputo del plazo de prescripción de la pena hasta la fecha de notificación de la adquisición de firmeza de la condena, pues como ya se ha afirmado en otras ocasiones, el precepto legal que refiere el caso del incumplimiento total de la pena presenta una técnica no solo deficiente que habilitaría un supuesto de imprescriptibilidad de la sanción, sino una contradicción imposible de superar que torna irracional su aplicación literal, pues, amén de que implicaría un lapso en el que no operaría ni la prescripción de la acción ni tampoco la prescripción de la pena —y, con ello, una vez más, una hipótesis de imprescriptibilidad inconstitucional—, resulta que esa exégesis para que comience el plazo de la prescripción de la pena exigiría la notificación de la condena ejecutoriable, y si se entiende que

(23) ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal, Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 886. Asimismo, Zaffaroni aclara que ese requisito de la notificación al reo fue descartado en el proyecto de ley que dio base al actual Código Penal, pues el legislador tomó como modelo el art. 134 del Código Penal de 1870 del que suprimió el requisito de que la notificación sea personal, por lo que, concluye, la inteligencia que debe dársele es que la pena prescribe desde que se le notifica al abogado pues se caería en el absurdo de considerar imprescriptible la condena que no se notifica al condenado, en su voto in re "Canteros", C.4145.XXXVIII.

este tipo de sentencias son aquellas ya aplicables, al ocurrir esto, ya no hay “reo”, en el sentido de una persona que, por haber presuntamente cometido un delito merece castigo o es acusado o culpado, sino ya un condenado que ya no puede resistir procesalmente la ejecución de la pena.

Luego, tampoco tendría sentido la notificación de algo que ya no puede ser recurrido, esto, debido a que la sentencia firme es, justamente, la inconvencible por ser ya inapelable, lo que conduce entonces a la pregunta eje de toda la cuestión: ¿para qué debe notificarse la sentencia que ya no puede ser apelada y cuyos efectos ya no pueden ser neutralizados, esto es, impedidos de ser ejecutados, por el condenado?

Interrogante al que, si cabe descartar, como entiendo que corresponde, que la notificación fue prevista *ex profeso* como una exigencia llamada a privar de la posibilidad jurídica y fáctica de que opere la prescripción de la pena con relación a una cantidad importante de condenados, recreando, así, supuestos de imprescriptibilidad, solo puede responderse con que ninguna función le cabe.

Conclusión que se condice, por sobre todo y con ajuste a la inveterada doctrina de la Corte Suprema, con el reconocimiento de que la inconvencencia del legislador que supondría concebir la inoperatividad de la primera hipótesis del art. 66 del Cód. Penal no puede presumirse (24), por lo que solo cabría admitir que la “notificación al reo” o remite, porque solo así cobraría algún sentido, a las sentencias intermedias que todavía podrían apelarse, para dar, de este modo, plena virtualidad a la doctrina del fallo “Dubra” (25), de tal suerte que solo cuando venció el término para recurrir sin ha-

(24) Conforme doctrina de Fallos: 322:2189 y 323:585, entre otros.

(25) La interpretación literal del art. 66 CP que supone tomar como punto de partida la notificación al “reo” de la sentencia que luego se encuentra en condiciones de ser aplicada por ser la firme, según Ricardo Núñez, lleva a la absurda incongruencia que sólo podría subsanarse razonablemente si se asume, más allá de la palabra empleada en el texto, otorgándole virtualidad a aquella notificación de la condena que, tras confirmada por las instancias posteriores, se mantuvo incólume, esto es, a la notificación de la de la primera instancia, en Las Disposiciones Generales del Código Penal, editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 294.

berlo hecho, comience a correr el plazo para la prescripción de la pena (26); o que únicamente refiera a la necesidad de que la sentencia efectivamente firme adquiera formalmente oficialidad y publicidad, independientemente de que sea conocida o no también formal o materialmente por el condenado, de tal que, a los fines de la prescripción de la pena —ya pública y exigible de hacérsela cumplir— sería irrelevante la comunicación personal o fehaciente al condenado, con lo que, no solo se salvaría la consecuencia que implica reconocer supuestos en los que no cabría ni la prescripción de la acción ni de la pena y hasta de imprescriptibilidad de la sanción, sino que dejaría a salvo, despejándola, la preocupación ensayada por la cámara de casación y otros tribunales en el sentido de que no puede admitirse que tanto la notificación, como la ejecución y la prescripción de la pena queden libradas a la voluntad del “reo”.

En última instancia, a la hora de aplicar la norma y el principio de legalidad, la evidente imperfección técnica del art. 66 del Cód. Penal debe ser superada en procura de un alcance racional (27) de modo que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho (28).

Ello, además, porque esa inteligencia que posibilita la prescripción de la pena es la que mejor se conjuga en materia penal con la exigencia que resulta del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional), en el sentido de que debe priorizarse una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine —frecuentemente soslayado por muchos operadores judiciales, pero todavía vigente— que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 331:858).

(26) Obviamente, para los supuestos en los que el imputado se encuentre detenido, conforme a la doctrina del fallo “Dubra”, su notificación para que consienta o apele incluso in forma pauperis la condena, es de la entera responsabilidad de los órganos del Estado —pues está exclusivamente a su alcance— disipar cualquier obstáculo para materializarla.

(27) Fallos: 306:940; 312:802.

(28) Fallos: 310:937; 312:1484.

ENCUBRIMIENTO

Ofrecimiento de suma de dinero para que la víctima modifique su declaración. Conducta penalmente típica. Revocación de la absolución. Disidencia.

Con nota de María Celeste López Woites

1. — La imputada envió un mensaje a su hija con el ofrecimiento de una suma de cincuenta mil pesos con el propósito de que esta última prestase declaración con el fin de retractarse en el expediente en el que se condenó a su pareja como autor del ilícito de abuso sexual. Y está aquí por lo tanto la acción material positiva y concreta que requiere el delito de encubrimiento previsto por el art. 277 del Cód. Penal.
2. — La circunstancia de que la víctima no haya concurrido a la correspondiente Agencia Fiscal a prestar su testimonio y retractarse no invalida ni desmerece la correspondiente acreditación de la materialidad ilícita, desde que el evento quedó consumado con el ofrecimiento dinerario.
3. — No es posible subsumir la figura con concubino en ninguno de los supuestos de exención de responsabilidad criminal previstos por el art. 277, Cód. Penal, sin incurrir así en una analógica interpretación, todo lo cual, se encuentra prohibido en materia penal.
4. — Fue típica la conducta llevada a cabo por la imputada, porque, mediante el ofrecimiento de dinero a su hija, procuró que su pareja no fuera responsabilizada por el hecho de abuso sexual por el que estaba siendo investigado (del voto del Dr. Barbieri).
5. — La conducta atribuida a la imputada resulta atípica, pues no existió la realización de una conducta positiva, sino antes bien, un soborno en función de lo prescripto por el art. 276 del Cód. Penal, el que también resulta atípico, pues el testimonio de la joven no llegó a concretarse con los alcances queridos por la imputada. Es que el sobornante solo es castigado si se comete el falso testimonio. De lo contrario queda impune, ya que no hay un tipo penal independiente como en el cohecho (del voto en disidencia del Dr. Soumoulou).

CGarantías en lo Penal, Bahía Blanca, Sala I, 27/12/2019. - D. P., A. M. s/ encubrimiento calificado en Bahía Blanca.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63761/2019]

Expediente I.P.P. 16.791/I

2ª Instancia. - Bahía Blanca, diciembre 27 de 2019.

1ª ¿Es nulo el veredicto dictado a fs. 230/234? 2ª Caso negativo, ¿Es justo el citado veredicto apelado? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Giambelluca* dijo:

En función del análisis de los presentes obrados, el fallo apelado y el recurso deducido en la ocasión, estimo que el veredicto recurrido resulta válido en todos sus términos, desde que no aprecio que se haya incurrido en los presentes obrados en circunstancias tales que permitan determinar situaciones que conlleven a la nulidad, y por ende permiten dejar así incólume la validez del mismo, desde que no advierto la existencia de vicios con una entidad tal que permitan nulificar el fallo recurrido, el cual por ende, lo considero válido en su integridad.

Respondo por la negativa.

El doctor *Soumoulou* dijo:

Enterado en el acuerdo de la propuesta nulificatoria planteada por el Dr. Barbieri y en función de la solución que he de proponer al fondo de la cuestión y más allá de la errónea interpretación del artículo 277 inc. 2º del CP advertida por el colega, entiendo que la nulidad propugnada resulta insustancial en función del alcance que he de asignarle a la atipicidad que propongo, por lo que corresponde responder negativamente al interrogante.

Voto por la negativa.

El doctor *Barbieri* dijo:

Tras el análisis de la presente causa, el fallo recurrido y el recurso oportunamente deducido, considero que el veredicto debe ser anulado, por haberse incurrido en una errónea interpretación del tipo penal previsto por el artículo 277 inc. 2º del CP y en una arbitraria interpretación de los hechos, al considerar que la conducta analizada en autos devenía atípica.

Considero —por un lado— que ha existido una arbitraria aplicación del derecho vigente que deriva, entre otras razones, de una inadecuada interpretación del concepto de prueba —previsto en el tipo penal normado en el artículo 277 inc. 2º del CP—, que resultó determinante sobre la posición expresada por la Magistrada, respecto de la posibilidad de considerar al testimonio de la joven D., como un supuesto encuadrable en ese elemento típico. Ello ha tenido consecuencias decisivas, también, en su apreciación sobre la potencialidad de las conducta desplegada por la imputada para influir en el curso de acciones que podía seguir la testigo víctima, y para conllevar

a una alteración de la “prueba” en lo términos del artículo citado.

En ese sentido, no comparto el entendimiento de la Sra. Jueza en relación a que “...el testimonio ya se había producido...”; y, también, las consecuencias que de esa conclusión extrae. Como explicaré, los aspectos que se soslayan para arribar a esa conclusión la tornan arbitraria.

Así, señalo que se ha tenido por probado en la causa que el mensaje fue enviado por la imputada mientras el proceso, por el que se investigaba un hecho de abuso sexual denunciado por su hija, se encontraba en plena etapa investigativa. Por ello, el testimonio prestado por la víctima en aquella causa conformaba una pieza —sumamente relevante de por sí— del conjunto de evidencias en el que se basaba la hipótesis de la acusación y sobre el que se apoyaría cualquier tipo de decisión de la Fiscalía o requerimiento de los órganos jurisdiccionales (que se realizara en el curso de dicho proceso).

El contenido del testimonio de la damnificada era uno de los elementos de convicción que se sometería a consideración de los Jueces para la adopción de distintas decisiones, especialmente como prueba de la culpabilidad del acusado al momento de la —eventual— celebración del debate oral. Por esas razones, no resulta razonable entender que el testimonio de la víctima —cuya modificación se pretendía por parte de la imputada de autos— constituyera una prueba que “...ya se había producido...” con una primera declaración, dadas las consecuencias que sobre ella podrían tener nuevas manifestaciones de la testigo en las que se varíe su contenido.

Una modificación de su contenido conllevaría necesariamente una alteración sustancial de la decisión, al variar el conjunto de prueba que conformaba la investigación. Esa modificación, repercutiría necesariamente en el resultado de la valoración probatoria que de ese testimonio podría realizarse en las restantes decisiones que se adoptaren en el proceso. Máxime si, como se pretendía lograr mediante las acciones de la encartada, la testigo expresaba en una nueva declaración que se había “equivocado” al referenciar haber sufrido un abuso sexual por parte de la pareja de su madre (alterando el contenido de esa prueba testimonial).

Por esas razones, resulta arbitrario el razonamiento de la Jueza en cuanto consideró que “...el testimonio ya se habría producido...” y que por ello no correspondía analizar su posible encuadre como un caso de “alteración de prueba”, constitutivo del delito de encubrimiento.

Así, no puede descartarse —sin más— que el hecho de que la imputada le hubiera ofrecido dinero a su hija (testigo víctima y denunciante de un delito de abuso sexual) para que modifique su declaración expresándole —por un mensaje de texto—: “Te ofrezco 50.000 para que vayas mañana a decir que te equivocaste”, que esa conducta pudiera —razonablemente— encuadrar en un caso de tentativa de alteración de prueba relevante para ese proceso en los términos del artículo 277 inc. 2° en relación con el artículo 42 del CP.

Aclaro que con esa calificación no se afecta el principio de congruencia pues la plataforma fáctica se mantiene incólume. Como se entiende pacíficamente en doctrina y jurisprudencia: “...La calificación de los hechos probados constituye una materia que resulta de la esencia de la tarea jurisdiccional *'iura novit curia'*, por lo que no puede sostenerse perjuicio alguno para la defensa cuando el encuadre legal dado por el tribunal, se adapte a los hechos que se han tenido por probados. Solo en el caso de que el tribunal de mérito se aparte de ellos se verificaría una violación del principio de congruencia entre acusación y sentencia (arts. 359 y 374 del CPP) que podría atentar contra el derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional...” (TCPBA, LP 7326 RSD-633-4 S 16/12/2004, “P., D. F. s/ recurso de casación”. En idéntico sentido ver P 6984 RSD-860-2 S 17/12/2002 “K., A. s/ recurso de casación”; P 4393 RSD-389-2 S 03/12/2002, carátula: F., M. W. s/ recurso de casación”, P 57511 RSD-476-13 S 30/09/2013 “A., F. I. s/ recurso de casación”).

Por ello, en mi sentir debió dictarse la nulidad del veredicto, lo que ya resulta imposible por no haber logrado acompañamiento por el resto de mis colegas de Sala.

Tal es el alcance de mi sufragio.

2ª cuestión. — El doctor *Giambelluca* dijo:

El veredicto dictado a fs. 230/234 de esta causa, por la señora Juez en lo Correccional N° 3, doctora Susana González La Riva, que absolvió libremente de culpa y cargo a A. M. D. P., por el hecho que se le imputara como acaecido el día 22 de mayo de 2017 en Bahía Blanca y que fuera calificado como Encubrimiento agravado previsto por el artículo 277, inc. 3° del CP sin costas, fue apelado por la Agente Fiscal Marina Marcela Lara a fs. 236/242 vta.

El remedio fue interpuesto en debido tiempo y forma, conteniendo la indicación de los motivos de agravio y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento pasible de ser atacado por el medio elegido; de manera que resulta admisible (arts. 439, 441 —según ley 13.812— y 442 del CPP).

Sostiene la recurrente, a fs. 236/242 vta. que cuestiona la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por entender que existió una errónea interpretación de la normativa aplicable.

Asimismo, dicha funcionaria puso de manifiesto que consideraba que en la referida decisión se había incurrido en un absurdo valorativo al momento y como se mencionara, de la normativa aplicable, no habiéndose además cumplido con el extremo exigido por el artículo 371 del CPP por no haberse motivado debidamente el fallo puesto en jaque ahora ante esta Alzada.

A continuación la recurrente en lo esencial detalló sus agravios poniendo de manifiesto que dividía el cuadro expositivo en tres partes. En la primera de ellas se expidió a fs. 238 vta./240 respecto al tipo penal en juego aquí. Asimismo, en la segunda hizo lo propio a fs. 240 vta. respecto a la taxatividad del derecho penal, y por último en relación a las excusas absolutorias, sobre lo cual dio las razones de la inviabilidad de dichas excusas en el presente caso, concretamente a fs. 240 vta./242.

La parte apelante concluyó su recurso de apelación tras dar las explicaciones pertinentes sobre los agravios aludidos en el párrafo precedente, peticionando se revoque la sentencia dictada en la instancia de grado, y con el dictado de una nueva conforme a derecho y solicitando la sanción a la que se hace referencia a fs. 242 vta.

A su turno el señor Fiscal General Adjunto, doctor Julián Martínez Sebastián a fs. 246/248 vta. evacuó la vista conferida oportunamente sosteniendo en lo modular que mantenía el recurso deducido oportunamente por la señora Agente Fiscal y por compartir los argumentos que lo sustentaban y a los cuales en consecuencia daba por reproducidos.

Asimismo, el señor Fiscal General Adjunto Departamental, efectuó una serie de valoraciones similares a la del recurrente que en su conjunto le permitieron concluir en el sentido que consideraba por un lado que agravaba a ese Ministerio Público, la errónea interpretación de los tipos penales previstos por el artículo 277 del CP en que ha incurrido el veredicto absolutorio en autos así como la arbitrariedad evidenciada en la argumentación que motiva el decisorio en crisis, y por el otro que entendía que la prueba reunida devenía suficiente para tener por acreditado el hecho y la autoría de D. P. en el delito de encubrimiento calificado en los términos del artículo 277, inc. 3° del CP, con la consecuente revocación del fallo recurrido en cuanto absolvió libremente de culpa y cargo a A. M. D. P.

Adelanto desde ahora y por las razones que de inmediato expondré que el recurso tendrá andamiaje favorable.

Principio por decir que en el fallo recurrido, la absolución libre de culpa y cargo a A. M. D. P., lo fue por considerar que en el marco fáctico sí acreditado (materialidad ilícita) por la señora Juez *a quo*, concretamente a fs. 233 “*in fine/vta.*”, no se comprobó —según la señora Juez en lo Correccional—, en términos típicos respecto de la calificación que se hiciera conocer durante el proceso y por la que se formulara acusación.

De este modo, y despejado el primer extremo procesal acreditado —materialidad ilícita—, habré de abocarme al que resultó materia de agravio en función de la absolución decretada en la instancia de grado, concretamente el atingente a la atipicidad considerada en el presente hecho por parte de la señora Juez *a quo*.

Diré así que a mi entender y tras el análisis de la presente causa, el fallo recurrido y el recurso oportunamente deducido, arribo a la conclusión que asiste razón al apelante en cuanto a que por las razones que expondré, la sentencia recurrida debe ser revocada dada que estimo que en la misma se ha incurrido en un absurdo valorativo, haciendo así una errónea interpretación de los tipos penales previstos por el artículo 277 del CP, al considerar que la conducta analizada en autos devenía atípica.

Entiendo corresponde analizar en primer lugar el artículo 277 del CP en su inciso 1° apartado “a” donde expresamente reza “...será reprimido... el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiere participado: a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta...”

En relación a la figura legal en juego citada con antelación, cabe decir que se corresponde en el caso de un accionar que facilite o bien haga posible que el favorecido puede eludir las investigaciones o sustraerse a la acción de la autoridad, siendo factible incluir tanto el ocultamiento como la fuga, inclusive el autor del supuesto delictivo debe conocer así en relación a la existencia de un ilícito previo, y que está ayudando a eludir la acción de la justicia.

De esta forma, y en relación a lo precedentemente expuesto, es dable apreciar que el reproche considerado en la aludida norma está dirigido a dos conductas diferenciadas, o sea haber prestado ayuda para eludir las investigaciones de la autoridad, o para sustraerse de la acción de esta, requiriendo que aquella colaboración sea de índole material.

Descendiendo así al caso que ahora no ocupa, es dable apreciar que la señora A. M. D. P. envió un mensaje a su hija con el ofrecimiento de una suma de cincuenta mil pesos con el propósito de que esta última preste declaración con el fin de retractarse en el expediente en el que se condenó a M. H. como autor del ilícito de abuso sexual. Y entiendo que está aquí por lo tanto la acción material positiva y concreta que requiere el pre-citado tipo penal.

De esta forma, y dentro del referido contexto, la circunstancia que la joven A. D. no haya concurrido a la correspondiente Agencia Fiscal a prestar su testimonio y retractarse —tal como se señala a su vez a fs. 239 vta.— no invalida ni desmerece la correspondiente acreditación de la materialidad ilícita, desde que el evento quedó consumado con el ofrecimiento dinerario.

Asimismo es dable señalar que el tipo penal de encubrimiento evaluado en su faz subjetiva exige la existencia de un dolo directo, el cual se traduce en el efectivo conocimiento de todos los elementos que integran la tipicidad objetiva y a su vez, la voluntad direccionada a beneficiar al favorecido, para de esta forma, entorpecer la acción de la justicia.

Cabe decir además, que resultaría ilógico pensar a su vez que el respectivo ofrecimiento dinerario con el fin de que la víctima declare, deviene ser una conducta inidónea en términos típicos para conllevar que el prevenido eluda el actuar de la justicia.

Entiendo también, que cierto es lo expuesto por la recurrente al deducir su apelación, cuando a fs. 240 señala que la señora Juez *a quo* incorpora una exigencia no prevista en la figura penal en cuestión, al requerir que el modo de colaboración relevante en términos típicos debe ser aquel que permita eludir “físicamente” el actuar de la justicia.

De esta forma y por lo dicho considero que en este particular caso el accionar de la encausada de autos quedó subsumido dentro del encuadre típico que se viene analizando.

Que siendo así, y tras considerar en función de lo expuesto, la acreditación de la tipicidad del accionar desplegado dentro de la normativa referenciada, habré de decir también que debe tenerse en consideración que el ilícito de encubrimiento exige como sabido es, la existencia de un delito anterior, la intervención del sujeto activo con ulterioridad al ilícito preexistente del que no ha participado, y la realización de determinadas conductas ilícitas, resultando estos extremos que entiendo se han verificado en autos.

Cabe dejar sentado también que el delito de favorecimiento no exige verificación de ningún resultado,

sino que al tratarse de un ilícito de mera actividad y de peligro instantáneo y concreto, exige solamente la efectivización de las acciones descriptas con antelación.

Despejada así la precedente cuestión atingente a la tipicidad, la cual a mi criterio y por lo ya dicho quedó acreditada en autos, habré de decir también que el extremo autoral quedó a su vez debidamente probado en este expediente y al igual que la materialidad ilícita (descripta y detallada por la señora Juez *a quo* a fs. 233 “in fine/vta.”) en función de la prueba colectada, y en esencia por los propios mensajes enviados y de los que se da cuenta oportunamente a fs. 233 vta. por parte de la señora Juez *a quo* —y adonde ahora “brevitatis causa” me remito—, circunstancia en la que dicha Magistrada dio por acreditado el respectivo marco fáctico.

Dicha prueba, entiendo determinante, no fue no obstante y tal como se explica a fs. 231 vta., materia de contradictorio.

Concretamente, y además en relación a lo expuesto en el párrafo precedente, la señora Magistrada de Grado dejó sentado a fs. 231 vta. que “...Ello fue reconocido por la imputada, quien a su vez se lo contó a la testigo R. y también se corresponde con los elementos documentales que se incorporaran por lectura al juicio...”

La citada testigo A. G. R. prestó así testimonio en el debate, y del mismo se da cuenta a fs. 231/vta. de las presentes actuaciones (arts. 209 y 210 del CPP).

Por último y en relación a la cuestión pertinente a las excusas absolutorias enmarcadas dentro de la normativa del artículo 277 inc. 4° del CP, habré de decir que estimo que la matriz fáctica del presente hecho materia de investigación no deviene subsumible en ninguna de las excusas mencionadas y tipificadas dentro de la norma mencionada, desde que hay que apreciar la taxatividad que rige en nuestro ordenamiento penal.

Específicamente la norma en cuestión determina de modo expreso “...Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud...”

En este orden de conceptos, entiendo no es posible subsumir la figura con concubino en ninguno de los supuestos previstos por el artículo en cuestión, sin incurrir así en una análoga interpretación, todo lo cual en función de lo ya dicho, se encuentra prohibido en materia penal.

Entiendo que corresponde adicionar además a lo expuesto en el párrafo precedente, que no correspondería pertinente efectuar una extensiva aplicación de la citada excusa absolutoria allí prevista al actual evento, cuando la víctima del delito encubierto, resulta ser la hija de la prevenida en los presentes actuados.

Antes de concluir en relación a dicho tema, habré de decir que a la observación de la señora Juez *a quo* de fs. 233 vta. respecto a que la acusación no se hizo cargo de la excusa absolutoria del art. 277 inc. 4°, dicha parte se hizo cargo de dar respuesta a ello a fs. 240 vta. cuando expresamente manifestó que “...la razón por la que no “atendí” a esta cuestión fue debido a que no considero que la matriz fáctica del presente caso sea subsumible en ninguna de las excusas absolutorias previstas en la mentada norma. Digo esto atendiendo a la taxatividad que rige nuestro ordenamiento penal...”

Por todo lo expuesto considero que el recurso Fiscal debe prosperar, y estimar así que la resolución recurrida debe ser revocada en función de lo ya expuesto precedentemente, y dado que entiendo que se encuentran así debidamente acreditadas las exigencias del tipo penal en cuestión, y materia de tratamiento ante esta Alzada.

En función de lo dicho estimo que en autos quedaron debidamente acreditado (arts. 209 y 210 del CPP), los diferentes extremos procesales de rigor evaluados con antelación, y dentro de la figura penal típica acuñada en el artículo 277 inc. 1° apartado a) del CP, y sin dejar de considerar procedente también la normativa a la que se viene haciendo referencia en el expediente, concretamente la del artículo 277 inc. 3° (inc. a) que trata del delito de encubrimiento calificado, que resulta ser un agravamiento de la figura básica (en este caso, la del citado art. 277 inc. 1° a)), todo lo cual se compadece así con lo acontecido en el presente hecho materia de estudio, no apreciando por otra parte que dichas normativas por su propia correlación, pudieran evidenciar que a la prevenida de autos se la hubiera ubicado en una situación tal de tener que defenderse de múltiples figuras previstas en el mencionado artículo, como lo refiere la señora Juez *a quo* a fs. 232 vta. y todo ello desde que el hecho bajo análisis aquí, en concreto, no ha variado en su nuda puridad fáctica.

Por ello y habiendo resultado materia de cuestionamiento aquí, el tema atingente a la tipicidad, entiendo corresponde hacer lugar al recurso de apelación, revocando el veredicto absolutorio y disponiendo el reenvío de las actuaciones a la instancia de grado para que, mediante la reedición de los actos procesales pertinentes, resuelva las cuestiones pendientes.

Con este alcance, doy mi voto por la negativa.

El doctor *Soumoulou* dijo:

No voy a acompañar al colega que abre el acuerdo, en tanto entiendo que la conducta imputada, tal como fue descripta, resulta atípica en los términos de los arts. 277 inc. 1°, ap.° a” e inc. 3°, ap. “a” del CP.

En el hecho atribuido por la representante del ministerio público fiscal y en lo que resulta de interés para el caso, se le atribuye a la encartada haber ayudado a su pareja a eludir la investigación de la autoridad, al ofrecerle una compensación económica a su hija para que sostenga haberse equivocado respecto a la denuncia que había formulado la misma contra aquel por la comisión de delitos de abuso sexual en su perjuicio.

Mediante la utilización de whatsapp, concretamente le ofreció la suma de \$50.000 para que se presentase ante la autoridad correspondiente y dijese que se había equivocado en lo concerniente a su denuncia contra M. L. H.

Ahora bien. El tipo objetivo descripto en la acusación fiscal, conocido como favorecimiento personal, implica respecto al término ayudar, toda conducta que facilite o posibilite que una persona eluda la investigación de la autoridad o se sustraiga a la acción de ella, aunque esta ayuda no logre el fin (cfme. Edgardo A. Donna, Derecho Penal, Parte Especial, T. III, p. 480).

En ese contexto, eludir dice el autor citado, “significa desviar las investigaciones de la autoridad, cuando estas intentan establecer quienes son los autores o partícipes del hecho...” (ob. cit., p. 481).

En ese aspecto, la conducta punible requiere un hacer, una acción, algo positivo y además que sea idóneo para conseguir el fin que se ha propuesto, sostiene Edgardo Donna en la obra citada, p. 480.

Así las cosas, soy de la opinión que el hecho imputado resulta atípico en los términos formulados, pues no existió la realización de una conducta positiva con el alcance expuesto precedentemente, sino antes bien, un soborno en función de lo prescripto por el artículo 276 del CP, el que también resulta atípico, pues el testimonio de la joven A. D., no llegó a concretarse con los alcances queridos por la imputada.

Es que el sobornante solo es castigado si se comete el falso testimonio. De lo contrario queda impune, ya que no hay un tipo penal independiente como en el cohecho (Edgardo Donna, ob. cit. p. 458).

Nada más para decir sobre el asunto. En consecuencia, voto por la afirmativa.

El doctor *Barbieri* dijo:

Que habiendo resultado perdidosa mi propuesta inicial, ahora voy a adherir a la efectuada por el doctor *Giambelluca*.

Como lo refiere, la conducta imputada a A. d. P. resulta típica de la figura prevista en el artículo 277 inc. 1° apartado a) del CP; sin dejar de referenciar que también podrían haberse tenido en cuenta la previsión citada por el Dr. Pablo Soumoulou como así también la normada en el artículo 149 bis segundo párrafo del mismo Cuerpo Legal; más allá de no referir en qué forma concursarían, análisis que omito ante la falta de descripción en los actos de intimación.

Reitero que considero típica de la figura del encubrimiento por favorecimiento personal, el haber ayudado —D. P.— a “alguien” a eludir las investigaciones de la autoridad: al procurar que M. H. no sea responsabilizado por el hecho por el que ya estaba siendo investigado.

Con esos alcances adhiero al sufragio emitido por el Dr. Guillermo Giambelluca, sin perjuicio de que no me expediré en cuanto al análisis que efectuara sobre la posibilidad de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el mismo artículo 277 del CP inciso 4to., debido a que ello no fue planteado en la instancia de origen, siendo que el reenvío que estamos acordando (con este límite), conllevará la posibilidad de que ello sea planteado en forma originaria ante el nuevo juez actuante, con la posibilidad de revisión por parte de la Alzada (en caso de que ello fuera necesario).

Así lo voto.

3ª cuestión. — El doctor *Giambelluca* dijo:

Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar las cuestiones anteriores, corresponde —por mayoría de opiniones— declarar que no es nulo el fallo recurrido y hacer lugar al recurso de apelación, revocando el veredicto absolutorio por resultar típica de la figura prevista en el artículo 277 inc. 1° apartado a) del CP, la conducta imputada a A. d. P., y disponiendo el reenvío de las actuaciones a la instancia de grado para que, mediante la reedición de los actos procesales pertinentes, resuelva las cuestiones pendientes.

Así lo voto.

El doctor *Soumoulou* dijo:

Adhiero a la propuesta del doctor *Giambelluca*, votando en idéntico sentido.

El doctor *Soumoulou* dijo:

Adhiero al sufragio del doctor *Giambelluca*, respondiendo de la misma manera.

Por ello, este Tribunal, resuelve: declarar que no es nulo el fallo recurrido y hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Sra. Agente Fiscal, Dra. Marina Lara, revocando en consecuencia el veredicto absolutorio, por resultar típica de la figura prevista en el artículo 277 inc. 1ro. apartado a) del CP la conducta imputada a A. d. P., y disponiendo el reenvío de las actuaciones a la instancia de grado para que, mediante la reedición de los actos procesales pertinentes, resuelva las cuestiones pendientes. (arts. 106, 209, 210, 373 y cctes. del CPP). Notificar al Ministerio Público Fiscal. Hecho remitir a la instancia donde deberán practicarse las restantes notificaciones. — *Guillermo A. Giambelluca*. — *Pablo H. Soumoulou* (en disidencia). — *Gustavo Á. Barbieri*.

La figura de encubrimiento por favorecimiento personal

Reflexiones sobre su tipicidad

María Celeste López Woites

Sumario: I. Introducción.— II. El planteo de la recurrente.— III. El fallo.— IV. Nuestra opinión.— V. Conclusiones.

I. Introducción

En un reciente fallo pronunciado el 27 de diciembre de 2019 por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Bahía Blanca, en IPP N° 16.791 caratulada “D. P., A. M. por encubrimiento calificado en Bahía Blanca” se resolvió revocar el veredicto absolutorio que fuera recurrido por la Sra. Agente Fiscal, Dra. Marina Marcela Lara, por entender que la conducta llevada a cabo por la imputada de autos resultaba típica de la figura de encubrimiento, prevista en el art. 277 del Cód. Penal.

Los hechos atribuidos consistieron en el envío de un mensaje de texto a su hija ofreciéndole una importante suma de dinero a fin de que ella modificara su declaración en el marco de un proceso penal en el que la joven denunciara haber sido víctima de abuso sexual por parte del concubino de la encartada, con clara intención de alterar una prueba relevante en el proceso principal.

Sostendremos en las siguientes reflexiones que la conducta desplegada por la imputada resulta típica, por cumplir con todos los presupuestos del tipo penal previsto en el art. 277, inciso 1°, apartado C, desde que no resulta exigible para ello, y para tenerse por consumado el ilícito, que efectivamente se produzca el perjuicio contra la Administración de Justicia, por tratarse el encubrimiento por favorecimiento personal de un delito de mera actividad y de peligro instantáneo y concreto.

II. El planteo de la recurrente

Conforme surge de los antecedentes reseñados en el fallo en cuestión, la Sra. Agente Fiscal cuestionó el veredicto absolutorio dictado en primera instancia, por entender que existió una errónea interpretación de la normativa aplicable, incurriéndose asimismo en un absurdo valorativo, y por haber incumplido con el deber de motivación exigido por el art. 371 del Código adjetivo.

Sus agravios fueron expuestos en tres partes: la primera expidiéndose respecto del tipo penal en cuestión; la segunda sobre la taxatividad del derecho penal, y la última respecto a la inviabilidad de las excusas absolutorias en el caso concreto.

El Sr. fiscal general adjunto, el Dr. Julián Martínez Sebastián, mantuvo el recurso deducido ante la Alzada, compartiendo los argumentos esgrimidos por la representante fiscal de la instancia, y agregando que la prueba reunida devenía suficiente para tenerse por acreditado el hecho y la autoría en el delito de encubrimiento calificado en los términos del art. 277, inciso 3°, apartado a) del Código fondal, más sin especificar a qué figura básica de las contenidas en el inciso 1° correspondía la aplicación de la agravante por la gravedad del delito precedente.

III. El fallo

En este punto pondremos de resalto ciertas irregularidades advertidas en el resolutorio que impiden un acabado análisis de las cuestiones tratadas.

En primer término, no surgen de la sentencia en cuestión los antecedentes de la causa en la que se estaría resolviendo, como tampoco los del delito encubierto, que colegimos se trató de un abuso sexual, sin más datos posibles, los que parecen imprescindibles a fin de que esta pueda autoabastecerse sin recurrir a otras piezas judiciales, y que el lector pueda comprender más acabadamente lo que se está resolviendo.

En relación con las cuestiones planteadas para resolver, no se desprende si la posible nulidad de la primera cuestión fue producto de un planteo de la recurrente, o a propuesta de alguno de los magistrados intervinientes.

Ahora bien, adentrándonos en la sentencia, se advierte que con el voto del Dr. Giambelluca, al que adhiriera el Dr. Soumoulou, el Tribunal sostuvo como primera cuestión, que el decisorio recurrido no debía ser declarado nulo en virtud de no apreciarse vicios con una entidad tal que permitieran nulificarlo.

Por su parte, en minoría, el Dr. Barbieri entendió que el veredicto debía ser anulado por haberse incurrido en una errónea interpretación del tipo penal previsto por el art. 277, inciso 2° —interpretando que la norma a la que se estaba refiriendo no era tal, sino la contenida en el inciso 1° apartado b)— del Cód. Penal y en una arbitraria interpretación de los hechos al considerar que la conducta analizada devenía atípica.

Para ello, analizó la figura allí prevista, esto es “alterar o ayudar a alterar la prueba” y consideró que existió una arbitraria aplicación del derecho vigente, que derivaba de una inadecuada interpretación del vocablo “prueba”, lo que tuviera consecuencias decisivas para decidir sobre la potencialidad de la conducta imputada para que se produzca una efectiva alteración de la prueba en los términos del artículo citado.

Continuó expresando su disconformidad con el entendimiento de la juez de grado en relación a que “...el testimonio ya se había producido...”, toda vez que se tuvo por probado en la causa que el mensaje enviado por la imputada a su hija se produjo durante la etapa investigativa, y por tal motivo el testimonio prestado por la víctima en aquella causa conformaba una pieza sumamente relevante de por sí del conjunto de evidencias en el que se basaba la acusación y

sobre el que se apoyaría cualquier tipo de decisión, y por tal razón entendió que no resultaba razonable concluir que el testimonio de la joven —cuya modificación se pretendía por parte de la imputada de autos— constituyera una prueba ya producida, con una primera declaración, dadas las consecuencias que sobre ella podrían tener nuevas manifestaciones de la testigo en que varíe su contenido.

Entendió el magistrado al que se viene haciendo referencia que dicha modificación repercutiría necesariamente en el resultado de la valoración probatoria que de ese testimonio podía realizarse en las restantes decisiones a adoptarse. No descartó la posibilidad de encuadrar su conducta en un caso de *tentativa de alteración de prueba relevante*, en los términos del art. 277, inciso 2° en relación con el art. 42 del Cód. Penal. Una vez más aquí se advierte lo que parecería ser un error en la subsunción legal realizada por el juez, cuando debió referirse al inciso 1° apartado b). No obstante, dicho planteo nulificadorio no ha prosperado en virtud de no haber logrado el acompañamiento de sus colegas en esta cuestión. Por lo tanto, no nos detendremos en ella.

Como segunda cuestión se planteó el Tribunal si el veredicto apelado devenía justo, y nuevamente la respuesta se encontró dividida, respondiendo por la negativa una mayoría integrada por el Dr. Giambelluca quien abriera el acuerdo, acompañado en esta oportunidad por el Dr. Barbieri.

Comienza su exposición el magistrado efectuando un racconto escueto de los antecedentes de la causa, como así también de los agravios formulados por el recurrente, de un modo genérico, sin ahondar demasiado en ellos, sobre todo cuando se menciona una solicitud de “sanción a la que se hace referencia a fs. 242 vta.”, no pudiendo identificarse a lo que se está refiriendo concretamente; entendiendo que es de buena práctica identificar cada planteo esbozado por quien interpone una apelación, por constituir el límite de la competencia asignada a un tribunal de alzada.

Inicia el magistrado su voto adelantando que el recurso tendrá favorable acogida por entender que en el veredicto dictado se incurrió en un absurdo valorativo, haciéndose una errónea in-

interpretación de los tipos penales previstos en el art. 277 del Cód. Penal.

Analiza en primer lugar la figura prevista en el primer inciso, en su apartado a), que se corresponde a un accionar que facilite o haga posible que el favorecido pueda eludir las investigaciones o sustraerse a la acción de la autoridad.

Señala que la acción material y concreta que requiere el tipo penal consistió en el envío de un mensaje de texto por parte de la imputada a su hija, con el ofrecimiento de la suma de pesos cincuenta mil (\$50.000,00) con el propósito de que la joven preste nueva declaración retractándose en el expediente en el que se condenara a su pareja como autor de abuso sexual.

Destaca que la circunstancia de que la joven no haya concurrido a prestar declaración para retractarse, no invalida ni desmerece la correspondiente acreditación de la materialidad ilícita, quedando consumado el evento con el ofrecimiento dinerario, por tratarse de un ilícito de mera actividad y de peligro instantáneo y concreto.

Expresa el magistrado que asiste razón a la recurrente cuando señala que la señora jueza *a quo* incorporó una exigencia no prevista en la figura penal en cuestión, al requerir que el modo de colaboración relevante en términos típicos debe ser aquel que permita eludir “físicamente” el actuar de la justicia.

Concluye, respecto de la tipicidad, que todos sus extremos fueron acreditados en la causa, esto es: la existencia de un delito anterior, la intervención del sujeto activo con ulterioridad al ilícito preexistente del que no ha participado, y la realización de determinadas conductas ilícitas que fueran ya analizadas, destacando que la figura de favorecimiento no exige la verificación de ningún resultado, sino solo la efectivización de las acciones descriptas.

Continúa luego analizando los demás extremos exigidos para tener por acreditado con la prueba reunida, la que menciona, tanto el marco fáctico como el extremo autoral, que, según destaca, no fuera materia de contradictorio.

Finalmente se expide la magistratura respecto de la imposibilidad de aplicación de la ex-

cusar absolutoria contenida en el inciso 4° de la norma a la que se viene haciendo referencia, en virtud de entender que la enunciación de las personas alcanzadas por esta, resulta taxativa, no siendo subsumible la figura del concubino en ninguna de ellas, sin incurrir en una analógica interpretación —prohibida en materia penal—, y poniendo de relieve asimismo el parentesco existente con la víctima del delito encubierto.

En relación con la aplicación de la agravante contenida en el inciso 3, apartado a), entendió el juez de la Alzada que se trata de un agravamiento de la figura básica que se venía analizando, y su aplicación se compadece con lo acontecido en el hecho materia de estudio, no implicando ello la necesidad de la imputada de defenderse de múltiples figuras como sostuvo la Sra. jueza de la instancia, toda vez que el hecho en análisis, en concreto, no varió en su puridad fáctica.

Por su parte el Dr. Barbieri adhirió a los fundamentos esgrimidos por su colega entendiendo que la conducta imputada resultaba típica de la figura prevista en el art. 277, inciso 1°, apartado a), del Cód. Penal, para continuar referenciando que también podrían haberse considerado las previsiones del art. 276 que propusiera al acuerdo el Dr. Soumoulou —sobre el que luego volveremos—, y del art. 149 *bis*, segundo párrafo, omitiendo su análisis ante la falta de descripción de los actos de intimidación.

Respecto a las excusas absolutorias entendió que no correspondía expedirse al no haber sido planteado este extremo en la instancia de origen, encontrando la defensa la posibilidad de hacerlo en forma originaria ante el nuevo juez, conforme el reenvío que se propusiera en el acuerdo.

El Dr. Soumoulou, en soledad, se expidió por la atipicidad de la conducta atribuida a la imputada en los términos del art. 277, inciso 1°, apartado a), e inciso 3°, apartado a), por entender que el tipo objetivo descrito en la acusación, conocido como favorecimiento personal, implica toda conducta que facilite o posibilite que una persona eluda la investigación de la autoridad o se sustraiga de la acción de ella, aunque esta ayuda no logre el fin. Y en ese contexto, “eludir” con el alcance otorgado por Edgardo Don-

na (1), “significa desviar las investigaciones de la autoridad, cuando estas intentan establecer quienes son los autores o partícipes del hecho...”, concluyendo que la conducta punible requiere un hacer, una acción positiva, y que además sea idónea para conseguir el fin propuesto.

Finaliza expresando que no existió la realización de una conducta positiva con el alcance expuesto, sino antes bien un soborno en función de lo prescripto por el art. 276 del Cód. Penal, el que también deviene atípico al no haberse concretado el testimonio de la joven con los alcances queridos por la imputada, y el sobornante solo puede ser castigado si se comete el falso testimonio, de lo contrario resulte impune.

IV. Nuestra opinión

A nuestro criterio la conducta desplegada por la imputada de autos queda inserta en la figura del art. 277, inciso 1°, apartado a), del Cód. Penal, por cumplir con todos los presupuestos típicos de la figura de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento personal, con la posible aplicación de la agravante contenida en el inciso 3°, apartado a), sin afectación alguna al derecho de defensa de la encartada.

Del mismo modo creemos que el inciso 4° no resulta de aplicación al caso de autos, por la taxatividad de la norma, y la prohibición de analogía en materia penal —volveremos sobre este punto más adelante—.

Para ello pasaremos a analizar los elementos típicos que requiere la figura del encubrimiento, el que presenta ciertas características y particularidades que entendemos corresponde sean aclaradas.

En primer término, y no obstante las sucesivas modificaciones que ha sufrido la previsión legal que regula este delito, podemos concluir que el *bien jurídico tutelado* es la Administración pública en general, y la Administración de Justicia en particular, sin desconocerse por ello la importancia que reviste el bien jurídico perturbado por el delito que se encubre.

Autores como Scimé (2) o Fontán Balestra (3) entienden que el encubrimiento al requerir la comisión de otro delito anterior se convierte en un obstáculo para alcanzar la autonomía y determinar correctamente el bien jurídico lesionado.

Por su parte la doctrina mayoritaria, entre los que podemos mencionar a doctrinarios como Soler, Dayenoff y Koffman (4), Arce Aggeo y Báez (5), Núñez (6), Creus, Riquert (7), D'Alessio (8) y Aboso (9) son contestes en identificar a la Administración Pública en general y a la Administración de Justicia en particular como el bien jurídico protegido por esta figura, en tanto su comisión interfiere o entorpece la acción funcional investigadora policial o judicial dirigida a comprobar la existencia de un delito, identificar y reprimir a sus responsables.

Nuestra Corte Suprema también entendió que el encubrimiento afecta a la Administración de justicia (10).

Ahora bien, existen dos posibilidades para legislar este tipo de conductas: como una forma específica de participación criminal, también conocida como “complicidad posdelictiva”, y que fuera objeto de numerosas críticas —en las que no nos detendremos por no constituir el ob-

(2) SCIMÉ, ob. cit., p. 118.

(3) FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 439.

(4) DAYENOFF, David Elbio - KOFFMAN, Héctor A., “Cód. Penal comentado. Anotado con jurisprudencia”, Ed. García Alonso, p. 600.

(5) ARCE AGGEO, Miguel A. - BÁEZ, Julio C., “Código Penal comentado y anotado”. Ed. Cathedra Jurídica, Parte Especial, T. 3, p. 1358.

(6) NÚÑEZ, ob. cit., p. 175.

(7) RIQUERT, Marcelo Alfredo, “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”. Ed. Erreius, T. III, p. 2144.

(8) D'ALESSIO, Andrés José, “Código Penal de la Nación comentado y anotado”. Ed. La Ley, Parte Especial, T. II, p. 1385.

(9) ABOSO, Gustavo Eduardo, “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia”, Ed. BdeF, p. 1391.

(10) CS, Fallos: 300:884; o bien en “Daguerre, Omar y otro”, 29/03/1998, LA LEY, 1989-C, 656, o “Del Ribero, Faibán”, 27/02/1996, LA LEY, 1996-C, 669.

(1) Derecho Penal, Parte Especial, T. III, p. 480.

jeto de análisis del presente—; o bien como figura autónoma dentro de un título específico de la parte especial, como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, y en muchos otros modernamente.

De todos modos, tal autonomía resulta relativa, ya que la existencia de un ilícito previo constituye un presupuesto de su configuración, y las agravantes también han sido determinadas en función del delito que se encubre, como se advierte en el inciso 3°, apartado a) de la norma.

En el fallo analizado queda en evidencia que la conducta desplegada por la imputada se encontró dirigida no solo a burlar la Administración de Justicia, procurando la impunidad de su concubino, sino en forma conjunta con el bien jurídico afectado por el delito previo, al mencionarse la gravedad de este —ante la posible aplicación de la agravante del inciso 3—, sino también por el vínculo materno que unía a la imputada con la denunciante del abuso sexual contra la pareja de la primera.

Se advierte en la imputada una clara intención de afectar la Administración de Justicia, y un evidente desprecio hacia el bien jurídico protegido en el hecho principal. Ambos bienes jurídicos han sido considerados al analizar el accionar delictivo, por lo que no obstante la autonomía de la figura del encubrimiento, podemos nuevamente indicar que esta deviene relativa, en el caso concreto.

IV.1. Presupuestos generales

- *Delito previo*: en este punto cabe hacer notar que el vocablo “delito” utilizado por el legislador puede generar algunas confusiones y diferentes interpretaciones al respecto, entendiendo de mala técnica legislativa la utilización de términos indeterminados como este.

En general la doctrina admite que dicho vocablo abarca a cualquiera de los delitos previstos en el Código Penal y Leyes Especiales —aunque Núñez deja afuera a estas últimas en franca minoría—, y puede serlo en cualquier grado de participación (autor, coautor, partícipe primario o secundario), consumado o tentado, de forma dolosa, culposa e incluso preterintencional.

Sin embargo, el término delito puede ser entendido bien como una referencia al catálogo de delitos, o bien como a una acción típica, antijurídica y culpable, conforme la clásica definición de la doctrina. Entendemos que por aplicación de los principios de *ultima ratio* y *pro homine* debe privilegiarse a esta última. Dicha inteligencia resulta ser la más restrictiva respecto a los alcances de la punibilidad. Nada autoriza a sostener que el concepto funciona en esta norma como sinónimo de “injusto penal”.

No obstante, autores como Creus, Núñez y Soler (11) entienden que basta el despliegue de un hecho penalmente típico para tener por configurada esta exigencia al sostener que las causales de justificación o de inculpabilidad y las excusas absolutorias beneficiarían al sujeto favorecido más no al encubridor, por cuanto “...la existencia de un hecho ilícito pero justificado o inculpable también requiere ser investigado para acreditar esos extremos y el encubrimiento puede entorpecer esa investigación”. Otro sector de la doctrina, en la que se enrolan Buompadre y Donna (12), desde una perspectiva más restrictiva, entiende que si el hecho previo, además de típico, no es antijurídico, su encubrimiento no puede ser reprimido, verificándose entonces este presupuesto del delito previo con la comprobación de un injusto penal.

También se ha planteado la posibilidad de exigir que el delito previo esté comprobado en una sentencia firme, más entendemos junto a una doctrina casi unánime que ello no puede requerirse, sino que solo deberá alcanzarse —en el proceso por encubrimiento— la certeza de que el delito precedente efectivamente existió, y puede obtenerse con cualquier elemento probatorio suficiente para formar convicción en el juzgador según las reglas de la sana crítica. Así ha sido resuelto jurisprudencialmente (13).

En el fallo en cuestión se hace alusión a que el imputado por abuso sexual, habría sido condenado, más lo cierto es que de la sentencia ana-

(11) RIQUERT, Marcelo Alfredo, “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, Ed. Erreius, T. III. p. 2148.

(12) DONNA, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”. Ed. Rubinzal- Culzoni, 2001, T. 3, p. 473.

(13) TCPBA, Sala 2, 12/6/2007, c. 22.775, “F. SA”,

lizada podemos inferir con muy bajo margen de duda, que la presente causa por encubrimiento seguida a la imputada de autos habría tenido inicio con anterioridad a la sentencia que recayera sobre su pareja en forma posterior (desconociendo las fechas de inicio de la presente, como así también de la condena recaída en el proceso del delito precedente y que fuera mencionada por el Dr. Giambelluca en su voto).

En este extremo es nuestra convicción que aún en el caso de no haberse dictado sentencia de condena, no obra duda que al menos la persona favorecida por el encubrimiento se encontraba —al inicio de la presente— siendo procesada e investigada por la comisión de un delito contra la integridad sexual, entendiendo innecesario efectuar mayor análisis al respecto, por cuanto tan solo deberá alcanzarse la certeza de que el ilícito efectivamente existió, y puede obtenerse con cualquier elemento probatorio, conforme fuera sostenido precedentemente.

- *Intervención del sujeto activo con posterioridad al delito preexistente y ausencia de participación*: también conocido como elemento negativo. Siempre media un favorecimiento a un tercero, aunque en algunas ocasiones esa conducta represente un beneficio adicional para el propio encubridor.

En el pronunciamiento se ha tenido por acreditada la materialidad delictiva del encubrimiento por la Sra. juez de primera instancia mediante la declaración, conforme expusiera el Dr. Giambelluca en su voto, haciendo referencia al marco fáctico descripto a fs. 233 *in fine*/vta., no siendo objeto de contradictorio la existencia del envío del mensaje de texto de la imputada a su hija, conforme fuera por esta reconocido, como también por la testigo Rojo, quien depusiera en forma conteste en el debate, dando cuenta de ello las actuaciones de fs. 231/vta..

Asimismo, no surge del pronunciamiento analizado que la imputada haya participado en el delito contra la integridad sexual que encubriera, por lo que este presupuesto también se encuentra satisfecho.

- *Inexistencia de promesa anterior*: por cuanto la promesa anterior caracteriza a la complicidad secundaria. Aquí no se ha alegado ni mucho menos acreditado tal extremo, por lo que no co-

rresponde inferir que haya existido promesa de ningún tipo de la imputada hacia su concubino.

IV.2. Modalidad comisiva por favorecimiento personal

- *Tipo objetivo*: la acción desplegada tiende a beneficiar a otro en forma personal, ayudando a alguien a evadir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse de la acción de esta.

Presupone cierta idoneidad de los actos de colaboración para alcanzar la finalidad propuesta. Se trata de actos positivos traducidos materialmente en “hacer algo”, y por tanto los apoyos de índole moral, las manifestaciones de solidaridad, los simples consejos, los silencios o las actitudes meramente omisivas no quedan comprendidas en la conducta exigida por la norma (14).

El sujeto favorecido no necesariamente tiene que ser el delincuente, ya que la ley ahora se conforma con que se trate de alguien, sin mayores precisiones, quedando alcanzados los sujetos condenados, los imputados en el marco de un proceso penal y también aquellos sobre quien pudiera recaer una fundada sospecha de participación en el delito previo.

La jurisprudencia ha dicho que “...el favorecido puede ser condenado, imputado, sospechoso, sometido a proceso o rebelde. La acción consiste en favorecerlo a eludir cualquier investigación sobre su persona... sin que importe que en un futuro la persona favorecida pueda ser declarada no culpable, ni que la acción sea fructífera, siendo suficiente que sea adecuada, idónea, aunque no se logre el fin procurado por quien actuara a sabiendas de que ocultaba a otro para eludir la investigación” (15).

Se trata de un delito de mera actividad, como ya se sostuviera, de peligro instantáneo, por lo tanto, su consumación se produce con el acto de brindar ayuda, no obstante que dicha colaboración efectivamente desvíe el curso de la investigación o logre desvincular al sujeto encubierto del accionar de la justicia.

(14) RIQUERT, Marcelo Alfredo, “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”. T. III, p. 2153.

(15) TCPBA, Sala 3, 6/05/2010, c. 35883, “D., D. O.”,

En el fallo fue considerado como un acto material positivo el envío del mensaje de texto de la imputada a su hija, ofreciéndole una suma de dinero a fin que modifique su declaración en la causa seguida a su concubino a fin de favorecerlo personalmente, dejando sentado que al tratarse de un delito de mera actividad y de peligro, la circunstancia de no haber concurrido la joven a modificar su declaración, no impide tener por configurada la acción típica de la figura del encubrimiento, la cual no requiere la obtención de resultado alguno.

En este extremo debemos discrepar de lo manifestado en su voto, por el Dr. Soumoulou en su disidencia, al resolver la atipicidad del accionar desplegado, argumentando para ello en que la conducta analizada no implicó la realización de una conducta positiva con el alcance expuesto por Edgardo Donna, toda vez que no puede sostenerse fundadamente que el envío de un mensaje constituya una acción positiva, un hacer algo, idóneo para conseguir el fin propuesto.

La idoneidad del accionar desplegado por la encartada de autos debe analizarse *ex ante*, y no *ex post*, luego de la sentencia condenatoria dictada contra el sujeto encubierto, o utilizando una expresión coloquial pero sumamente gráfica, “con el diario del lunes”, del que puede inferirse sin lugar a duda que la joven hizo caso omiso al ofrecimiento de dinero por parte de su progenitora para que concurra a retractarse en su declaración. Mas ello no implica *per se* que la conducta desplegada no pueda considerarse idónea para lograr el fin propuesto, debiendo quitar del foco de análisis el resultado efectivamente obtenido o no, como ya sostuviéramos por tratarse de un delito de mera actividad que no requiere exteriorización de resultado alguno. Precisamente lo que exige el art. 277, inc. 1° es prestar ayuda a alguien para eludir las investigaciones, lo que no significa que la ayuda sea exitosa. En este caso, la ayuda, aunque ineficaz, fue suficiente para colocar a la imputada en el supuesto de la figura típica.

Destacamos que el accionar de la imputada se vio concretado, no pudiendo interpretarse sin más que se haya tratado de un mero apoyo moral o acto solidario con su pareja ante la imputación que sobre este pesaba, cuando es la propia encartada, y la testigo mencionada quie-

nes reconocieran la conducta desplegada. Cabe preguntarse: ¿en qué consistiría entonces una acción positiva para eludir las investigaciones? Para ello proponemos pensar en el supuesto de que la joven hubiera decidido prestar una nueva declaración retractándose respecto al abuso sexual denunciado, ¿no podríamos afirmar sin duda alguna que la acción ilícita entorpeció la investigación del hecho denunciado para comprobar la existencia de este e identificar a su responsable? La respuesta con alta probabilidad vendría afirmativa, entonces, si se ha establecido que estamos frente a un delito de mera actividad y de peligro que no requiere la concreción de resultado alguno, ¿cuál sería el fundamento legal por el cual la falta de concreción del resultado deseado por la encartada permitiría descartar la tipicidad de la figura?

Distinta sería la respuesta para el caso de analizar la conducta de la imputada a la luz del inciso b) de la misma norma, en la que de la misma redacción surge sin lugar a dudas la necesidad de que la alteración o la ayuda prestada para dicha alteración de prueba, se produzca, y en este caso debiéramos concluir que el delito ha quedado en grado de conato, toda vez que no obstante el accionar ilícito desplegado, no se produjo la efectiva alteración de la prueba que exige el precepto legal, desde que la joven nunca se presentó a prestar nueva declaración retractándose.

Ahora bien, no podemos pasar por alto esta problemática de la subsunción legal de la conducta desarrollada por la imputada de autos. De la lectura del fallo se advierte que los magistrados votantes dieron tratamiento a múltiples figuras delictivas: en primer lugar, el Dr. Barbieri en la primera cuestión hace alusión a la figura del inciso 2°, interpretando de los fundamentos esgrimidos que en realidad se estaba refiriendo al inciso 1° apartado b), el que prevé como acción típica la de alterar o ayudar a alterar una prueba. En la segunda cuestión luego analiza la figura prevista por el inciso 1° apartado a), adhiriendo al planteo de su colega, el Dr. Giambelluca, y efectúa una referencia genérica, sin detenerse en su análisis, a la posible subsunción del accionar de la encartada también en las figuras de soborno del art. 276 y de intimidación del art. 149 *bis* segundo párrafo. Por su parte el Dr. Soumoulou analizó la tipicidad tanto de la

figura prevista en el inciso 1° apartado a), como la de soborno del art. 276, para concluir que ambas eran atípicas.

Queda en evidencia que los tres magistrados han analizado distintas figuras delictivas, lo que dificulta notoriamente la identificación del *holding* en dicha pieza.

En el pronunciamiento analizado el momento en que se realizó la acción resultó de vital importancia para decidir, toda vez que la magistrada de grado entendió atípica la conducta de la imputada en virtud de que el testimonio de la joven “ya se había producido”, no pudiendo con su accionar alterar la prueba en cuestión.

Mas lo cierto es que de la lectura del fallo puede inferirse que la jueza *a quo* se ha expedido respecto a la atipicidad de la conducta analizada a la luz del inciso b), y no del inciso a) del primer inciso de la norma, lo que tampoco surge con prístina claridad, al no efectuarse dicha aclaración en el resolutorio.

Sin embargo, entendemos que como bien sostuvo el Dr. Giambelluca en su voto, una posible modificación en la declaración de la joven en dicha instancia del proceso necesariamente repercutiría en el resultado de la valoración probatoria en su conjunto, debido a que dicho testimonio conformaba una pieza sumamente relevante de por sí del conjunto de evidencias en que se basaba la hipótesis de la acusación. En forma conteste entendemos que la conducta desplegada por la encartada tuvo la suficiente aptitud para provocar un perjuicio a la administración de justicia, específicamente a la posibilidad de identificar al responsable del hecho atribuido a su concubino, del que resultara víctima su propia hija, con clara intención de alterar una prueba fundamental en el proceso principal, y por eso coincidimos en la aplicación de la figura del apartado a), y no del b), que como ya adelantáramos, podría, en caso de entender que esta era la figura a analizarse, que habría quedado en grado de conato, o incluso de acto preparatorio.

- *Tipo subjetivo*: se requiere que el autor conozca la existencia del delito previo y que el favorecido por el sujeto encubridor pueda encontrarse involucrado en su ejecución.

La jurisprudencia ha sostenido que “...el conocimiento de la finalidad de ese favorecimiento debe ser positivo y actual y no puede ser sustituido por un ‘debía saber’ por cuanto resulta necesario probar que el autor haya tenido conocimiento expreso que la persona a la que se le brinda ese favorecimiento se trate de un sujeto requerido por la justicia o que debe serlo en virtud de lo que sabe que ha hecho” (16).

Solo resulta compatible un dolo directo. Fontán Balestra señala que el móvil que inspira la acción resulta indiferente, pues ni siquiera el hecho de creer que se está ayudando a un inculpe excluye el delito, ya que el autor no es la persona llamada a decidir sobre ello. De todos modos, pareciera que la ayuda prestada por razones humanitarias, descomprometida de la intención de burlar la autoridad, podría quedar fuera del ámbito de prohibición de la norma.

Debemos concluir que el tipo subjetivo se encontró cumplido al conocer la imputada la circunstancia de que su concubino había sido denunciado por la víctima por la posible comisión de un delito, y que con su conducta entorpecería la posibilidad de identificar al culpable, y atribuirle la responsabilidad que le correspondiera.

IV.3. Agravante (art. 277, inc. 3°, apartado a) del Cód. Penal)

Con esta norma se vuelve al sistema de vincular la pena del encubrimiento a la especial gravedad del delito anterior, la que es determinada cuando la pena mínima prevista sea superior a los tres años de prisión.

Los elementos que determinan la tipicidad del hecho precedente deben encontrarse acreditados para que opere la agravante, ya que en caso de que existan dudas sobre el carácter especialmente grave o no del delito debe estarse a favor del reo.

Esta agravante plantea discrepancias para su aplicación, ante la posibilidad de incurrirse en una doble valoración de la gravedad del delito encubierto de aplicarse en forma conjunta con la agravante genérica del art. 41 del Cód. Penal.

(16) CNCrim. y Corr., Sala V, 25/04/1994, c. "Bernotas, Ricardo H.", LA LEY, 1995-E-117.

Así, nuestra jurisprudencia, refiriéndose a esta situación, ha sostenido que “...teniendo en consideración el tipo penal agravado —del art. 277, inc. 3°, apart. A— soy de la opinión que computar como pauta severizante del monto sancionatorio —art. 41 del Cód. Penal— la gravedad del hecho implica una doble valoración. De esta forma entiendo que el actuar del órgano *a quo* al meritar una pauta agravante que ya integra el tipo penal, conllevó una doble valoración que debe ser corregida ante esta instancia, por lo que propongo al Acuerdo excluir como agravante de la pena a la gravedad del hecho que se encubrió” (17).

No obstante, cuando la pena del delito precedente resulte más leve que la del encubrimiento, debe estarse a la escala resultante del hecho efectivamente encubierto, de lo contrario se rompería con la lógica del texto legal, en tanto pretende no dirigir un reproche penal más severo al encubridor que al encubierto; y una vez más en caso de duda debe estarse al encuadre cuya escala penal exhiba un mínimo inferior.

En el fallo en análisis no se consigna con claridad la calificación legal del delito precedente, contando tan solo con la información que se trató de un abuso sexual, más sin poder identificarse en qué figura específica contra la integridad sexual quedó subsumido el accionar del sujeto encubierto, si en la figura básica de abuso sexual simple del art. 119, primer párrafo, o con alguna de las agravantes previstas en los siguientes párrafos de la norma mencionada.

En el caso de haberse tratado de un abuso sexual simple, en los términos del primer párrafo de la norma aludida, entendemos que no aplicaría la agravante en trato, aun dándose alguno de los supuestos agravantes contenidos en el cuarto párrafo, los que podrían inferirse de las circunstancias mencionadas en la sentencia, esto es: por tratarse la víctima de la hija de su concubina, y por lo tanto pudiendo tener a su cargo de su educación o guarda (inciso b)), o su presunta edad, quien podría tratarse de una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia —la que aparece con claridad al referirse en la sentencia al “concubino” de la imputada— (in-

ciso f)). En efecto, en estos supuestos, la escala penal se ve aumentada en su mínimo a tres [3] años de prisión, y la especial gravedad a la que alude el art. 277, inciso 3° está determinada solo para aquellos delitos que cuenten con un mínimo mayor a los tres [3] años de prisión.

Ahora bien, en el caso de haberse tratado de un abuso sexual que hubiere configurado un sometimiento gravemente ultrajante, o con acceso carnal, como prevén los párrafos 2° y 3° del art. 119 del Cód. Penal, entendemos que sí resultaría de aplicación la agravante en trato, toda vez que las restantes figuras contenidas en la norma superan el mínimo de tres años legalmente establecido.

Sin embargo, pese a no contar con la calificación legal específica del delito precedente, esta podría inferirse del pedido efectuado tanto por el agente fiscal de la instancia como por el fiscal general adjunto.

No obstante, entendemos que este extremo no amerita mayor análisis, toda vez que ni el Dr. Giambelluca, ni el Dr. Barbieri resuelven la aplicación de esta, sino que tan solo dejan abierta la posibilidad de su aplicación —en caso de así corresponder— por el órgano al que se reenvíe la causa, por considerar que la justificación dada por el magistrado *a quo*, sobre la multiplicidad de figuras imputadas a la encartada que impedía ejercer su derecho de defensa, no era tal, al tratarse de un único marco fáctico posible de ser calificado tanto en su figura básica (art. 277, inc. 1 apartado a)) como en la modalidad agravada (art. 277, inc. 3°, apartado b)).

IV.4. *Excusa absolutoria* (art. 277, inciso 4° del Cód. Penal)

Aquí la norma prevé un catálogo de personas que se encuentran exentas de responsabilidad por este delito en virtud de vínculos de sangre, de familia, de amistad o gratitud con el sujeto encubierto.

Consideramos que no puede aplicarse en el presente caso la eximente en cuestión, por cuanto la imputada era la concubina del sujeto encubierto, y dicho vínculo no se encuentra dentro del catálogo previsto en la ley.

(17) TCPBA, Sala 4, 3/03/2016, c. 70.009, "Guzmán Gabriel Maximiliano".

Es nuestra convicción que cuando el legislador ha tenido la intención de equiparar al concubino o pareja conviviente o no, con la figura del cónyuge, lo ha hecho en forma expresa. Véase por ejemplo el art. 80, inciso 1° cuando reza: “...A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex-cónyuge, *o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediante o no convivencia*” —la cursiva me pertenece—.

Por tal motivo, si el legislador hubiera querido eximir de responsabilidad a la pareja conviviente, así lo hubiera aclarado, no habiéndolo hecho, y no resultando aceptable extender dicha excusa absolutoria fuera del marco legalmente establecido para ello.

No desconocemos que esta norma puede resultar de aplicación desde la lógica interpretativa de que si se encuentra alcanzado el “amigo íntimo” nada impediría que la pareja también lo esté, como sostiene un sector de la doctrina (18), no obstante por los motivos expresados precedentemente, y considerando que, en el caso en particular, el vínculo que une a la impu-

tada con la víctima del abuso —su hija—, resulta más estrecho que el que mantenía con el sujeto encubierto —concubino— propiciamos la aplicación de las excusas absolutorias en su máxima taxatividad.

V. Conclusiones

1) La tipicidad de la conducta llevada a cabo en el delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento personal debe consistir en una acción material positiva.

2) La idoneidad de la conducta desplegada para producir un perjuicio a la Administración debe ser analizada ex ante.

3) Es indiferente el resultado obtenido por la acción desplegada por el sujeto encubridor para determinar la tipicidad de su conducta, por tratarse de un delito de mera actividad y de peligro.

4) La agravante sobre la especial gravedad del delito precedente prevista en el inciso 3° apartado a) del art. 277 solo opera una vez verificados los presupuestos del tipo penal básico, y cuando la escala resultante del hecho efectivamente encubierto, así lo permitiera.

5) La excusa absolutoria prevista en el inciso 4° de la norma, solo opera respecto a las personas expresamente indicadas en la norma, resultando dicha enunciación de carácter taxativo.

(18) Entre algunos autores pueden citarse a SOLER, Sebastián - MILLÁN, que se mencionan en el “Código Penal de la Nación comentado y anotado”. Andrés José D’Alessio. Ed. La Ley. Parte Especial T. II. Como asimismo a RIQUERT, Marcelo Alfredo en su “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”. Ed. Erreius, T. III, ps. 2172-2173.

JURISPRUDENCIA

REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

Tribunal Superior de la causa que rechaza la revisión de la sentencia absolutoria.

1. — Siempre que, en el ámbito de la justicia penal nacional, se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia extraordinaria de la Corte Suprema, estos deben ser tratados previamente por la Cámara de Casación Penal, en su condición de tribunal intermedio, constituyéndose de esa manera en el tribunal superior de la causa a los efectos del art. 14 de la ley 48 (del dictamen de la Procuración General que la Corte, por mayoría, hace suyo).
2. — Es arbitraria la decisión que declaró mal concedido el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la resolución que absolvió al imputado, ya que el a quo impidió indebidamente que el fiscal ejerciera su facultad recursiva, al haberse pronunciado en contra de la admisión del recurso con base en fundamentos aparentes que descalifican ese pronunciamiento como acto procesal válido (del dictamen de la Procuración General que la Corte, por mayoría, hace suyo).
3. — Corresponde revocar la decisión que declaró mal concedido el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la resolución que absolvió al imputado, pues el a quo omitió por completo que, al solicitar la condena del imputado el fiscal requirió, además de la pena de prisión y la pena de seis meses de inhabilitación para ejercer el comercio, las restantes inhabilitaciones, que no requerían ser cuantificadas pues, en el caso de la absoluta, prevista en el inc. h), la medida del reproche está vinculada con el quantum de la condena, que en el caso sería de cinco años, y la especial, prevista en el inc. f), es de carácter perpetua (del dictamen de la Procuración General que la Corte, por mayoría, hace suyo).
4. — De la simple lectura del art. 458, inc. 1° del Cód. Proc. Penal se desprende con claridad que —incluso mediante el empleo de la conjunción disyuntiva “o”— el legislador ha establecido tres hipótesis distintas en las que procede el recurso de casación, en las que carece de toda relevancia el orden de gravedad de las penas de diferente naturaleza a los efectos de la unificación en los casos de pluralidad de delitos (arts. 5 y 57 del Código Penal), las pautas

legales para determinar la competencia (art. 34 del ordenamiento adjetivo), así como la circunstancia de que la inhabilitación sea absoluta o especial, o se aplique como pena única o conjunta (del dictamen de la Procuración General que la Corte, por mayoría, hace suyo).

5. — Corresponde revocar la decisión que declaró mal concedido el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la resolución que absolvió al imputado, pues la Cámara de Casación no podía omitir el control de la sentencia impugnada al tener en cuenta que el recurrente había planteado que los agravios conformaban una cuestión federal por cercenar en forma indebida el derecho a impugnar el fallo ante un tribunal superior para que se examine en forma integral la aplicación e interpretación de normas de carácter federal, como son las del Código Aduanero, específicamente la definición de mercadería como elemento del tipo penal, la potestad de establecer prohibiciones de naturaleza económica por parte del Poder Ejecutivo nacional así como el alcance e interpretación de un tratado internacional (del dictamen de la Procuración General que la Corte, por mayoría, hace suyo).

CS, 17/06/2021. - C., G. I. s/ infracción ley 22.415.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/81029/2021]

CPE 002250/2011/TO01/6/RH002

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, declaró mal concedido el recurso de casación interpuesto por el representante de este Ministerio Público contra la decisión del Tribunal Oral en lo Penal Económico Nro. 3 que absolvió a G. I. C. por unanimidad, aunque sin coincidir uno de los jueces en su fundamentación (fs. 217).

El *a quo* basó su resolución en que el fiscal, al final del debate, solicitó que se condenara al imputado a las penas de dos años y seis meses de prisión, inhabilitación para ejercer el comercio de seis meses y demás inhabilitaciones previstas el art. 876 del Código Aduanero, por lo que, a su modo de ver, carecía de la facultad de impugnar la sentencia en virtud del límite objetivo previsto en el artículo 458 del código ritual. A ello añadió que no resulta aplicable lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Juri, Carlos Alberto s/recurso de hecho” (Fallos: 329:5994), pues la vaguedad de la alusión genérica a las penas de inhabilitaciones impide saber

concretamente cuál era la medida del reproche que en este aspecto dirigió al entonces acusado.

Contra esa decisión, el señor Fiscal General interpuso recurso extraordinario, en el que sostuvo que el a quo cercenó el derecho al recurso de este Ministerio Público ante un tribunal superior mediante una arbitraria interpretación de las constancias del caso y de las normas que rigen la facultad acordada por la ley -arts. 876 y 1026 del Código Aduanero en función del art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación-; ello sumado a que el supuesto de arbitrariedad de la sentencia se vincula con una norma de carácter federal como es el primero de ellos y la legislación aplicable al delito imputado (fs. 9/16 vta.).

Ese recurso extraordinario también fue declarado inadmisibile (fs. 17/vta.), lo que motivó la presente queja (fs. 18/22 vta.).

-II-

Contrariamente a lo decidido por el a quo, entiendo que el recurso federal es admisible. No ignoro que ese remedio resulta por regla improcedente cuando se pretende revisar las decisiones de los tribunales de la causa en materia de admisibilidad de los recursos, por tratarse de un aspecto de naturaleza procesal (Fallos: 302:1134; 311:357 y 519; 313:77 y 317:1679), pero V.E. también ha establecido que ese criterio admite excepción cuando la resolución impugnada conduce, sin fundamentos adecuados, a una restricción sustancial de la vía utilizada que afecta el debido proceso (Fallos: 301:1149; 312:426; 323:1449 y 324:3612), garantía que ampara a todas las partes por igual (Fallos: 321:1909, 328:4580 y 331:2077, entre otros).

Y pienso que este es uno de esos casos de excepción, ya que el a quo impidió indebidamente que el fiscal ejerciera su facultad recursiva, al haberse pronunciado en contra de la admisión del recurso mediante la cual se pretendía impulsar la instancia de examen de la absolución de C., con base en fundamentos aparentes que descalifican ese pronunciamiento como acto procesal válido (Fallos: 303:386; 306:1395; 307:1875; 311:512 y 326:3734, entre otros).

Así lo considero, en primer lugar, porque el a quo omitió por completo que, según lo afirmado por el recurrente (fs. 22/21), al solicitar la condena del imputado el fiscal requirió, además de la pena de prisión y la pena de seis meses de inhabilitación para ejercer el comercio, las restantes inhabilitaciones, que no requerían ser cuantificadas pues, en el caso de la absoluta, prevista en el inc. h), la medida del reproche está vinculada con el quantum de la condena, que en el sub judice sería de cinco años, y la especial, prevista en el inc. f), es de carácter perpetua.

En consecuencia, no puedo dejar de recordar que V.E. ya ha tenido oportunidad de afirmar que esa postura de la cámara de casación se revela como un proceder claramente arbitrario, en la medida en que se sustenta en una interpretación forjada al margen del texto legal y en función de la cual se produce el indebido cercenamiento de la facultad de provocar el examen de una sentencia. “Ello es así -señaló V.E.- porque de la simple lectura del art. 458, inc. 1°, del Código Procesal Penal de la Nación se desprende con claridad que -incluso mediante el empleo de la conjunción disyuntiva “o”- el legislador ha establecido tres hipótesis distintas en las que procede el recurso de casación, en las que carece de toda relevancia el orden de gravedad de las penas de diferente naturaleza a los efectos de la unificación en los casos de pluralidad de delitos (arts. 5 y 57 del Código Penal), las pautas legales para determinar la competencia (art. 34 del ordenamiento adjetivo), así como la circunstancia de que la inhabilitación sea absoluta o especial, o se aplique como pena única o conjunta” (Fallos: 329:5994, considerando 9° del voto de la mayoría).

Ese cercenamiento arbitrario de la facultad de recurrir se observa toda vez que la duración de la pena en cuestión surge expresamente del texto legal. Tal como afirmara la vocal del a quo que votó en disidencia, al considerar habilitado ante esa instancia el tratamiento del recurso interpuesto (fs. 4 vta./6 vta.), la remisión general que efectuara el fiscal en su alegato a las sanciones contenidas en el art. 876 del Código Aduanero no puede tomar de aplicación la limitación establecida en el código de forma.

En otro orden de ideas, la Cámara Federal de Casación tampoco podía omitir el control de la sentencia impugnada al tener en cuenta que el recurrente había planteado, según lo expuesto en la apelación extraordinaria, que los agravios conformaban una cuestión federal por cercenar en forma indebida el derecho a impugnar el fallo ante un tribunal superior para que se examine en forma integral la aplicación e interpretación de normas de carácter federal, como son las que aquí interesan del Código Aduanero, específicamente la definición de mercadería como elemento del tipo penal, la potestad de establecer prohibiciones de naturaleza económica por parte del Poder Ejecutivo Nacional así como el alcance e interpretación de un tratado internacional.

Pienso que asiste razón al recurrente en que aquello que estaba en discusión en el caso era la interpretación del contenido y alcance de normas federales, como son las que tipifican y reprimen el delito de contrabando previsto en los artículos 863 y siguientes del Código Aduanero (Fallos: 311:372; 312:1920; 316:2797; 323:3426; 339:754, entre muchos otros).

En tales condiciones, no cabe duda de que era aplicable al sub lite la doctrina, tantas veces mencionada, del caso “Di Nunzio”, en el que V.E. estableció que siempre que, en el ámbito de la justicia penal nacional, se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia extraordinaria de la Corte, estos deben ser tratados previamente por la Cámara de Casación Penal, en su condición de tribunal intermedio, constituyéndose de esa manera en el tribunal superior de la causa a los efectos del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 328:1108).

Pues bien, el planteo oportunamente introducido en el recurso de casación no fue analizado debidamente por el a quo y en esa oportunidad omitió dar tratamiento a la cuestión federal planteada. Luego, al momento de resolver acerca de la admisibilidad del recurso extraordinario federal, como toda respuesta se limitó a afirmar, sin fundamento, que el fiscal había basado su impugnación en la reedición de agravios que habrían tenido adecuada respuesta ante esa instancia, consistente en meros juicios discrepantes con el criterio adoptado (cf. fs. 2/7 y 17/vta.).

Por lo tanto, considero que ambas decisiones deben ser descalificadas como actos jurisdiccionales válidos, en la medida en que no se ajustan a la doctrina sentada por V.E., según la cual los órganos judiciales llamados a expedirse sobre la concesión del recurso extraordinario federal, deben resolver circunstancialmente si tal apelación -prima Jade valorada- cuenta respecto de cada uno de los agravios que la originan con fundamentos suficientes para dar sustento, a la luz de la conocida doctrina de la Corte, a la invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional, como lo es el de arbitrariedad (Fallos: 310:1014; 313:934; 317:1321, entre muchos otros).

-III-

Por todo ello, y los demás fundamentos expuestos por el señor Fiscal General, mantengo la presente queja y opino que V.E. debe declarar procedente el recurso federal interpuesto y revocar la decisión apelada, a fin de que se dicte otra conforme a derecho. Buenos Aires, abril de 2019. — *Eduardo E. Casal*.

Buenos Aires, 17 de junio de 2021

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el Procurador General interino ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de mantener en esta instancia el recurso del Fiscal General, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, concordemente con lo expresado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Remítase al tribunal de origen, para su agregación a los autos principales y para que, por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y cúmplase. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Horacio Rosatti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Disidencia del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisil (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

EXTRADICIÓN

Planteo de prescripción de la pena. Improcedencia.

1. — Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar al pedido de extradición, toda vez que la condena impuesta al requerido nunca comenzó a cumplirse y, de las demás circunstancias de hecho de que dio cuenta el país requirente, cabe inferir que el requerido fue notificado de la sentencia firme, por lo que el plazo máximo de 9 años correspondiente a la pena impuesta y que se ha fijado en la instancia de grado como el computable, según la regla del art. 65, inc. 3º del Cód. Penal argentino, comenzó a correr desde esa fecha, sin que se agotara el plazo de prescripción de la pena.
2. — La mera referencia de pretender atribuirle al a quo, que en el marco de una extradición rechaza la excepción de prescripción de la pena opuesta por la defensa, falencia argumental, al afirmar que el tiempo de detención en este país debe considerarse como pena, se considera crítica bastante para descalificar la solución dada al caso, toda vez que esa circunstancia fue invocada por el juez como elemento integrador de la pena por la cual se lo sancionó al requerido y, por ende, alcanzada por el principio según el cual mientras la pena se está ejecutando, en virtud de su efectivo ejercicio, el Estado mantiene vivo su derecho por haber actuado en tiempo útil, razón por la cual no puede prescribir.
3. — Es insuficiente la sola referencia a que resulta cuestionable la asimilación de detención con

cumplimiento de pena para sostener la vigencia de la condena del requerido si se tiene en cuenta que esa detención —adoptada por la justicia argentina— es la resultante de una serie de acciones estatales del país requirente, con vocación para la ejecución de la pena, iniciadas con posterioridad a la notificación de la condena firme y que se prolongaron hasta la formulación del pedido de extradición en tanto máxima expresión del interés estatal extranjero, en el marco de las relaciones internacionales que lo unen con la República Argentina, para lograr que se ejecute la condena referida.

4. — El planteo de prescripción constituye un tema de orden público, cuya declaración es válida en cualquier momento del proceso a pedido de parte o, inclusive, de oficio (del dictamen de la Procuración General que el Dr. Rosenkrantz hace suyo en su voto en disidencia).

CS, 10/06/2021. - R., H. A. s/ extradición.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/72053/2021]

FLP 060002406/2012/CS001

Suprema Corte:

-I-

Contra la resolución del Juzgado Federal n° 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, que concedió la extradición de H. A. R. al Reino de España (fs. 455/463), la defensa interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 465), que fue concedido y mantenido en esta instancia por la señora Defensora General de la Nación (fs. 466 y 473/479).

El nombrado es solicitado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, para cumplir la pena de nueve años de prisión a la que fue condenado por sentencia -firme desde el 15 de junio de 2006- como autor de los delitos de apropiación indevida agravada y estafa agravada.

-II-

La impugnación se funda en las siguientes consideraciones:

I. En primer término afirma que, según la legislación argentina, ha ocurrido la prescripción de la pena impuesta al señor R. Para ello sostiene que el a quo ha incurrido en una confusión, al valorar como actos interruptivos de esa clase de prescripción, supuestos sólo aplicables a la prescripción de la acción penal.

2. Además, postula que ha existido una afectación a la garantía de imparcialidad del órgano judicial en tanto fue el propio juez quien, de oficio y anoticiado por la defensa al inicio del trámite, sin intervención del fiscal, concedió en dos oportunidades un plazo al Estado requirente para completar el pedido formal, asumiendo directamente el interés de la extradición que está reservado al Ministerio Público Fiscal.

3. Por otra parte, y en forma subsidiaria, reclama que de no considerarse procedentes los agravios anteriores, se haga lugar a la opción de su asistido para cumplir la pena en la Argentina, con base en lo dispuesto en los tratados suscriptos por ambos Estados sobre Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal y sobre Traslado de Nacionales Condenados, ratificados por las leyes 23.708 y 24.036 respectivamente.

-III-

En cuanto al primer agravio, corresponde recordar que es doctrina del Tribunal a partir de lo resuelto en Fallos: 186:289, que el planteo de prescripción constituye un tema de orden público, cuya declaración es válida en cualquier momento del proceso a pedido de parte o, inclusive, de oficio (Fallos: 310:2246; 312:1351 y 321:1409).

En tal orden de ideas, sostiene Oscar N. Vera Barrios que “la prescripción de la pena difiere de la prescripción de la acción, en que la renuncia estatal no opera sobre el derecho de perseguir la imposición de una pena, sino sobre el derecho que tiene de ejecutar las penas ya impuestas por los órganos de represión (...) La prescripción de la pena actúa desde que ésta ha sido impuesta por sentencia firme, ejecutiva (...) Sólo desde el momento en que la sentencia cobra autoridad de cosa juzgada puede prescribir la pena y no la acción. Lo que prescribe no es ni la sentencia -acto jurídico procesal donde la pena es impuesta- ni la pena en sí, sino la acción del Estado para hacerla ejecutar” (La Prescripción Penal en el Código Penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, p. 164/165).

Por su parte, el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal, celebrado entre la República Argentina y el Reino de España (ratificado por ley 23.708) consagra en su artículo 9° que “No se concederá la extradición: ... c) Cuando de acuerdo a la ley de alguna de las Partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición”.

De los antecedentes remitidos por el Estado requirente junto con el formal pedido de extradición y sus ampliaciones (fs. 61, 185, 216, 218 y 389) y, más concretamente, de la certificación de fojas 262, surge que la pena no ha prescripto según el orden jurídico del país solicitante, toda vez que la sentencia fue dicta-

da el 15 de julio de 2005 y adquirió firmeza el 15 de junio de 2006 -según surge de fojas 389-, de modo que la sanción prescribiría el 15 de junio de 2021, de conformidad con el plazo de quince años dispuesto en el artículo 133, inciso 1°, párrafo cuarto, del Código Penal español (fs. 264).

Sin embargo, conforme los términos del artículo 9° del tratado antes citado, también resulta necesario analizar la posible prescripción de la pena impuesta a R. en jurisdicción española, a la luz del ordenamiento jurídico argentino (Fallos: 329:4891; 332:1322).

El artículo 66 de nuestro Código Penal reza que “La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse”.

En forma conteste con ese artículo, el Reglamento de la Justicia Nacional (Acordada de la Corte del 17 de diciembre de 1952), dispone en su artículo 42 que “toda sentencia condenatoria en causa criminal deberá ser notificada personalmente al procesado”.

De la hermenéutica literal de las disposiciones transcritas surge con claridad que, en el ámbito de aplicación de las sentencias dictadas en la República, la notificación -por el órgano correspondiente- debe ser realizada directamente al reo a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio que asiste a toda persona, como también que sólo entonces puede considerarse el día a quo de la prescripción de la pena.

Al respecto, sostuvo V.E. en el ámbito de aplicación de las sentencias condenatorias dictadas en el país y para ser aplicadas aquí, que no excede las facultades propias de los jueces de la causa interpretar el artículo 66 del Código Penal y considerar que es necesario que se haya notificado de la sentencia respectiva al procesado, por cédula en su domicilio, para que empiece a correr el plazo para la prescripción de la pena, sin que esta exigencia pueda ser suplida con la notificación al letrado (Fallos: 276:254). El requisito de notificación personal al condenado también ha sido destacado en los precedentes de Fallos: 328:470; 329:1998 y 2600, entre otros.

Sin embargo, la traslación de esos criterios para establecer la condición de “firme” de una sentencia extranjera que da origen a un pedido de extradición para el cumplimiento de condena, exige un análisis más específico.

La cuestión adquiere vital importancia en el caso de autos pues, si bien surge de la certificación obrante a fojas 216 que R. interpuso todos los recursos que establece la legislación del Estado requirente -incluido el de casación-, no existe constancia en autos que acredite que la correspondiente resolución final haya

sido notificada personalmente al nombrado, como lo exigen las normas citadas y la doctrina de V.E.

Ante ello, es preciso considerar en el sub lite cuál es la ley aplicable para fijar el momento en que una sentencia condenatoria extranjera queda firme, dado que es ese presupuesto procesal el antecedente lógico que da inicio al plazo de prescripción de la pena y excluye del análisis la cuestión referida a la extinción de la acción penal.

Ello es así por cuanto, para establecer cuándo se genera el acto que implica el cambio de la condición jurídica de procesado -y por consiguiente sujeto a una acción penal prescriptible- a condenado -y en consecuencia sujeto a una pena extinguida por el paso del tiempo-, será necesario determinar si la firmeza de la sentencia final extranjera y, por ende, su ejecutividad, exige que sea personalmente notificada al condenado -como lo contempla el artículo 66 del Código Penal argentino- o si, como en el sistema español según surge del pedido de extradición (fs. 61), en especial de la constancia de fojas 389, ese recaudo no es necesario.

En tal sentido, V.E. ha sostenido que, por encima de lo previsto en nuestro artículo 66, la cuestión debe ser resuelta por aplicación de la *lex causae* y corresponde acudir a la ley del juez requirente para la fijación del momento en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada y, por ende, ocurre el día a quo de la prescripción de la pena.

En efecto, al examinar esta materia en un caso también referido a una solicitud del Reino de España para el cumplimiento de una condena firme, el Tribunal consideró “que, más allá del alcance que quiera asignarle la parte recurrente al artículo 66 del Código Penal argentino, las razones brindadas para que la prescripción de la pena sea reemplazada por la de la acción penal implica tanto como desconocer la situación de ‘condena’ consolidada en el extranjero. Ello según principios que rigen en el derecho penal internacional, conforme a los cuales el carácter de ‘sentencia firme’, que caracteriza la autoridad negativa de la cosa juzgada, ha de apreciarse según la ley del Estado que emitió el acto (*lex causae*), única que puede fijar sus límites”. (conf. sentencia del 19 de mayo de 2010 in re “Costa Platini, Oscar Alfredo s/ extradición” expte. C. 205. XLV, consid. 4° y su cita de doctrina).

En dicha ocasión, agregó que: “la circunstancia de que el requerido no fuera notificado personalmente de la condena dictada ... constituye un extremo de hecho sin virtualidad jurídica a los fines que se pretenden, ni tampoco, en las circunstancias del caso, para privar de efectos en jurisdicción argentina a la situación de condena consolidada en el extranjero” (consid. 6°).

Corresponde agregar para mayor ilustración, que al dictaminar el 29 de mayo de 2009 en esas actuaciones, esta Procuración General señaló que "... conforme las leyes del Reino requirente, la condena se encuentra firme ... y no es posible, por lo tanto, disquisición alguna respecto de la prescripción de la acción. El sistema de enjuiciamiento que aplica España, prevé que las personas imputadas, a lo largo del proceso, estén 'representadas por procurador y defendidas por letrado' (artículo 118, 3° párrafo). De tal forma, no debe llevar a engaño que la notificación de la sentencia fue efectuada a un 'procurador', puesto que es quien representa en el juicio al imputado, y también se encuentra previsto que esa notificación surtirá plenos efectos en caso de no ser posible notificar 'a la parte' (artículo 160). Y en esto, que es en definitiva la simple aplicación del ordenamiento español al caso, no encuentro afectación del orden jurídico internacional o nacional".

A partir del criterio que ilustran los antecedentes reseñados, corresponde concluir, por un lado, que al referirse esta solicitud al cumplimiento de una sentencia firme, no es posible evaluar su vigencia -como ocurre en el fallo apelado- según las reglas y la jurisprudencia de V.E. referidas a la acción penal y los actos que interrumpen su extinción.

Por el otro, cabe sostener que aun cuando para el Estado requirente la sentencia dictada haya pasado en autoridad de cosa juzgada y no haya prescripto según su derecho interno (conf. certificación de fs. 262 y arts. 131 y 134 del Código Penal español, fs. 184 vta. y 185 vta. y 263/264; o bien, según textos anteriores también acompañados, arts. 115 y 116, fs. 208, 211 y 214), cuestiones que aquí son irrevisables, con arreglo a lo previsto en el artículo 9°, inciso "c", del tratado bilateral, debe examinarse -incluso de oficio-su vigencia para la ley argentina. Para ello, como se dijo, constituye un extremo sin virtualidad jurídica que en autos se carezca de la constancia que acredite la notificación personal de la condena firme al extraditatus, tal como lo determina el artículo 66 de nuestro Código Penal.

-IV-

Así las cosas, al proceder a ese análisis respecto de la pena de nueve años de prisión para cuyo cumplimiento se reclama a R, observo que, sea que ese plazo se compute desde la fecha de firmeza informada en autos por la autoridad judicial española, 15 de junio de 2006 (fs. 389) o, a todo evento y a la luz del segundo supuesto del citado artículo 66, desde el registro en Interpol -el 21 de junio de 2007- de la orden de captura librada el 15 de mayo de 2007 (fs. 7 y 14/15), de conformidad con la regla del artículo 65, inciso 3°, de nuestro Código Penal, la conclusión es que la sanción aplicada se extinguió para la ley argentina, a lo sumo, el 21 de junio de 2016.

En virtud de ello, considero que al acreditarse en el caso una de las causales impeditivas previstas en el citado inciso del artículo 9° del tratado, la entreayuda resulta improcedente.

-V-

En tales condiciones, opino que resulta inoficioso el tratamiento de los demás agravios planteados por la señora Defensora General y, en consecuencia, solicito a V.E. que revoque la sentencia apelada y rechace el pedido de extradición.

Buenos Aires, 3 de marzo de 2020. — *Eduardo E. Casal*

Buenos Aires, 10 de junio de 2021

Considerando:

1°) Que el juez a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de Lomas de Zamora declaró procedente la extradición de H. A. R. al Reino de España para que ejecute la pena de nueve años de prisión por los delitos de apropiación indebida agravada y estafa agravada (fs.455/463).

2°) Que, contra esa decisión, la defensora oficial del requerido interpuso recurso de apelación ordinario (fs.465), que fue concedido a fs.466 y fundado en esta instancia por la señora Defensora General de la Nación (fs.473/479). A su turno, el señor Procurador General de la Nación interino solicitó que se revoque el auto apelado y se declare improcedente el pedido de extradición (fs.481/484).

3°) Que, como cuestión previa, cabe resolver la controversia suscitada en el sub lite en punto a si desde el 15 de junio de 2006 en que quedó firme el auto de condena extranjero en que se sustenta el pedido de extradición, ha transcurrido el plazo de prescripción de la pena -según el derecho argentino- conforme las exigencias del artículo 9° del Tratado bilateral aprobado por ley 23.708 según el cual no se concederá la extradición -entre otras causales- cuando de acuerdo a la ley de alguna de las Partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición (inciso "c").

4°) Que surge de autos que la condena impuesta a R. nunca comenzó a cumplirse (cfr. fs. 61 y 389). Además, con base en lo dicho por este último en el debate (fs.451vta.) y, en consonancia con las demás circunstancias de hecho de que dio cuenta el país requirente, cabe razonablemente inferir que el requerido fue notificado de la sentencia firme en el mes de junio de 2006. Por ende, el plazo máximo de 9 (nueve) años correspondiente a la pena impuesta y que se ha fijado en la instancia de grado como el computable, según la regla del artículo 65, inciso 3° del Código Penal argentino, comenzó a correr desde esa fecha.

5°) Que, en el marco de las circunstancias de hecho antes referidas, el juez resolvió rechazar la excepción de prescripción de la pena por un doble orden de razones, una de las cuales refiere a que debía “tenerse el término de la prescripción de la pena, como renacido al momento en que fue detenido [R.] en este país” (fs.461vta.), lo que tuvo lugar el 7 de julio de 2012 (fs.1/2), es decir, con anterioridad a que se agotara el plazo de prescripción de la pena antes señalado.

6°) Que no surge del memorial presentado a fs. 473/479 crítica alguna a ese fundamento del auto apelado. Es insuficiente la sola referencia a que “resulta cuestionable la asimilación de detención con cumplimiento de pena que efectúa el a quo para sostener la vigencia de la condena” (conf. fs. cit. aquí fs. 476) si se tiene en cuenta que esa detención -adoptada por la justicia argentina- es la resultante de una serie de acciones estatales del país requirente, con vocación para la ejecución de la pena, iniciadas con posterioridad a la notificación de la condena firme y que se prolongaron hasta la formulación del pedido de extradición en tanto máxima expresión del interés estatal extranjero, en el marco de las relaciones internacionales que lo unen con la República Argentina, para lograr que R. ejecute la condena referida (conf. mutatis mutandi considerando 4° de la causa “Zayzon, Zoltan Vince” publicada en Fallos: 343:63).

7°) Que tampoco la mera referencia de pretender atribuirle al a quo “falencia argumental”, al afirmar que “el tiempo de detención en este país debe considerarse como pena” (fs. 461vta.), se considera crítica bastante para descalificar la solución dada al caso. Ello toda vez que esa circunstancia fue invocada por el juez como elemento “integrador de la pena por la cual se lo sancionó al requerido” y, por ende, alcanzada por el principio según el cual mientras la pena se está ejecutando, en virtud de su efectivo ejercicio, el Estado mantiene vivo su derecho por haber actuado en tiempo útil, razón por la cual no puede prescribir (fs. cit.).

8°) Que, en otro orden de ideas, deben también destimarse los restantes agravios en que se sustentó la apelación en tanto reiteran conceptos ya vertidos en el trámite de extradición, debidamente considerados por el a quo de forma ajustada a derecho y al tratado aplicable, sin que la parte se haya hecho debidamente cargo en esta instancia de tales razones.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se confirma la sentencia apelada que declaró procedente la extradición de H. A. R. solicitada por el Reino de España. Notifíquese y devuélvanse. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Disidencia del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, se revoca la sentencia apelada y se declara improcedente la extradición de H. A. R. solicitada por el Reino de España. Notifíquese y devuélvanse.

APREMIOS ILEGALES

Condena impuesta a agentes penitenciarios. Golpiza dada a internos. Ponderación de la prueba. Elección de lugares reservados para concretar el hecho.

1. — Es menester memorar que la defensa se agravió frente a la circunstancia de que no hubo testigos directos del hecho más que los denunciantes y que no se pudo corroborar el lugar donde efectivamente se produjeron los hechos, pero todo lo sucedido debe ser analizado, tal como lo hizo el tribunal, dentro del contexto donde se desarrolló, es decir, en el marco de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los internos de un establecimiento carcelario, circunstancia que implica que la obtención de pruebas se torne aún más dificultosa que en un medio libre.
2. — Es importante destacar que esta clase de hechos ilícitos, como sucede con algunos otros —nos referimos, verbigracia, a aquellos relacionados con la violencia familiar doméstica o de género— se desarrollan en la intimidad de agresor agredido, o, como sucede en este caso, los acontecimientos se dan detrás de gigantescos muros que guardan todos los secretos, más allá de que estos ámbitos, de común, se encuentren colmados de personas —sobrepoblación— entre internos, personal del servicio penitenciario y civil.
3. — A pesar de la cantidad de personas que transitan por las cárceles, no todas oyen o ven lo que les pasa a quienes allí se encuentran alojados. Ello principalmente obedece a que en la mayoría de las ocasiones se eligen lugares reservados y distantes de la población carcelaria para concretar los apremios. También debe ponderarse que en ocasiones los internos

—por distintas circunstancias— son remisos a contarnos todo lo que pasa. Así sucedió en este caso, en el cual las víctimas fueron conducidas a un patio donde no había otras personas ajenas al servicio penitenciario que luego pudiera officiar de testigos ni posibilidad de ser filmados los hechos por las cámaras de seguridad, por lo que los agravios de la defensa, en este punto, carecen de todo sustento.

CFCasación Penal, sala I, 12/05/2021. - C., W. E. s/ recurso de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/36179/2021]

Causa N° FCB 12001917/2011/TO1/CFC2

2ª Instancia. - Buenos Aires, mayo 12 de 2021.

Resulta:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, provincia homónima, en fecha 4 de diciembre de 2019 resolvió —en lo que aquí interesa—: “I. Condenar a W. E. C., A. E. B. y N. A. M., ya filiados, como coautores responsables del delito de apremios ilegales, a la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y seis años de inhabilitación especial, con costas (arts. 26, 29 inc. 3, 45 y 144 bis inc. 3, del CP; arts. 403 y 531 del CPPN).”

II. Que, contra ese pronunciamiento, interpusieron recurso de casación los defensores particulares de A. B., N. A. M. y W. E. C., el que fue concedido y mantenido en esta instancia.

III. Los recurrentes encarrilaron su presentación en el inciso segundo del art. 456 del CPPN.

Consideraron que el tribunal de juicio realizó una deficiente valoración de la prueba producida e incorporada durante el juicio, circunstancia que descalifica a la sentencia como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398 y 404 inciso 2° del CPPN).

Manifestaron que la sentencia recurrida había arribado a conclusiones que no eran las únicas que las pruebas permitían extraer, vulnerándose, por ende, la certeza positiva que inexorablemente requiere un pronunciamiento condenatorio.

Destacaron que no se pudo determinar donde se cometió el hecho y que la falta de testigos directos, la acumulación de indicios carentes de fundamento jurídico y los dichos falaces de los denunciantes, traen aparejada la existencia de un manto de dudas respecto de la real existencia del hecho.

Asimismo, destacaron que C. A. R. en ningún momento manifestó haber estado esposado por delante

del cuerpo, sino que siempre adujo que al momento de los hechos se encontraba con las manos esposadas hacia atrás, hacia la espalda. Es decir que lo expuesto por el tribunal no se corresponde con lo efectivamente declarado por el mencionado.

Por otro lado, la parte impugnadora recordó que el testigo E. L. C. en ningún momento afirmó que los hermanos R. se habían quedado discutiendo con C., y que la mencionada afirmación por parte del tribunal obedece a una extraña interpretación o manipulación de los dichos de un testigo.

La defensa también se agravió de la valoración que el tribunal *a quo* realizó del testimonio de A. A. (miembro del gabinete científico de la Policía Federal, con especialidad en computación). Por lo tanto, entendió que la disparidad que existe en la ponderación de los testimonios tornan a la sentencia arbitraria en razón de que algunos de ellos se han evaluado en forma fragmentaria y aislada.

En este contexto, adujo que resulta arbitraria la valoración que el tribunal efectuó de las testimoniales prestadas por los profesionales médicos, ya que sin ningún tipo de razonamiento lógico otorgó un determinado valor probatorio a la declaración del médico Lorenzatti y otro al del doctor Germán Carballo —médico de la Procuración Penitenciaria de la Nación—.

En definitiva, entendió que la prueba surgida del debate no alcanza ni siquiera en forma mínima para desvirtuar la presunción de inocencia de sus defendidos y que no se pudo demostrar si la conducta descrita por los acusadores fue cometida por los imputados o se trató de una autoagresión.

Finalmente, la defensa efectuó reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, no se hicieron presentaciones.

V. Que en la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del CPPN, la defensa presentó breves notas. En estas condiciones, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

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

El doctor *Barroetaveña* dijo:

I. Admisibilidad:

De manera prologal, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto resulta formalmente

admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas, la parte impugnadora se encuentra legitimada para recurrir, los planteos esgrimidos se enmarcan dentro de los motivos previstos en el art. 456 del CPPN y se cumplieron los requisitos de tiempo y de fundamentación (arts. 457, 459 y 463 del citado código de rito).

II. Plataforma fáctica:

Que a los efectos de realizar un adecuado análisis de los cuestionamientos presentados, corresponde recordar el hecho que constituye el objeto del presente proceso.

El tribunal tuvo por probado que: “El día 4 de febrero de 2011 siendo las 00.30 hs., aproximadamente, M. y C. A. R. se encontraban en el interior de la celda N° 4 del pabellón C-4 del Módulo MD-2 del Complejo Carcelario N° 1 “Rvdo. Francisco Luchesse”. En dicha oportunidad, el Sargento 1° W. C. y el Oficial Adjunto N. M. se presentaron ante los hermanos R. y otros internos del pabellón con la intención de informarles que serían sancionados por las roturas de las perillas de las luces del pabellón. Así las cosas y, ante la negativa de M. y C. R. de responsabilizarse de dicha conducta, B., C. y M., junto a personal penitenciario aún no individualizados, trasladaron a los nombrados al patio de aislamiento y les propinaron golpes de puño y patadas que les provocaron a M. R. un hematoma en región frontal y supraciliar derecha de 2 x 3 cm con edema regional y dolor a la palpación, escoriación a nivel interno derecho del labio inferior con edema perilesional, lesión cortante eritematosa con costra sanguínea a nivel interno del labio inferior con edema perilesional y lesiones eritematosas en ambas muñecas de 5 cm de ancho en toda su circunferencia y a C. A. R. dos lesiones esquimóticas supraciliares derechas de 1.5 x 2 cm. Con edema regional, hematoma de 10 x 8 cm en región posterior de brazo derecho con edema regional, hematoma de 4 x 6 cm en región interna de antebrazo izquierdo con edema regional, edema con induración en la región anterior de la pierna derecha, edema y hematoma en la región posterior de la pierna izquierda de 10 x 12 cm”.

III. Agravios por arbitraria valoración de la prueba.

A continuación corresponde abordar los referidos a la arbitrariedad de la sentencia de la valoración de la prueba.

En esa empresa, de manera liminares menester que conforme el marco dogmático establecido en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3399) y tomando especialmente en consideración el límite que tiene la casación sobre aquellas cuestiones observadas por el tribunal *a quo* durante el debate —principio de inmediación—, en principio corresponde examinar si la

sentencia traída a revisión constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las pruebas producidas en observancia al principio de la sana crítica racional o libre convicción (art. 398 del CPPN) o, por el contrario, si representa una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente o contradictoria (art. 404, inc. 2 del CPPN), tal como afirmó la parte impugnadora.

A fin de dar tratamiento a los mencionados planteos y conforme lo expuesto precedentemente, resulta relevante que, en esta instancia, se pueda efectuar el completo control de la sentencia impugnada, verificando que todas las cuestiones allí asentadas se encuentren debidamente fundadas a la luz de lo previsto por los arts. 398 y 404 del CPPN. En definitiva, no se trata sino del análisis del cumplimiento de las reglas que integran el llamado sistema de libre convicción o sana crítica racional.

Una correcta hermenéutica del recurso de casación permite que esta Cámara analice el modo en que el tribunal con funciones de juicio valoró el material probatorio, encontrando como único límite aquellas cuestiones relacionadas directa y únicamente con la inmediación del juicio oral, materia vedada por su propia naturaleza irrepetible, en esta etapa revisora.

Desde esta perspectiva y con los alcances asignados, corresponde entonces evaluar el acierto o desacierto del tribunal a la hora de valorar la prueba en consonancia con los parámetros previstos en el art. 398 del CPPN, para tener por probado el hecho y considerar penalmente responsables a los imputados.

Para arribar a la conclusión de la efectiva participación de los imputados en el hecho previamente descrito, el tribunal *a quo* comenzó por analizar los testimonios de los hermanos R.

Así, recordó que C. A. R. manifestó que fue durante la madrugada cuando personal del Servicio Penitenciario, entre los que se encontraban los imputados, procedieron a retirarlo para aplicarle una sanción por la supuesta rotura de unas perillas de luz. Detalló que junto con otros catorce internos fueron trasladados a la central, en donde lo encerraron en una celda junto a su hermano —M. R.—.

Frente a ello, C. rememoró que junto a su hermano comenzaron a gritarles a los demás internos que no se hicieran cargo de la rotura de los pulsadores y que no firmaran nada que los inculpara. Por ello, recuerda C., es que lo retiraron de esa celda y junto a su hermano lo llevaron al patio de aislados, lugar donde personal penitenciario les propinó una golpiza mientras les decían que “(e)ran pesados y que querían mandar a los demás”.

En ese marco, mencionó que fue B. quien le aplicó el primer golpe y que cuando su hermano quiso defenderlo, también lo golpearon a él. Refirió que la golpiza duró entre cinco a siete minutos y que luego fueron llevados a la enfermería mientras C. les refería que lo sucedido era responsabilidad de ellos por no haber querido firmar. Destacó que C. le explicó al médico que los golpes eran consecuencia de que se había autolesionado con su hermano, pero que eso era una falacia.

Brindó detalles de cómo se practicó la revisión médica y de cómo transcurrió la noche. Aclaró que, al día siguiente, se presentó el Director del Servicio Penitenciario quien les indicó que debían comportarse correctamente, luego de lo cual fueron a recibir a sus visitas.

Mencionó que fue objeto de constante hostigamiento por parte del personal penitenciario y que luego del hecho, junto a su hermano formularon la denuncia a la Procuración Penitenciaria.

De otra banda, el tribunal *a quo* valoró la declaración testifical de M. R., la cual resultó conteste con los dichos de su hermano C. En efecto, en su relato confirmó la razón por la cual se inició este incidente (la supuesta rotura de unas perillas de luz), el hecho de que fueron más los efectivos del Servicio Penitenciario que participaron del evento aquí traído a estudio y que cuando intentaron obligarlos a firmar la sanción, él y su hermano se negaron y les gritaron a sus compañeros que tampoco debían firmar, por cuanto no habían hecho nada.

M. también manifestó que en virtud de ello, los guardias los retiraron y llevaron a un patio de larga extensión, los esposaron y golpearon. Detalló que C. los escoltó hasta la enfermería y fue quien le refirió al médico que los internos se habían autoagredido.

Brindó detalles sobre lo sucedido en la enfermería explicando que el médico los había revisado a él y a su hermano, y que los guardias los redujeron y ataron a la camilla. También recordó que así pasó la noche y que a la mañana siguiente se presentó el director de la unidad y le pidió que no dijera nada de lo sucedido. Luego se retiró a ver a sus familiares.

El tribunal *a quo* también tomó en consideración las declaraciones de E. L. C. y V. H. R., quienes, el día del hecho se encontraban detenidos en el mismo pabellón que las víctimas. Así, recordaron que ambos dieron detalles de la razón por la cual los habían sancionado —por las roturas de unas perillas de luz— y expresaron que los hermanos R. no habían regresado al pabellón el día del hecho, pero que cuando volvieron varios días después tenían moretones en sus cuerpos.

En virtud de la prueba, el tribunal concluyó que “(l)as pruebas incorporadas y valoradas en este proceso resultan contestes en confirmar, sin margen a dudas, fragmentos específicos de los hechos denunciados. Los testimonios de las víctimas ofrecen un panorama cetero respecto a cuestiones secuenciales puntuales que, a su vez, fueron admitidas por los imputados en sus declaraciones indagatorias y también confirmadas con la prueba documental obrante en la causa”.

En ese marco, señaló que “(S)e pueden identificar dos tramos de la imputación fáctica en esas condiciones y sobre las que no versan contradicciones sustanciales. La primera, refiere a la facción del hecho ocurrido el 04/02/2011, entre las 0:00 hs. y 01:00 hs. en la unidad penitenciaria N° 1 de Córdoba, luego de un procedimiento de recuento y barroteo en el pabellón C-4 del Módulo MD II, donde C. y M. R. fueron esposados y retirados de sus celdas junto a otro número importante de internos, por los imputados y otros agentes penitenciarios, atribuyéndoles haber roto las perillas de luces del pabellón. Que todos fueron llevados al núcleo central y distribuidos en boxes donde les quitaron las esposas. En esas circunstancias, los hermanos R., hasta ese momento ilesos, se negaban a firmar la sanción y se mostraban disconformes con el procedimiento, incitando a compañeros de pabellón a que no se responsabilizaran por esas roturas. El segundo fragmento temporal de la imputación que cuenta con respaldo verosímil en las pruebas del juicio y fueron asumidos por todas las partes, sucedió entre las 1:40 y 1:45 hs. en ocasión del traslado de los internos R. a la enfermería, donde fueron revisados por el médico del servicio penitenciario, Dr. Lorenzatti, quien certificó las lesiones que ambos registraban. Que permanecieron en la enfermería, sujetos de pies y manos a una camilla, durante la noche y en la mañana fueron liberados para recibir visitas de familiares”.

Afirmado ello, el juez Julián Falcucci, quien inauguró la resolución, puso de resalto que la cuestión aquí controvertida finca sobre lo ocurrido en el espacio temporal y espacial que va desde el momento en el que los internos R. fueron conducidos al box de la central —0:40— y aquel en el que registraron el ingreso a la enfermería donde se constataron sus lesiones —1:40— y, específicamente determinar qué fue o quiénes fueron los agentes causantes de las lesiones que presentaban aquéllos.

En este contexto, el mencionado juez resaltó que la prueba directa que, quizás, hubiera sido concluyente en orden a comprobar si los internos R. fueron o no trasladados al patio de aislamiento y, en su caso, las condiciones físicas en las que regresaron de allí, era el material filmico de las cámaras de seguridad instaladas en los sectores comprometidos, pero lo cierto es que justamente en la franja horaria en la que ocurríe-

ron esos sucesos se registró una falla en el sistema y no se pudo tener acceso a las imágenes de ese lapso.

En punto a ello, refirió que resultó “(a)ltamente llamativo que solo se verificó una falla en el registro fílmico de ese día y precisamente, ocurrió en el horario en el que sucedieron los hechos denunciados [y que] si un oficial a cargo de custodia de detenidos decide propinarles golpes va a sustraerse de la percepción de otros y la registración de esos actos”.

El tribunal hizo hincapié en que “(s)i bien el técnico informático manifestó que era difícil borrar el contenido de una grabación, sin descartar la posibilidad, transcurrió un tiempo suficiente desde el acaecimiento del hecho denunciado y el secuestro del material informático de las cámaras de seguridad —trece días—, que al menos conjeturalmente, posibilitan la manipulación de las imágenes”.

En efecto, con una mirada global que abarcó la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los internos de un establecimiento carcelario, declaró que “(e)l relato de agresión sufrido por las víctimas se ha mostrado invariable desde el origen mismo de las actuaciones, sin fisuras de trascendencia que habiliten racionalmente a dudar de esas afirmaciones”.

Y profundizó al señalar que “(L)as divergencias detectadas en ambos testimonios, respecto de la cantidad de internos sometidos a procedimiento disciplinario, los oficiales que participaron de la golpiza, quien propinó el primer golpe y el tiempo, en minutos exactos, que duró la misma, de modo alguno resultan trascendentes, para restar valor a una narración que a pesar del tiempo transcurrido y el contexto específico en el que se produjo, siempre sindicó a los tres imputados en los hechos agresivos, consistentes en golpes de puño y patadas, que produjeron las lesiones constatadas en informes médicos”.

Así las cosas, luego de analizar las distintas declaraciones de los camaradas de pabellón de los hermanos R., los dichos de los médicos que atendieron a las víctimas, el asiento fotográfico de las lesiones realizado por el Dr. Carballo, las manifestaciones de la enfermera que los atendió luego del suceso, las versiones de las propias víctimas e inclusive sopesar los asientos del libro de novedades del establecimiento penitenciario —entre otros datos surgidos del juicio—, el tribunal de la anterior instancia concluyó que “(l)a eficacia probatoria que cabe asignarles a los indicios que surgen respecto al hecho atribuido a B., M. y C. y concretamente su responsabilidad penal, por ser los agentes penitenciarios identificados como agresores de C. y M. R., es plena. La conducencia del medio probatorio, se atribuye en razón del vínculo lógico que une los sucesos indicadores, en cuanto a significación probatoria, con los parámetros fácticos de atribu-

ción del hecho que corresponde imputarles. Es que, todos y cada uno de los elementos indiciarios aquí analizados gozan de respaldo legal, en la medida que han sido recabados lícitamente. De allí, se extrajeron datos precisos, que, en su concordancia, dotaron de claridad y certeza a la hipótesis acusatoria”.

Y afirmaron que “(l)a conexión lógica, unívoca e inequívoca, entre las lesiones y la versión de los denunciantes sobre como se produjeron, apoyada en informes médicos y declaraciones testimoniales calificadas, se deriva razonablemente del análisis de los indicadores antes referidos”.

Por lo demás, y en relación a la versión defensiva, el tribunal *a quo* adujo que las convergencias de los indicios aportados en el proceso logran desvirtuar sus dichos con la certeza que impone una decisión de culpabilidad.

En punto a ello, el tribunal señaló que “(p)or inferencia lógica, se puede conjeturar que, si los internos R. estuvieron en el box, que no era hermético puesto que estaba cerrado con rejas, tal como refieren los imputados, y allí se autoagredieron, los demás internos, que se encontraban a escasos metros, de espalda, habrían escuchado algo más que las discusiones que también los denunciantes reconocieron haber tenido con los guardias cárcel. El testigo C., presencial en el diagrama fáctico que presentaron los imputados, declaró que solo oyó desavenencias y gritos entre los internos R. y los empleados de la penitenciaría, pero jamás aludió a golpes ni quejidos propios de impactos entre ellos y con la pared, supuestamente autoprovocados”.

Así, entendieron que “(a) más de no contar con respaldo probatorio independiente, no lograron configurar indicios posibles de contradecir la inferencia racional extraída. No se configuraron otras posibles y razonables hipótesis que lograran derivar el curso lógico de los acontecimientos hacia la autoagresión”.

De otra parte adujeron que “(f)rente a la posibilidad concreta y circunstanciada de apremios por parte de empleados penitenciarios, las normas de la experiencia no brindan opciones disímiles igualmente atendibles en dos sujetos detenidos, que estando sometidos al control directo de personal de seguridad —es decir, no se encontraban en el patio, en el pabellón o adentro de sus celdas en soledad—, fueron sometidos a un procedimiento disciplinario realizado a la madrugada de los que luego resultaron lesionados. La hipótesis de la agresión propia y cruzada por parte de los hermanos R., en un sector que compartían con varios compañeros de pabellón sin que éstos hubiesen escuchado dichos golpes, se desvanece. En este sentido, R., que supo por los demás presos lo ocurrido esa madrugada, en ningún momento mencionó la autoagresión”.

A continuación, pusieron de resalto como relevante que “(l)a denuncia recibida por la Procuración Penitenciaria de la Nación el mismo 4 de febrero, respecto a malos tratos por parte de agentes penitenciarios, fue realizada por uno de los compañeros de pabellón que presenciaron los hechos”.

Paralelamente resaltaron que “(l)a rareza de la autoprovocación de lesiones, fue además, puesta de resalto por el médico de la Procuración Penitenciaria de la Nación, quien con experiencia, solvencia y preparación en asesoramiento de casos médicos como estos, referenció que en los años que lleva en su cargo, ha descartado versiones inverosímiles de internos que aducían malos tratos, ha investigado casos [de] apremios y torturas en el penal, e incluso asistido a situaciones de auto flagelo, distinguibles de la autolección, pero jamás había escuchado que ante la denuncia del tipo se invoque como defensa la golpiza propia de los encarcelados”.

Finalmente concluyeron que “(s)i bien ambos médicos coincidieron que las lesiones eran de carácter leves y compatibles con mecanismos de contusión —es decir golpes o choches contra superficies duras o semiduras—, fue el Dr. Carballo quien explicó que, aun cuando no podían diagnosticarse, existía una relación firme entre las lesiones registradas en M. y C. R. y las versiones que ellos presentaron sobre cómo se produjeron. Incluso, explicó que la dimensión de los hematomas que observó en esos pacientes y los sitios donde se visualizaban las lesiones —principalmente de C. R.— permitían sostener la agresión externa”.

De la lectura de la sentencia que viene en inspección y del análisis de los datos se observa que las versiones de las víctimas resultaron consonantes con los informes preliminares presentados por la Procuración Penitenciaria de la Nación, el libro de visitas del día del hecho —4 de febrero de 2011—, la nómina del personal del Establecimiento Penitenciario N° 1 que prestó servicios los días 3 y 4 de febrero de 2011, en el M.D.2 como seguridad interna —W. C., N. M., A. B., entre otros—, las fichas de asistencia médicas de la institución penitenciaria de las cuales surge que C. y M. R. fueron revisados por el Dr. Lorenzatti y en ambos se constataron hematomas y edemas en varias regiones, y el informe médico elaborado por el Dr. Hugo Germán Carballo en su rol de representante de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

En este marco, es importante recordar que “apremia” a otro aquel que “(e)erce algún tipo de presión física o psicológica, para obtener algo a cambio [... pero] a fin de evitar que toda medida estatal de contenido apremiante llene sin más el tipo legal que estudiamos, nuevamente, el legislador introduce un nuevo elemento normativo de recorte a nivel del tipo objetivo: el apremio debe ser ilegal, es decir, fuera

de aquellos casos auto[r]izados por la ley en que los funcionarios deben cumplir con su deber y se rigen estrictamente por las leyes que habilitan tal ejercicio de poder” (cfr. Rafecas, Daniel E., “Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos”, en: *Delitos contra la Libertad*, coordinado por Luis F. Niño y Stella Maris Martínez, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, ps. 186 y ss.).

Estamos en condiciones de afirmar, por ende, que las pruebas producidas e incorporadas durante el juicio, fueron correctamente evaluadas por el tribunal de juicio. Por tanto, la sentencia atacada se encuentra suficientemente fundada y no resulta en absoluto arbitraria, cuenta con los fundamentos jurídicos, necesarios y suficientes que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449 y 303:888), y la defensa sólo reeditó los planteos efectuados en juicio que el tribunal contestó fundadamente en su sentencia, sin probar el apartamiento de la solución jurídica que corresponde al caso.

Finalmente, es menester memorar que la defensa se agravio frente a la circunstancia de que no hubo testigos directos del hecho más que los denunciantes y que no se pudo corroborar el lugar donde efectivamente se produjeron los hechos, pero todo lo sucedido debe ser analizado, tal como lo hizo el tribunal, dentro del contexto donde se desarrolló, es decir, en el marco de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los internos de un establecimiento carcelario, circunstancia que implica que la obtención de pruebas se torne aún más dificultosa que en un medio libre.

En punto a ello, es importante destacar que esta clase de hechos ilícitos, como sucede con algunos otros —nos referimos, verbigracia, a aquellos relacionados con la violencia familiar doméstica o de género— se desarrollan en la intimidad de agresor agredido, o, como sucede en este caso, los acontecimientos se dan detrás de gigantescos muros que guardan todos los secretos, más allá de que estos ámbitos, de común, se encuentren colmados de personas —sobrepoblación— entre internos, personal del servicio penitenciario y civil.

Sin embargo, a pesar de la cantidad de personas que transitan por las cárceles, no todas oyen o ven lo que les pasa a quienes allí se encuentran alojados. Ello principalmente obedece a que en la mayoría de las ocasiones se eligen lugares reservados y distantes de la población carcelaria para concretar los apremios. También debe ponderarse que en ocasiones los internos —por distintas circunstancias— son remisos a contarnos todo lo que pasa (en este sentido nuestro voto al integrar el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín en la causa N° 2838, “Martínez, Juan P. y otros s/ imposición de tortura” del 16 de junio de 2015).

En efecto, “(l)as dificultades de control sobre la actuación de los funcionarios ejecutivos, por parte de los organismos jurisdiccionales, se extienden (y exacerban) al cumplimiento de la legalidad en las cárceles, especialmente durante la etapa de la ejecución de la pena, ello pese a que el ámbito de actuación de los funcionarios penitenciarios está sujeta a normas y reglamentaciones más estrictas que las de otras áreas de actuación ejecutiva estatal en donde tiene lugar la privación de libertad de personas...” (obra citada, p. 194).

Así sucedió en este caso, en el cual las víctimas fueron conducidas a un patio donde precisamente no había otras personas ajenas al servicio penitenciario que luego pudiera oficiar de testigos ni posibilidad de ser filmados los hechos por las cámaras de seguridad, por lo que los agravios de la defensa, en este punto, carecen de todo sustento.

Las contradicciones alegadas por la defensa constituyen meras discrepancias con el temperamento adoptado por el tribunal *a quo* que no logran demostrar que hayan existido deficiencias lógicas de razonamiento o fundamentación.

En el mismo sentido es útil expresarse en punto a la alegada arbitrariedad al momento de ponderar los distintos testimonios brindados durante el juicio oral en tanto el tribunal de juicio efectuó una fundada y razonable valoración de las pruebas producidas durante el juicio, sustentado jurídicamente la atribución de los hechos endilgados sobre la base de un plexo cargoso que fue valorado de manera conjunta y prudente.

De tal modo, de la lectura de la sentencia cuestionada se observa que se efectuó un examen global y abarcativo de la distinta prueba disponible, evitan fragmentarlas. Esto permitió al *a quo* extraer sus conclusiones a la luz de los criterios de la sana crítica racional.

Conforme todo lo pormenorizado advertimos que las objeciones de la defensa no logran conmovir el análisis de la prueba producida que efectuó el tribunal de la anterior instancia, el cual se presenta íntegro y contundente.

De este modo, estamos en condiciones de afirmar que el decisorio atacado evidencia un análisis correcto de la prueba reunida contra W. E. C., A. E. B. y N. A. M., cuyos elementos, debidamente ponderados a partir de un juego armónico acorde con las reglas de la sana crítica, obstan un cuestionamiento por arbitrariedad.

En efecto, el temperamento recurrido no contiene transgresiones o defectos lógicos sino que, por el contrario, se encuentra sustentado en las circunstancias comprobadas durante el juicio.

De manera adversa a lo pretendido por la parte impugnadora, la sentencia del tribunal *a quo* se encuentra suficientemente fundada y no resulta en absoluto arbitraria, al contar con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449 y 303:888).

Al amparo de la pretendida arbitrariedad en la argumentación, lo cierto es que la defensa únicamente exteriorizó divergencias de criterio con el razonamiento efectuado al ponderarse el plexo probatorio, pero de su compulsión, evaluación y análisis de manera alguna surge un apartamiento de las pruebas del presente proceso sino que fue a partir de ellas que se tuvo por probada la materialidad del hecho y la intervención que en éste tuvieron W. E. C., A. E. B. y N. A. M.

Por tales razones, habremos de descartar los agravios esgrimidos por la asistencia técnica en este punto.

IV. Por lo expuesto, votamos por rechazar el recurso de casación incoado por la defensa con expresa imposición de costas en la instancia (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530, 531 y concordantes del CPPN) y tener presente la reserva del caso federal.

Es nuestro voto.

El doctor *Petrone* dijo:

Por coincidir en lo sustancial con los fundamentos expuestos por el juez Diego G. Barroetaveña, adhiero a la solución propuesta en cuanto corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, con costas.

El doctor *Riggi* dijo:

Las plurales consideraciones vertidas en el voto del distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Diego G. Barroetaveña —que ya cuenta con la adhesión del doctor Daniel A. Petrone—, y a cuyos fundamentos cabe remitirse a fin de evitar repeticiones inútiles, permiten descartar la existencia de arbitrariedad, vicios de logicidad o fundamentación en la sentencia impugnada, como así también errores en la valoración de la prueba.

Por lo expuesto, adherimos al rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de A. B., N. A. M. y W. E. C., con costas.

Tal es nuestro voto.

En mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A. B., N. A. M. y W. E. C., con costas (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530, 531 y concordantes 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.* — *Eduardo R. Riggi.*

VENTA DE MERCADERÍAS PELIGROSAS PARA LA SALUD

Dióxido de cloro ofrecido en venta por redes sociales en contexto de pandemia por COVID-19. Revocación de sentencia que archivó las actuaciones por inexistencia de delito. Posible adecuación a la figura del art. 201 del Cód. Penal.

Asiste razón a la magistrada de grado en lo relativo a la falta de adecuación del hecho investigado en el tipo penal previsto en el art. 204 del Cód. Penal. Sin embargo, no debemos soslayar la postura del Ministerio Público Fiscal que cuestionó el archivo de las actuaciones por inexistencia de delito, dado que, en su opinión, los sucesos podrían encuadrar en la figura tipificada en el art. 201 del Cód. Penal. Bajo estas circunstancias, advertimos que si bien la mercadería vendida, en el caso, dióxido de cloro, sería peligrosa para la salud según lo informado por la ANMAT, resta esclarecer el modo en que habrían disimulado su carácter nocivo conforme lo requiere el tipo penal en cuestión, por lo que corresponde revocar la sentencia que dispuso el archivo de las actuaciones por inexistencia de delito.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 03/06/2021. - N. N. s/ suministro infiel de sustancias medicinales.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/65233/2021]

Expte. n° CFP 6320/2020

Buenos Aires, 3 de junio de 2021.

Considerando:

I. Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de este tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Dr. Ariel Gonzalo Quety, auxiliar fiscal de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 4, contra la resolución del pasado 6 de mayo del año en curso mediante la cual la jueza de grado dispuso el archivo de las actuaciones por entender que los hechos traídos a estudio no constituían delito.

II. La magistrada de primera instancia recordó que la investigación se había iniciado a raíz de la prevención efectuada por la División Ciberpatrullaje de la

P.F.A. que había detectado en las páginas de Instagram, Facebook y Mercado Libre diversas publicaciones que ofrecían a la venta con carácter medicinal dióxido de cloro.

Respecto a dicha sustancia, explicó que era un compuesto químico que no estaba prohibido de por sí, sino que su consumo como medicación se encontraba desalentado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnológica Médica (en adelante ANMAT), conforme su comunicado de fecha 4 de agosto de 2020, del cual surgía que “Debido a la circulación de información en redes sociales y medios digitales relacionados a la utilización de dióxido de cloro para el tratamiento de COVID-19 u otras enfermedades, se recuerda que el producto mencionado no cuenta con estudios que demuestren su eficacia y no posee autorización alguna por parte de este organismo para su comercialización y uso”.

A su vez, manifestó que si bien de algunas de las publicaciones señaladas se desprendían supuestas cualidades medicinales, no podía tenerse por acreditado que su utilización fuese exclusivamente para consumo en los términos advertidos por la ANMAT.

Destacó, además, que ninguna de las publicaciones continuaba exhibida en las redes sociales al momento de resolver y tampoco pesaba sobre el producto una disposición del organismo regulador que prohibiera su comercialización.

En definitiva, concluyó que el dióxido de cloro no estaba comprendido como sustancia medicinal, de modo tal que las acciones reveladas no encontraban adecuación típica en el artículo 204 del Código Penal, por lo que dispuso el archivo de las actuaciones conforme lo normado en el segundo párrafo del artículo 195 del C.P.P.N.

III. El fiscal del fuero se agravió tras considerar que las constancias de autos y las características de los hechos pesquisados impedían afirmar que se tratara de un supuesto de inexistencia de delito.

En tal sentido, destacó la información suministrada por la ANMAT respecto al dióxido de cloro.

Explicó que el organismo a través del comunicado del 4 de agosto de 2020 había alertado sobre los riesgos por la ingesta e inhalación de dicha sustancia bajo la creencia de que ofrecía soluciones para la prevención y tratamiento de determinadas enfermedades; y que los productos que se promocionaban con dióxido de cloro no estaban autorizados como medicamentos o suplementos dietarios, ni contaban con estudios que demostraran la eficacia.

Además, refirió que dicha dependencia en su comunicado del 12 de enero del año en curso había recomendado no utilizarlo para el tratamiento de enfermedades y había reiterado que no poseía autorización alguna para su comercialización y uso, como así también había dejado asentado que la Organización Panamericana de la Salud había emitido un informe sobre la posibilidad de efectos adversos que podría causar la ingesta de productos a base de dióxido de cloro o clorito de sodio, recordando a la población no utilizar productos no autorizados ya que se encontraba fuera de lo establecido en la normativa vigente.

Bajo estas condiciones, el recurrente alegó que si bien las conductas investigadas no encontrarían adecuación típica dentro de las previsiones del artículo 204 del C.P., conforme sostuvo la jueza de grado, debido a que el dióxido de cloro no estaba comprendido como sustancia medicinal, no podía descartarse la posible configuración del tipo penal previsto en el artículo 201 del C.P., en tanto se estaría poniendo a la venta mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.

En consecuencia, concluyó que la resolución de primera instancia que archivaba las presentes actuaciones por inexistencia de delito no resultaba acertada.

Por su parte, en la oportunidad prevista en el artículo 454 del C.P.P.N., el Dr. Agüero Iturbe mantuvo dicha impugnación y compartió los argumentos aludidos.

IV. Circumscripta así la cuestión que nos vemos llamados a dirimir, advertimos que asiste razón a la magistrada de primera instancia en lo relativo a la falta de adecuación del hecho investigado en el tipo penal previsto en el artículo 204 del C.P.

Sin embargo, no debemos soslayar la postura del Ministerio Público Fiscal de ambas instancias que cuestionó el archivo de las actuaciones por inexistencia de delito (artículo 195, segundo párrafo, del C.P.P.N.), dado que, en su opinión, los sucesos podrían encuadrar en la figura tipificada en el artículo 201 del C.P.

Bajo estas circunstancias, advertimos que si bien la mercadería vendida sería peligrosa para la salud según lo informado por la ANMAT, resta esclarecer el modo en que habrían disimulado su carácter nocivo conforme lo requiere el tipo penal en cuestión.

En consecuencia, procederemos a revocar la resolución puesta en crisis, recordándole a la jueza de grado que podrá hacer uso de la facultad que le otorga el código de procedimiento para delegar el trámite de la causa a fin de que sea el titular de la acción penal quien lleve a cabo las tareas de investigación

que considere pertinentes (ver CFP 9512/19/CA1, rta. 19/08/20).

V. Resta aclarar que atento a lo dispuesto en la acordada 31/20 y concordantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la 10/20 y concordantes de esta cámara la presente se dicta vía Lex100.

Por lo expuesto, este tribunal *Resuelve*:

REVOCAR la resolución del pasado 6 de mayo del año en curso mediante la cual se dispuso el archivo de las actuaciones por entender que los hechos traídos a estudio no constituían delito; DEBIENDO la magistrada de grado actuar conforme lo apuntado en la presente.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia, mediante sistema informático. — *Leopoldo O. Bruglia*. — *Mariano Llorens*. — *Pablo D. Bertuzzi*.

CIBERDELITOS

Medida cautelar destinada a ordenar a un banco que se abstenga de efectuar descuentos en la cuenta bancaria del actor. Préstamo que habría sido obtenido por terceros mediante la obtención de las claves de acceso. Consumidor hipervulnerable. Mayor exposición de los adultos mayores a los riesgos cibernéticos. Procedencia.

1. — Corresponde admitir la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Banco demandado se abstenga de efectuar descuentos en la cuenta de titularidad del actor, originados por el préstamo obtenido a través del servicio de *homebanking* en un posible caso de ciberdelito, pues se trata en definitiva de cautelar a la parte más vulnerable dentro del vínculo jurídico y de proteger su, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en el marco de la causa principal, lo que hace que deba atenderse a la solución más favorable al consumidor (art. 3°, ley 24.240).
2. — Pese a que la medida cautelar se dicta inaudita parte, se observa también que el Banco demandado fue primeramente comunicado de lo acontecido por carta-documento en la que se le solicitó se abstenga de continuar efectuando los descuentos y que la demanda apenas se presentó un mes y medio después. En todo este plazo el Banco solo se atuvo a dar una respuesta negativa sobre su responsabilidad sin mostrar ninguna voluntad en ofrecer

una solución a quien veía afectarse sus recursos con carácter alimentario mes a mes.

3. — En el caso bajo examen nos encontramos frente a un adulto mayor, que reviste una especial tutela en razón de la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Adultas Mayores, la cual reconoce la existencia de una brecha digital generacional (art. 20, inc. d). Dicha brecha hace que los adultos mayores estén más expuestos a los riesgos cibernéticos, pues se materializan en un entorno que les resulta particularmente ajeno. Esta cuestión permite considerar a aquellos como consumidores hipervulnerables (conf. res. 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación).
4. — Respecto al requisito de peligro en la demora, este surge de la trascendencia económica de los montos descontados de los ingresos —en concepto de pensión— del actor, máxime en casos como en el presente, donde la persona recibe un dinero que reviste carácter alimentario y que, descuentos mediante, se traduce en apenas poco más que un salario mínimo vital y móvil. Esto torna aún más evidente el perjuicio que se genera y releva de mayor análisis acerca de la superioridad económica que detenta el Banco frente al actor.

CFed. Bahía Blanca, sala I, 27/05/2021. - Reimondi, José Antonio c. Banco Nación Argentina s/ Ley de Defensa del Consumidor.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/55446/2021]

Expediente N° FBB 10716/2020/1/CAI

2ª Instancia. - Bahía Blanca, mayo 27 de 2021.

Considerando:

1. A fs. 67/74, el Juez de la instancia de grado decidió hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Banco de la Nación Argentina, sucursal Punta Alta, se abstenga de efectuar los descuentos que se realizan en la cuenta bancaria de titularidad del actor, originados por el préstamo obtenido a través del servicio de *homebanking* de dicha entidad por la suma de \$270.000 y la suma de \$16.000 en concepto de extracción, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estos autos.

Para así decidir, tomó en consideración que se encuentran reunidos todos los requisitos que habilitarían el dictado de la medida cautelar contra el BNA.

Respecto de la posibilidad de ocasionarse perjuicios graves de imposible reparación ulterior, el *a quo*

señaló el impacto económico, cierto y verificado, que tiene el descuento de las cuotas del crédito bajo examen respecto a una persona de 66 años, jubilado, ex combatiente de Malvinas que padece serias afecciones de salud por sus actos de servicio prestados en el Conflicto Bélico del Atlántico Sur en 1982 y reviste la condición de discapacitado, que percibe haberes por un monto neto que ronda los \$40.900 (DNI, certificado de discapacidad, nota del Dpto. Veteranos de Malvinas de fecha 16/04/2017, constancia del Instituto de Previsión Social de la Pcia. de Bs. As. y facturas de servicios de agua, cable, electricidad y gas).

En relación a la verosimilitud del derecho el *a quo* entendió que se encuentra acreditada en el caso, atento el carácter de cliente del actor (quien percibe sus ingresos en el BNA), quien prima facie habría sido víctima de un ciberdelito y la actividad —en principio— arbitraria de la demandada, pues el BNA persiste en el descuento de las cuotas correspondientes al crédito denunciado, pese a estar en conocimiento, al menos, de la alegada ajenidad de su cliente en la operatoria virtual de la que derivó dicho préstamo y de la existencia de una investigación penal en curso para determinar cómo ocurrieron los hechos y quiénes fueron efectivamente sus responsables (cfr. IPP N° 16.147/20). De ello se sigue también, según el razonamiento del *a quo*, la verosimilitud de la ilegalidad.

Finalmente indicó que también se cumple con los requisitos de no afectación del interés público y que la medida solicitada no produce efectos jurídicos o materiales irreversibles, ya que en el sub lite se solicita en forma cautelar solamente la suspensión del descuento de las cuotas del crédito referido (no su cancelación, ni tampoco el reintegro de lo ya descontado), sin que pueda verse alterada o afectada la capacidad del BNA de recuperar fondos para otorgar nuevos préstamos, atento al monto en cuestión y teniendo en miras que en caso de no asistir razón al actor, el banco podrá percibir lo adeudado con más los intereses respectivos.

2. Contra dicha resolución apeló el BNA (fs. 75) y a fs. 77/79 expresó agravios, siendo ellos sucintamente, que para resolver como se hizo se consideró verosímil el relato del actor y prima facie arbitraria la conducta del banco, en cuanto persiste en el descuento de las cuotas correspondientes al crédito impugnado pese a estar en conocimiento de la situación.

Sobre el relato del actor, sostuvo que de ningún modo puede considerarse que el sistema informático falló o permitió que la maniobra en sí se concretara. Por el contrario, fue el actuar cuanto menos torpe o negligente del actor lo que posibilitó la supuesta estafa que describe en el escrito de inicio, pues fue este quien reveló las credenciales de acceso al *homebanking*, sin explotar ninguna debilidad en la seguridad

de la plataforma electrónica ni aprovecharse de fallas administrativas.

Así entendió que el actuar torpe o negligente del actor, al incumplir con su deber de usuario de banca electrónica —la guarda de las credenciales de acceso al sistema— interrumpe la cadena de causalidad que podría imputar al banco cualquier responsabilidad sobre el hecho en tratamiento.

De este modo y a la luz de lo expuesto, concluyeron que fue el cliente quien habilitó a que se concreten las operaciones ahora cuestionadas por cuanto las credenciales de acceso y uso de los canales electrónicos son personales e intransferibles y su guarda es exclusiva responsabilidad del titular de las mismas.

3. A fs. 86/92, el Ministerio Público Fiscal asumió la intervención conferida a fs. 85, ocasión en la que sostuvo lo siguiente:

En primer lugar, que el vínculo jurídico que une a las partes es una relación de consumo en la que el apelante reviste la calidad de proveedor en los términos del art. 2 de la ley 24.240 y art. 1093 del Cód. Civ. y Comercial, con lo cual pesaría sobre él una obligación expresa de seguridad y garantía respecto de los usuarios con los que ha contratado, que le impone prestar el servicio de forma tal que no les cause daños a estos, tanto en su persona como en sus bienes (arts. 5, 6, 28 y 40 de la ley 24.240 y art. 42 de la Constitución Nacional). En contraposición, el usuario tiene una razonable expectativa que las operaciones sobre su cuenta se realizarán en un entorno seguro para él y sus bienes.

Bajo este marco normativo, entendió que el actor, veterano de guerra, adulto mayor y discapacitado, debe ser considerado, a los fines del art. 1 de la ley 24.240 un consumidor hipervulnerable. Frente a este, se encuentra una institución bancaria centenaria y de enorme envergadura y de activos cuyas respuestas en el marco del proceso fueron absolutamente genéricas.

Señaló que resulta creíble el relato del actor, avalado por las pruebas acercadas entre las que cabe mencionar la captura de pantalla de un correo electrónico que, usurpando la identidad de la Red Link le habría indicado al actor que recibiría una comunicación de un empleado del banco, a partir de la cual sus credenciales fueron obtenidas ilegítimamente.

Indicaron que esta es una modalidad delictiva que se ha incrementado, a punto que en la Unidad Especializada en Ciberdelincuencia (UFECI) de la Procuración General de la Nación, se observó un aumento de casos en un 3000% entre 2019 y 2020.

Pusieron en evidencia que el banco, pese a sus alegaciones, no indicó la forma en la que le hizo saber

a su cliente cuales eran sus supuestas obligaciones como usuario en cuanto a no entregar sus credenciales, ni siquiera a supuestos operadores de la entidad que se presentan luego de usurpar una identidad en un contexto temporal donde los casos se venían incrementando hacía meses.

Incorporaron capturas de pantalla de la página web del BNA para mostrar que allí, incluso al día de hoy, no se destaca la información de seguridad para sus clientes, la que solo aparece al final, en un conjunto de letras más pequeñas. Así como la última publicación relacionada a ello en el Instagram del BNA data de octubre de 2020, antes de otras 51 publicaciones que fueron posteriores.

En el mismo orden de ideas, el Ministerio Público Fiscal señaló que el BNA tampoco indicó cuales fueron las medidas de seguridad en concreto que adoptó, conforme los términos de la Comunicación “B” 9042 del BCRA, para minimizar los riesgos ínsitos en una operatoria a distancia (políticas y prácticas adecuadas para gestionar este riesgo, funciones de alertas de seguridad y sistemas de detección y reporte de accesos sospechosos). Indicaron que estas medidas hubiesen permitido verificar que se estaba accediendo a la cuenta del actor desde un dispositivo diferente, posiblemente desde una dirección IP distinta de la habitual y se estaban efectuando operaciones que no correspondían con el perfil del cliente, como la obtención de un crédito de casi el cuádruple de su pensión y su transferencia inmediata a terceros cuyas cuentas fueron adheridas también en ese momento.

Trajo a colación que el banco puede (y pudo) accionar penalmente en búsqueda del recupero de los fondos para, de esa forma, minimizar o neutralizar el eventual perjuicio causado.

Finalmente, como marco interpretativo, adujo que la ley 24.240 establece que, en caso de duda sobre la interpretación de los principios de la ley, prevalecerá la más favorable al consumidor.

4. Previo a ingresar a los agravios, corresponde repasar sucintamente los hechos de esta causa.

El actor, José Antonio Reimondi, publicó en internet (en varios lugares, de entre los cuales mencionó OLX y Marketplace de Facebook) una máquina de cortar pasto (tipo tractor) a \$120.000.

A raíz de tales avisos, una persona que aparentaba estar interesada en la compra de dicho tractor, lo contactó primero por mensajería interna de Facebook el 14/09/2020, solicitando un número telefónico en tanto estaría interesado en la compra del mismo (dio número de telefonía móvil desde el que efectuaron el contacto y el nombre de pila del supuesto comprador).

Este supuesto comprador mencionó que por una cuestión de seguridad no podría retirar todo el dinero del banco, de modo que le solicitó el CBU a efectos de realizar la transferencia del dinero, por un valor de \$80.000 (debiendo abonarse el resto al momento de retirar el tractor).

El 18/09/2020 el supuesto comprador envió una aparente constancia de transferencia por dicha suma, pero Raimondi observó que no estaba acreditada en su *homebanking*.

Ante esto, el supuesto comprador manifestó que no pudo realizar la transferencia porque había un problema administrativo con el banco, indicándole que el problema se podría solucionar en 5 minutos si se realizaba desde un cajero. Por lo que recibió un email de RedLink, diciendo que se comunicaría con él un asesor de RedLink para “realizar la activación” de los \$80.000 que no se acreditaron en la cuenta. Es así que se comunicaron desde el teléfono ..., y le dieron indicaciones de lo que debía hacer en el cajero automático para que se realizara la operación.

Siguiendo los pasos que le fueron indicados obtuvieron sus credenciales de acceso. Así las cosas, el supuesto comprador solicitó un préstamo personal por la suma de \$270.000, transfiriendo dicho dinero a dos cuentas ajenas al suscripto radica en las provincias de Córdoba y Santa Fe, y sumado a ello, extrajeron de la referida cuenta la suma de pesos \$16.000 en efectivo, movimientos ocurridos entre el 18/09/2020 y el 21/09/2020.

5. La razón de ser de las medidas cautelares es que tienden a tutelar de manera efectiva y en tiempo oportuno los derechos invocados, de manera tal que eviten que el justiciable sufra un perjuicio irreparable o de muy difícil reparación; y en tanto por razones de justicia, de equidad y de urgencia, cuente con los bienes o el derecho cuyo reconocimiento reclama anticipadamente.

Ahora bien, corresponde analizar si en el presente caso se encuentran reunidos los extremos requeridos para la procedencia de la medida cautelar en crisis, en virtud de lo dispuesto por el art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Como primera cuestión, se observa que no se encuentra debatido en el presente caso que ambas partes se hallan unidas por un vínculo de consumo, en razón de que Raimondi es titular de una cuenta bancaria en el Banco de la Nación Argentina. Asimismo, ambas partes están de acuerdo en que el crédito fue otorgado con motivo en un ilícito, pero considerando la demandada que el mismo tuvo lugar por negligencia del actor.

6. Así las cosas, debe entenderse que el marco normativo dentro del cual se circunscribe esta medida

cautelar (art. 42 de la CN, ley 24.240), revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables.

En el caso bajo examen, nos encontramos frente a un adulto mayor, que reviste una especial tutela en razón de la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Adultas Mayores, la cual reconoce la existencia de una brecha digital generacional (art. 20, inc. d). Dicha brecha, hace que los adultos mayores estén más expuestos a los riesgos cibernéticos, pues se materializan en un entorno que les resulta particularmente ajeno. Esta cuestión, permite considerar a aquellos como consumidores hipervulnerables (conf. Resolución 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación).

Así, el encuadre de la relación jurídica en el marco del derecho del consumidor sobre el que se da cauce a la acción principal, coloca al actor en un marco protectorio especial, ya que se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a la institución bancaria.

7. En el mismo sentido, y a efectos de analizar la verosimilitud del derecho, interesa señalar que la documentación adjuntada avala razonablemente la versión apuntada por el accionante. En efecto, el actor acompañó recibo de haberes correspondiente al mes septiembre/2020, la planilla de consulta de movimientos donde surge que el 21/09/2020 se otorgó un crédito por \$270.000, acompañado de tres extracciones sucesivas en el mismo día: dos por \$100.000 y una por \$70.000.

El 21/09/2020 realizó la denuncia penal por el hecho que nos ocupa, a la que acompañó los *tickets* del cajero en los que constató la falta de dinero, dando origen a la IPP 16.147/20 de trámite ante la UFIJ 12 de la ciudad de Bahía Blanca, con intervención de la Ayudantía Fiscal de Coronel Rosales, en la que se constituyó como particular damnificado.

Asimismo, acompañó copia de la denuncia ante la OMIC del Municipio de Coronel Rosales y varias capturas de pantalla sobre la maniobra delictiva (copia del registro de llamadas de donde surge el número telefónico de quien se comunicó para efectuar la maniobra delictiva, la captura de pantalla del *link* enviado el 18/09/2020, el supuesto contacto desde la Red Link y varias conversaciones de WhatsApp vinculadas al hecho).

Además, debe tomarse en consideración la diligencia, seriedad y rapidez con que el actor accionó judicialmente desde que los hechos comenzaron (18/09/2020), desde que se anotició de ellos y hasta que realizó la denuncia (21/09/2020) y que comunicó de ello al BNA por carta documento el 05/10/2020.

Del mismo modo, como ya se adelantó, se observa que el BNA no descree del relato del actor, a quien considera víctima —por su propia negligencia— de la supuesta maniobra ilícita. Sin embargo, cabe señalar en tal sentido, que la determinación de la responsabilidad no es materia de esta medida cautelar, sino que será una cuestión a debatir y decidir en el marco de la acción principal.

8. Por otra parte, respecto al requisito de peligro en la demora, este surge de la trascendencia económica de los montos descontados de los ingresos —en concepto de pensión— de José Antonio Reimondi, máxime en casos como en el presente, donde la persona recibe un dinero que reviste carácter alimentario y que, descuentos mediante, se traduce en apenas poco más que un salario mínimo vital y móvil. Esto torna aún más evidente el perjuicio que se genera y releva de mayor análisis acerca de la superioridad económica que detenta el banco frente al actor.

Se trata en definitiva de cautelar a la parte más vulnerable dentro del vínculo jurídico y de proteger el salario de Reimondi, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en el marco de la causa principal, lo que hace que deba atenerse a la solución más favorable al consumidor (art. 3, ley 24.240).

9. Finalmente, las cuestiones traídas por el BNA en su recurso, con las que pretendió atacar el requisito de verosimilitud, no logran desvirtuar el razonamiento del *a quo* que aquí se confirma, máxime desde que el fallo traído a colación por el Banco en su libelo recursivo —así como los extractos allí transcritos—, no resulta análogo al presente como pretende señalar, pues se trata de una sentencia definitiva en una acción de daños y perjuicios originados por un ilícito; y no versa sobre una medida cautelar, como es el caso que nos convoca.

10. Asimismo, pese a que la medida cautelar se dicta *inaudita parte*, se observa también que el BNA fue primeramente comunicado de lo acontecido por carta documento del 05/10/2020 en la que se le solicitó se abstenga de continuar efectuando los descuentos y que la demanda recién se presentó el 26/11/2020. En todo este plazo, el BNA solo se atuvo a realizar una negativa de su responsabilidad sin mostrar ninguna voluntad en dar una respuesta que pudiera representarle una solución a quien veía afectarse sus recursos con carácter alimentario mes a mes.

Por lo expuesto, se resuelve: 1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 75 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 67/74, con costas a la vencida (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 2. Atento a la naturaleza del asunto déjese sin efecto la suspensión de plazos procesales establecida en la Ac. CSJN N° 8/2021, de

conformidad con el art. 2°, último párrafo de la misma. Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase. La señora Jueza de Cámara, doctora Silvia Mónica Fariña, no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). — Roberto D. Amabile. — Pablo A. Candisano Mera.

DELITOS TRIBUTARIOS

Evasión fiscal simple. Condición objetiva de punibilidad. Reforma de la ley 27.430. Aplicación como norma penal más benigna. Atipicidad de la conducta.

1. — Al no alcanzar el monto evadido el tope mínimo fijado como condición objetiva de punibilidad previsto por la ley 27.430, confirmar la decisión adoptada por el *a quo* de aplicar al presente caso la ley penal más benigna, en consecuencia, de ello, declarar la atipicidad de la conducta investigada por no constituir un delito tributario y sobreseer al sindicado de acuerdo con la causal prevista en el inciso 3° del art. 336 del Cód. Proc. Penal [1].
2. — La modificación sancionada —ley 27.430— debe interpretarse como un cambio de valores sobre el concepto y alcance respecto de las obligaciones tributarias. Esto toda vez, que si bien se siguen conservando los principios generales de la ley 24.769 puede decirse que el grupo penalizado solo lo será a partir de los montos que importen para la sociedad la represión y persecución penal. Ello en virtud de esta reforma que incide en la condición objetiva de punibilidad establecida en el art. 1° de la ley 24.769 —hoy derogada por el art. 280 de la ley 27.430—.
3. — La fijación de los nuevos mínimos en el tipo penal que contienen condiciones objetivas de punibilidad no importa una mera “adecuación cuantitativa”, en tanto ella revela una modificación de política criminal en la materia, con el objeto de desincriminar conductas que carecen a juicio del legislador actual de trascendencia suficiente como para generar la pertinente acción punitiva.
4. — La atipicidad de la conducta investigada —en el caso por evasión fiscal simple— no deja subsistente el tipo penal reclamado por el Ministerio Público Fiscal —por defraudación al Estado—, pues el régimen penal especial desplaza por su especialidad a las defraudaciones del Código Penal, de manera tal que si no se dan las condiciones objetivas de punibilidad

establecidas en aquel, la conducta no resulta alcanzada por la forma genérica de defraudación, sino que permanece atípica.

CFed. Mar del Plata, 01/06/2021. - G., N. J. s/ evasión simple tributaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68812/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, sala A, "Galan, Carlos Martín, Gervasoni, Alfredo Lucio s/ Evasión Simple Tributaria (Ppal. Galván)", 26/02/2021, AR/JUR/1362/2021.

Expediente N° FMP 29736/2019

2ª Instancia.- Mar del Plata, junio 1 de 2021.

Considerando:

I. Que motiva la intervención de esta Cámara Federal de Apelaciones el recurso de apelación interpuesto a fojas que anteceden por el señor Fiscal Federal a cargo de la Fiscalía Federal de la ciudad de Dolores, Dr. Juan Pablo Curi, contra el auto de fecha 0. de m...de 20..a través del cual, se resolvió Desestimar la denuncia presentada por la AFIP y en consecuencia sobreseer a N. J. G. respecto del delito de evasión simple por los Impuestos a las Ganancias, período fiscal 2014, por un valor de \$884.323,25 y período 2015 por la suma de \$434.219,29; e Impuesto al Valor Agregado, período fiscal 2014 por la suma de \$526.176,33; por considerar la conducta atípica (art. 18 CN, arts. 195 2° y 336 inc. 3° del CPPN, ley 27.430, aclarando que la formación de la causa no afecta el buen nombre y honor del que la nombrada hubiere gozado.

Luego de describir los antecedentes del caso, se agravia el Sr. Fiscal del sobreseimiento dictado en razón del hecho que se investiga. Dice que la Resolución PGN 18/2018 se instruye a los Fiscales con competencia en materia penal para que asuman la interpretación señalada en la Res. PGN 5/2012 y en consecuencia se opongan a la aplicación retroactiva de la Ley 27.430, en cuanto dispone aumentos de las sumas de dinero que establecen un límite de punibilidad de los delitos. Así, rechaza la aplicación de la referida Ley por aplicación de la garantía dispuesta por el art. 2° del CP, 9 in fine de la CADH y 15.1 PIDCyP, por considerar que no ha promovido la desincriminación de las conductas penadas por la ley 24.769 y la ley 26.735. Por ello manifiesta que no debe considerarse a la Ley 27.430, en el caso concreto, como más benigna y consecuentemente los sobreseimientos dictados deben ser revocados. Fundamenta su postura.

Radicadas las actuaciones a esta Alzada se presenta el Sr. Fiscal General Dr. Daniel E. Adler y presenta un memorial escrito en los términos del art. 454 del CPPN

Finalmente, quedan estos autos en condiciones de ser resueltos (art. 455 CPPN).

II. Que en la presente se investiga la presunta comisión por parte de Nicolás José Goñi, de la conducta típica prevista en el marco de la Ley 24.769 modificada por la ley 27.430, esto es la presunta evasión al Impuesto a las Ganancias, período fiscal 2014, por un valor de \$884.323,25 y período 2015 por la suma de \$434.219,29; e Impuesto al Valor Agregado, período fiscal 2014 por la suma de \$526.176,33, conforme lo normado por el artículo 1° de la Ley 24.769 modificada por la ley 26.735.

En tal sentido el Sr. juez *a quo* consideró que "...De lo expuesto se desprende que el artículo 2 del CP establece claramente que si la ley penal vigente al tiempo de cometerse el delito (art. 1 ley 24.769) fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio (ley 24.730) se aplicará siempre la más benigna. (...) En el caso, la nueva ley penal tributaria es más benigna pues para la procedencia del delito de evasión de impuestos exige —como condición objetiva de punibilidad— que el monto evadido supere la suma de \$1.500.000 (art. 1 según art. 279) (...) Lo cierto es que corresponde aplicar retroactivamente la nueva ley penal tributaria N° 27.430 por cuanto ella resulta más benigna para el denunciado, en virtud que ella fija nuevos topes mínimos (superiores a los montos denunciados) para la configuración del delito en el cual el Agente Fiscal encuadró la conducta" (sic).

Como se observa, en el caso en análisis, se trata de una conducta que a priori constituía delito porque superaba la condición objetiva de punibilidad prevista por el legislador en la ley 24.769 (según Ley 26.735), pero el mismo no alcanza el monto establecido en ese sentido en la ley 27.430, y sí —como consecuencia de ello— deviene aplicable el instituto de la ley penal más benigna.

El nuevo texto vigente, en aquellos casos en que —como en el presente (art. 1°, Evasión Simple)—, el monto de la pretensión fiscal sea inferior a la suma de pesos \$1.500.000, el hecho no ha de ser considerado delito, sin perjuicio de la eventual configuración infraccional, en su caso, de competencia exclusiva de la AFIP-DGI.

Por aplicación del Principio de legalidad contenido en la Constitución Nacional, la ley aplicable al delito —desde el punto de vista temporal— es la ley vigente al momento de comisión del hecho punible. No obstante la modificación introducida en la legislación de fondo, torna imperativa para el sentenciante su aplicación en razón de constituir una excepción al prin-

cipio de irretroactividad, en virtud de ser la ley, una norma penal más benigna para la situación de los imputados, ya que sus efectos operan de pleno derecho.

Que este principio deviene de lo dispuesto por el art. 2 del CP, que establece: “...Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta a la que existía al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplica siempre la más benigna...”

Que este instituto tiene ahora jerarquía constitucional, en virtud del reconocimiento otorgado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, como así también por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En ese sentido, el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 9 dispone que “...Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello...”

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 15 inc. 1 establece: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

Acompaña esta tesisura la doctrina sosteniendo: “...la ley penal más benigna no es solo la que desincrimina o establece una pena menor, pues (a) puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad, etc.; (b) puede provenir también de otras circunstancias, como el menor tiempo de prescripción...” (cfr. Zaffaroni - Alagia - Slokar, Derecho Penal, parte general, 2° edición, Ediar 2002, p. 121).

Asimismo, en relación al referido artículo 2° del CP, la CSJN en autos caratulados: “P c. Subsecretaría de Marina Mercante”, Fallos: 231.3160, ha expresado “... los efectos de la ley penal más benigna se operan de pleno derecho, es decir, aún sin petición de parte...”

En este caso, la nueva norma ha modificado los montos de las condiciones objetivas de punibilidad previstas en la Ley Penal Tributaria hasta su sanción.

La modificación sancionada debe interpretarse como un cambio de valores sobre el concepto y alcance respecto de las obligaciones tributarias. Esto toda vez, que si bien se siguen conservando los principios generales de la ley 24.769 puede decirse que el grupo penalizado solo lo será a partir de los montos que importen para la sociedad la represión y persecución

penal. Ello en virtud de esta reforma que incide en la condición objetiva de punibilidad establecida en el artículo 1° de la ley 24.769 —hoy derogada por el art. 280 de la Ley 27.430—.

III. Ahora bien, teniendo en cuenta el tributo, monto y período, la presunta evasión al Impuesto a las Ganancias, período fiscal 2014, por un valor de \$884.323,25 y período 2015 por la suma de \$434.219,29; e Impuesto al Valor Agregado, período fiscal 2014 por la suma de \$526.176,33, conforme lo normado por el artículo 1° de la Ley 24.769, respecto del imputado en autos; siendo de aplicación la ley 27.430, por tratarse de ley penal más benigna (art. 2° y concordantes del CP) debe hacérselo retroactivamente a favor de aquella respecto a los hechos aquí investigados, los que *prima facie* fueran cometidos a la luz del art. 1° de la antigua ley 24.769.

Que la fijación de los nuevos mínimos en el tipo penal que contienen condiciones objetivas de punibilidad, no importa una mera “adecuación cuantitativa”, en tanto ella revela una modificación de política criminal en la materia, con el objeto de desincriminar conductas que carecen a juicio del legislador actual de trascendencia suficiente como para generar la pertinente acción punitiva.

Que al no alcanzar el monto evadido el tope mínimo fijado como condición objetiva de punibilidad, corresponde en consideración de este Cuerpo, confirmar la decisión adoptada por el *a quo* de aplicar al presente caso la ley penal más benigna, en consecuencia de ello, declarar la atipicidad de la conducta investigada por no constituir un delito tributario y sobreseer al sindicado de acuerdo a la causal prevista en el inciso 3° del art. 336 del CPPN.

En igual sentido se ha pronunciado la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en autos “Porcel, Raúl s/ recurso de casación” al afirmar: “...En tal contexto, entiendo que el presente resulta idéntico, en lo sustancial, al que fuera resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la nación en el precedente ‘Palero, Jorge Carlos, s/ recurso de casación’ [...] motivo por el cual corresponde resolverlo de conformidad con el criterio sentado en esa oportunidad por el máximo tribunal de la República...” (del voto del Dr. Borinsky al que adhirieron los Dres. Hornos y Gemignani, resolución 185/2012 de fecha 29/02/2012), así como también en resolución 535/2012 del 18/04/2012 en autos: “Cicoria, Carlos F. s/ recurso de casación”.

Del mismo modo se expresaron la Sala III, causa N° 15.847, caratulada: “Carrizo, Juan P. s/ recurso de casación”; y la Sala I del Alto Cuerpo, en causa N° 14.232, caratulada: “María, Alfredo J. - María, Alberto Garios - María, Alcides J. s/ recurso de casación”, la Sala II,

en causa N° 16.053, caratulada: “Di Bussolo, Valerio s/ recurso de casación”.

Conteste con dicho temperamento, y ya en referencia a la Ley que ocupa el presente, sostuvo la Cámara de Casación que “...con fecha 30 de diciembre de 2017 entró en vigencia la ley 27.430 (BO 29/12/2017), que derogó la ley 24.769 y, en lo que aquí interesa, elevó el monto para el delito de evasión simple a un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) por lo tanto evidentemente resulta ley penal más benigna (art. 18 de la CN, art. 2 CP y art. 9 CADH) y, por lo tanto, aplicable al caso. Y así lo es, en virtud de que la mutación de uno de los elementos objetivos de la figura básica —evasión simple—, colocó a las circunstancias fácticas en examen por fuera de toda previsión legal de carácter penal...” (Sala 4, causa FCB 10684/2014/CFCL, “Mitre, Rosa T. s/ recurso de casación” del voto Gemignani, Registro N° 364/18.4).

Finalmente, sin perjuicio de no ser materia de agravio, el Sr. Fiscal General entiende que subsiste la figura del tipo penal básico de defraudación al estado (art. 174 inc. 5° CP). Al respecto, entiende este Tribunal que dicho planteo tampoco puede tener acogida favorable.

En efecto, la atipicidad de la conducta investigada no deja subsistente el tipo penal reclamado por el Ministerio Público Fiscal, pues el régimen penal especial desplaza por su especialidad a las defraudaciones del CP, de manera tal que si no se dan las condiciones objetivas de punibilidad establecidas en aquel, la conducta no resulta alcanzada por la forma genérica de defraudación sino que permanece atípica (CFAMDP; Registro N° 5179 del 07/05/2003).

Por ello y lo normado por los arts. 2 C.P; art. 1° de la Ley 24.769 —según Ley 26.735— y art. 279, Título I art. 1° de la Ley 27.430; arts. 336 inciso 3° e *in fine*, 454 y 455 CPPN, el Tribunal resuelve: Confirmar el auto de fecha 0..de m.. de 20... a través del cual, se resolvió Desestimar la denuncia presentada por la AFIP y en consecuencia sobreseer a N. J. G. respecto del delito de evasión simple por los Impuesto a las Ganancias, período fiscal 2014, por un valor de \$884.323,25 y período 2015 por la suma de \$434.219,29; e Impuesto al Valor Agregado, período fiscal 2014 por la suma de \$526.176,33; por considerar la conducta atípica (art. 18 CN, arts. 195 2° y 336 inc. 3° del CPPN, ley 27.430, aclarando que la formación de la causa no afecta el buen nombre y honor del que la nombrada hubiere gozado. Todo ello en cuanto fuera expreso motivo de agravio. Protocolícese, notifíquese, publíquese y devuélvase. Nota. Para dejar constancia que una vocalía de este Tribunal se encuentra vacante (art. 109 RJN). — Alejandro O. Tazza. — Eduardo P. Jiménez.

INCAPACIDAD SOBREVINIENTE EN EL PROCESO PENAL

Mujer de 71 años con antecedentes de trastornos cardiovasculares sistémicos y otras patologías. Estado psíquico que permite comprender el contenido de la imputación y ejercer su defensa. Debate a realizarse por videoconferencia en presencia de un familiar.

Tras un minucioso análisis de los estudios realizados a la imputada, corresponde rechazar la incapacidad sobreviniente postulada por la defensa, toda vez que, si bien aquella presenta un cuadro clínico signado por diversas patologías que se encuentran adecuadamente tratadas, y le han sido recetado antidepresivos, ha sido descartado que su estado psíquico general le impida comprender el contenido de la imputación y ejercer correctamente su defensa. Sin perjuicio de ello, conforme las pautas establecidas por la junta médica, la participación en el debate se limitará a lo estrictamente necesario, se realizará a través de videoconferencia y se solicitará la presencia de un familiar en su domicilio para el caso de que requiera algún tipo de asistencia.

Toral Crim. Fed. Nro. 3, San Martín, 26/05/2021. - Z., M. T. y otros s/ inf. art. 168 del CP.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/55445/2021]

Causa FSM 129/2013

San Martín, mayo 26 de 2021.

La doctora *Flores Vega* dijo:

I. Que en el marco de la Audiencia de la acordada 1/12 de la CFCEP fijada por Presidencia unos días antes del comienzo del debate oral y público con el fin de organizar su desarrollo —sobre todo en razón de la situación sanitaria imperante—, el Dr. Sobrino, Defensor Particular de la imputada M. T. Z., manifestó que su asistida presentaba problemas de salud que le impedirían la presencialidad en las audiencias de debate. Como consecuencia de ello, por Presidencia, se lo intimó para que presentara las constancias médicas correspondientes.

En la misma audiencia el Sr. Fiscal Dr. Eduardo Co-desido le solicitó a la defensa de Z. que indicara si su asistida estaba en condiciones de realizar su defensa material y de afrontar el debate oral. A raíz de esa inquietud del acusador, y en atención a la edad de la imputada, se ordenó la realización del informe previsto en el artículo 78 del CPPN.

II. El 12 de marzo de 2021 produjo un informe la Dra. L. N. P., médica psiquiatra del CMF (cfr. fs. 2126). En esa oportunidad destacó la profesional que la señora Z. "...se presenta a la entrevista con actitud colaboradora y afable. Se encuentra globalmente orientada respecto a su persona, al tiempo y espacio. Presenta conciencia de situación (lugar). La atención no presenta alteraciones cuantitativas y cualitativas. La sensopercepción se encuentra cuantitativamente sin particularidades, no refiere alteraciones cualitativas (cuadro alucinatorio). En cuanto a la memoria no presenta, alteraciones cualitativas y cuantitativas. No refiere una disminución del capital ideativo, sin ideas patológicas en el momento del examen. El juicio crítico de realidad se encuentra sin particularidades. La asociación de ideas es de ritmo acorde y coherente. El pensamiento es de curso acorde, y su contenido es coherente (no presenta contenido delirante en el momento del examen). Su razonamiento es lógico. Su afectividad presenta alteraciones cuantitativas a saber una hipertimia displacentera (aumentada hacia el polo displacentero) y cualitativas como labilidad e incontinencia. La actividad presenta una hipobulia (cuantitativamente disminuida). No presenta alteraciones del lenguaje. No se detectan signos y/o síntomas de agresividad en el momento del examen. A la fecha se encuentra medicada con psicofármacos, a saber, Alprazolam 2 Mg y Paroxetina 20 Mg..."

Sobre la base de esas consideraciones concluyó afirmando que "...las facultades mentales de la causante M. T. Z. en el momento actual encuadran dentro de un Síndrome depresivo, que la enmarca dentro de la anormalidad desde la perspectiva médico legal, aquí y ahora." Agregó que la nombrada "...en el momento actual... no presenta la autonomía psíquica suficiente como para prestar declaración, estar en proceso ni como para realizar actos de defensa material, evaluar y/o asumir decisiones estratégicas. En esa dirección, se considera oportuno un lapso de 4 meses para reevaluar su capacidad".

Finalmente recomendó que continuara con tratamiento psiquiátrico-psicológico.

Luego de ser incorporado al expediente dicho informe y notificado a las partes, la Defensa particular presentó ante este Tribunal diversos certificados médicos (fs. 2129/2130) que describen las dolencias médicas de su asistida y los profesionales que atenderían a la Sra. Z.

Toda vez que se percibieron discordancias entre los datos aportados por la profesional del CMF y por los médicos tratantes en aspectos relevantes para la cuestión a ser resuelta se ordenó la realización de un nuevo informe psiquiátrico con profesionales del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional a los fines de determinar si lo informado por la Dra. L. P. se

condice con el concepto de incapacidad sobreviniente para estar en juicio en los términos del artículo 77 del CPPN y se notificó a las partes conforme las previsiones de los artículos 253, 258 y 259 del CPPN.

Dicho examen fue realizado el día 31/03/2021 mediante la modalidad de videollamada nuevamente por la Dra. L. P., esta vez en conjunto con el Dr. E. T. M., también médico psiquiatra del CMF.

En esta oportunidad se informó que: "...La causante se presenta a la entrevista con actitud colaboradora y afable. Se encuentra globalmente orientado respecto a su persona, al tiempo y espacio. Presenta conciencia de situación (lugar). La atención no presenta alteraciones cuantitativas y cualitativas. La sensopercepción se encuentra cuantitativamente sin particularidades, no refiere alteraciones cualitativas (cuadro alucinatorio). En cuanto a la memoria no presenta, alteraciones cualitativas y cuantitativas. No refiere una disminución del capital ideativo, sin ideas patológicas en el momento del examen. El juicio crítico de realidad se encuentra sin particularidades. La asociación de ideas es de ritmo acorde y coherente. El pensamiento es de curso acorde, y su contenido es coherente (no presenta contenido delirante en el momento del examen). Su razonamiento es lógico. Su afectividad presenta alteraciones cuantitativas a saber una hipertimia displacentera (aumentada hacia el polo displacentero) y cualitativas como labilidad e incontinencia. La actividad presenta una hipobulia (cuantitativamente disminuida). No presenta alteraciones del lenguaje. No se detectan signos y/o síntomas de agresividad en el momento del examen. A la fecha se encuentra medicada con psicofármacos, a saber, ansiolíticos y antidepresivos..."

Ambos profesionales concluyeron que: "1)... las facultades mentales de la causante M. T. Z. en el momento actual encuadran dentro de un Síndrome depresivo, que la enmarca dentro de la anormalidad desde la perspectiva médico legal, aquí y ahora, 2) Se considera que la nombrada, a la luz de lo evaluado, en el momento actual M. T. Z., no presenta la autonomía psíquica suficiente como para prestar declaración, estar en proceso ni como para realizar actos de defensa material, evaluar y/o asumir decisiones estratégicas. En esa dirección, se condice con el concepto de incapacidad sobreviniente para estar en juicio en los términos del artículo 77 del CPPN..."

De lo informado, se corrió vista electrónicamente a las partes. En primer término el Sr. Fiscal General solicitó la convocatoria durante el debate oral y público de los médicos psiquiatras que llevaron adelante el informe recién referido. Ello a fin de brindar las explicaciones pertinentes pues entendió que la pericia realizada por los Dres. P. y M. T. no se ajustaría a las previsiones del artículo 263 del CPPN.

Por su parte, la defensa con fecha 12 de abril del corriente año, acompañó nuevos certificados médicos respecto de la salud de su asistida y solicitó la postergación del debate (fs. 2152).

Visto los certificados aportados digitalmente, y no resultando legibles, se intimó al Sr. Defensor para que aporte los originales, como así también copia mecanográfica de los mismos.

Al advertirse que la versión mecanográfica presentada por la defensa de M. T. Z. no se condecía con el texto original firmada por el Dr. C. S., supuesto médico psiquiatra tratante de la imputada, justamente en lo que aquí importa que es lo relativo a la su condición psiquiátrica, se ordenó la declaración testimonial de ese facultativo para que pusiera en conocimiento de este tribunal todos los antecedentes a su alcance y explicara las conclusiones del informe de fecha 24 de marzo que a continuación se transcriben.

“Paciente que al momento consulta sola. Antecedentes clínicos, relata problemas de sobrepeso-obesidad, cardiopatía-marcapasos (término ilegible), antecedentes respiratorios, diabetes. Antecedentes psiquiátricos, no relata tratamientos psiquiátricos previos, si plantea acudió a psicoterapia de manera discontinua. Cuadro de varios años de evolución caracterizado por ánimo depresivo, apatía, abulia, anhedonia, episodios de llanto, angustia, situación que se complica (término ilegible) posterior al fallecimiento del esposo exacerbándose estos síntomas y posteriormente abandono con permiso de actividades laborales por presentar complicaciones clínicas exacerbando aún más los síntomas presentando descuido del cuidado personal, ideas de culpa y (término ilegible y tachado sin ser salvado) sensación de odio. Estado actual. Al momento vigil, angustiada, con conciencia de situación, parcial conciencia de enfermedad, orientada globalmente, hipoprosexia, no refiere alteraciones sensorio-perceptivas de tipo cualitativa, no despliega ideación delirante. Apatía, abulia, anhedonia, hipertimia displacentera, incontinencia emocional, fallas amnésicas leves de predominio (término ilegible), sueño inducido pero fragmentado. Diagnóstico. Trastorno depresivo mayor (F32). Indicaciones, sertralina 50 mg 1 cada mañana (comenzar tomando 25 mg por 6 días) previa valoración clínica. La paciente no se encuentra en condiciones de cumplir tareas laborales, por los problemas mentales descriptos que tienen que ver con su estado de ánimo y dependen directamente de su estado clínico general el cual está al momento descompensado...”

Declaró el Dr. S. ante la presidencia del Tribunal y negó ser el médico psiquiatra tratante de Z. Manifestó desconocer anteriormente a la paciente y limitó su actuar a un pedido de interconsulta realizado recientemente por otro médico del Hospital de José C. Paz.

También manifestó desconocer si Z. había tenido consultas psiquiátricas posteriores a su intervención “...si inició el tratamiento, ni tampoco cual fue su seguimiento con el médico tratante. Que solo realizó la interconsulta en base al pedido del médico de la encartada y que la entrevista duró entre treinta y cuarenta minutos, siendo desarrollada de modo personal. Que es una práctica habitual, fundada en el pedido puntual de algún colega, donde se requería alguna impresión diagnóstica o tratamental. Que la entrevista se llevó adelante en el Hospital “Angio” en un consultorio de la institución. Que a partir de la información con la que contaba actualmente, respecto de la situación de la nombrada y el proceso penal que se le seguía, comprendía más acabadamente su cuadro. Que la ciencia de la psiquiatría resultaba ser muy subjetiva, que la evaluación y la apreciación personal de cada médico era una herramienta principal, no contando con muchos otros elementos complementarios para el estudio del paciente y reiterando que al momento de evaluarla desconocía su situación legal. Que no supo si había iniciado el tratamiento, y que, en tal caso, si había que reajustar las dosis y efectuar una reevaluación en un contexto multidisciplinario. Que él no conocía a la imputada de antes de la interconsulta, habiéndose tratado de una interconsulta más de todas aquellas que habitualmente hacía...”

También se escuchó en declaración testimonial —y a pedido del MPF— a los Dres. L. P. y E. T. M. Dicha audiencia se llevó adelante el día 20 de abril del corriente año y participaron, en representación del Ministerio Público Fiscal, la Auxiliar Fiscal Dra. María José Meincke Patané, y por la defensa de M. T. Z., el doctor Alfredo Sobrino.

Luego de escuchar a los mencionados profesionales médicos, la Sra. Auxiliar Fiscal, Dra. María José Meincke Patane, manifestó que siguiendo expresas instrucciones del Sr. Fiscal General Dr. Eduardo Codesido, consideraba que los Dres. L. P. y E. T. M. habrían desarrollado de manera suficiente las operaciones por las cuales arribaron a las conclusiones del informe fechado el 31 de marzo; y, que por ello, respecto de M. T. Z., podía hacerse lugar a la solicitud de su defensa, y proceder de conformidad con las previsiones del art. 77 del CPPN.

Sin perjuicio de ello, y como medida para mejor proveer el 27 de abril del corriente año este Tribunal resolvió que debía realizarse una junta médica toda vez que los informes psiquiátricos realizados hasta esa fecha no permitían ilustrar cabalmente sobre las circunstancias de las que daban cuenta en sus conclusiones. En ese sentido se advirtió que los informes médicos anexados en el presente expediente presentaban diversas contradicciones, datos faltantes y ausencia de explicación de las técnicas periciales desplegadas para arribar a la conclusión de la aplicación

del art. 77 del CPPN (conf. fundamentos de la resolución dictada con fecha 27/04/2021).

A tal fin se indicó que la junta médica debía llevarse adelante con dos psiquiatras y dos psicólogos del Cuerpo Médico Forense (que no hayan intervenido en los anteriores informes) para que se expidan, previo realización de los estudios que resultaren menester, sobre la capacidad de estar en juicio de la nombrada Z., la patología concreta que la excluiría del proceso si es del caso, la posibilidad de revertir el cuadro a parámetros de normalidad que implique comprender lo que se le imputa e interactuar con su defensa en pos de su adecuado ejercicio.

III. Los integrantes de la Junta Médica del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, Dres. Marcelo Rudelir y Maximiliano Luna y Licenciados Mónica Herrán y Carlos Carini, indicaron esta vez que: "...del examen interdisciplinario realizado por esta Junta se desprende que estamos ante una mujer de 71 años con antecedentes de trastornos cardiovasculares sistémicos (panvasculares) de larga data evolutiva, que amerito marcapaso hace 2 años y con seguimiento clínico y medicación específica a través de su cobertura asistencial. La evaluada pudo sortear sin apoyos cognitivos las diversas cuestiones que plantearon los peritos intervinientes respondiendo con claridad y en forma adecuada a nuestros requerimientos no detectándose desajustes de índole psicótica ni déficits cognitivos de significación patológica. Podemos acordar que estamos ante una mujer adulta mayor con múltiples patologías orgánicas que no le restaron al momento de nuestro examen una adecuada respuesta acorde al ciclo evolutivo que cursa, a las circunstancias de estar cursando un cuadro distímico multicausal y a su nivel de educación. Por todo lo anterior se desprende que actualmente la causante presenta una aptitud psíquica y cognitiva suficiente para sujetarse al proceso judicial en curso..."

Concluyeron en definitiva que: "...1. M. T. Z., presenta al momento del examen realizado en modalidad videoconferencia una aptitud psíquica suficiente para comprender los alcances y la dimensión del proceso judicial en curso, independientemente de sus patologías orgánicas, su distimia y el ciclo involutivo senescente que cursa. 2. Presenta adecuada conservación de los canales de comunicación para acceder a una adecuada intercomunicación con sus abogados defensores y con los integrantes del Tribunal Oral, con la salvedad de que presenta inestabilidad anímica con posibilidad de descompensaciones emocionales episódicas todo esto asociado a comorbilidad vascular sistémica tal como se describiera "*ut supra*" 3. En atención a lo descripto precedentemente (1 y 2) estimamos conveniente que la participación en el debate de la causante se limite a lo estrictamente necesario y que la misma se realice a través de videoconferencia,

en virtud a la emergencia Covid-19 y a su frágil condición orgánica que podrían requerir asistencia..."

Este último informe ha venido a aclarar los interrogantes que quedaban pendientes respecto de la real salud mental de la imputada a fin de poder afrontar el debate oral y público, a cuyos fundamentos, en honor a la brevedad, me remito.

En efecto, tras un minucioso análisis de la totalidad de los estudios realizados a M. T. Z., entiendo que corresponde rechazar la incapacidad sobreviniente postulada por la defensa técnica de la encartada, toda vez que si bien la nombrada presenta un cuadro clínico signado por diversas patologías que se encuentran adecuadamente tratadas, y le han sido recetado antidepresivos —recientemente, en dosis mínimas y en tiempo coincidente con la convocatoria al juicio—, ha sido descartado que su estado psíquico general le impida comprender el contenido de la imputación y ejercer correctamente su defensa.

Conclusión que se vio confirmada por lo expresado por el médico particular que firmó el informe psiquiátrico presentado por la defensa particular, y por la ausencia de una constancia de que la imputada se encontrara gozando de licencia en el marco de su función pública, al menos hasta el momento en que se alegó la cuestión de la supuesta depresión de larga data.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar la petición de la defensa, debiendo continuar los autos según su estado respecto de la imputada Z.

En este sentido, debe convocarse a M. T. Z. a la audiencia de debate oral y público designada, para el día 27 de mayo del corriente año a las 15:00 horas, audiencia en que se dará lectura del requerimiento de elevación a juicio, momento en el que además, conforme lo establece el art. 379 del CPPN, se le informará sumariamente lo ocurrido durante las fechas que no pudo comparecer.

Asimismo, se habrá de poner en conocimiento de la defensa particular de la justiciable que las grabaciones de aquellas ya se encuentran disponibles en el Sistema Lex 100 y debidamente incorporadas al expediente digital, y que en el caso de considerar necesario la convocatoria de algún testigo que haya prestado declaración testimonial, deberá acompañar a este Tribunal el pliego de preguntas a realizar, a fin de evaluar su pertinencia.

Sin perjuicio de ello, conforme las pautas oportunamente establecidas por la junta médica la participación en el debate de M. T. Z. se limitará a lo estrictamente necesario, se realizará a través de videoconferencia, y se solicitará la presencia de un familiar en

su domicilio para el caso de que requiera algún tipo de asistencia.

Los doctores *Cisneros* y *Venditti* dijeron:

Que adhieren al voto que antecede por compartir, en lo sustancial, sus fundamentos.

En ese sentido expidieron su voto.

Por ello en función de lo expuesto, el Tribunal, resuelve: I. Rechazar la petición de incapacidad sobrevenida y suspensión del juicio oral y público planteada por la defensa particular de M. T. Z. (art. 77 del CPPN). II. Convocar a M. T. Z. a la audiencia de debate oral y público designada, para el día 27 de mayo del corriente año a las 15:00 horas, audiencia en que se dará lectura del requerimiento de elevación a juicio, momento en el que además, conforme lo establece el art. 379 del CPPN, se le informará sumariamente lo ocurrido durante las fechas que no pudo comparecer. III. Poner en conocimiento de la defensa particular de la justiciable que las grabaciones de aquellas ya se encuentran disponibles en el Sistema Lex 100 y debidamente incorporadas al expediente digital, y que en el caso de considerar necesario la convocatoria de algún testigo que haya prestado declaración testimonial, deberá acompañar a este Tribunal el pliego de preguntas a realizar, a fin de evaluar su pertinencia. IV. Limitar la participación en el debate de M. T. Z. a lo estrictamente necesario, a través de videoconferencia, y solicitar la presencia de un familiar en su domicilio para el caso de que requiera algún tipo de asistencia. Regístrese, notifíquese y publíquese (Acordada 15/2013 CSJN). — *Nada Flores Vega*. — *Daniel A. Cisneros*. — *Walter A. Venditti*.

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA

Sobreseimiento por criterio de insignificancia. Revocación de sentencia. Riesgo a la salud pública. Aplicación de medidas alternativas de resolución de conflictos.

1. — No comparto el criterio desincriminatorio sostenido por el juez instructor en cuanto argumenta que la conducta desplegada por el imputado resulta insignificante y que, por tanto, deviene procedente el sobreseimiento. Entiendo que mediante su accionar habría puesto en riesgo ni más ni menos que la salud pública al infringir disposiciones administrativas tendientes a prevenir y controlar los graves efectos de la pandemia en el país.
2. — A la fecha del hecho endilgado, el Estado nacional implementó una serie de reglas, en-

tre las cuales se destaca las restricciones a la circulación para todas aquellas personas que no desempeñaran actividades esenciales. Respecto de estas restricciones corresponde subrayar que las mismas fueron establecidas con criterios científicos y desde un punto de vista epidemiológico, razón por la cual considero que la conducta desplegada por el imputado resulta merecedora de reproche penal por haber puesto potencialmente en riesgo, con su incumplimiento, la salud en general de todos los ciudadanos y por tanto el bien jurídico protegido salud pública.

3. — Estamos frente a un delito de peligro abstracto, es decir, que no resulta necesario un resultado ni un peligro efectivo de propagación de la pandemia, sino que basta con que el imputado incumpla la prohibición para que se configure el tipo penal bajo análisis.
4. — Surge que se halla acreditado, en principio, que el imputado con su accionar, habría infringido lo dispuesto en el art. 205 del Cód. Penal, violando el aislamiento dispuesto por decreto de necesidad y urgencia 297/2020 del Poder Ejecutivo nacional, por lo que entiendo que el sobreseimiento del imputado resulta prematuro en los términos del art. 336, inc. 3° del Cód. Penal. Sin perjuicio de lo expuesto, considero que resulta procedente en el presente, la aplicación de alguna de las medidas alternativas de resolución de conflictos.

CFed. Córdoba, sala B, 20/05/2021. - L., P. D. s/ violación de medidas - propagación epidemia.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68516/2021]

Expte. FCB 5698/2020/CA1

2ª Instancia. - Córdoba, mayo 20 de 2021.

Considerando:

I. Con fecha 01/12/2020 el Juez Federal N° 1 de Córdoba, dispuso el sobreseimiento de P. D. L.

Para resolver así, tuvo en cuenta el principio de mínima suficiencia, que supone aceptar un cierto nivel de conflictividad sin una consecuente reacción del control formal estatal por medio del derecho penal, pese a lo lesivo del comportamiento. Ello, en beneficio no solo de la libertad, sino que el mismo proceso penal lleva implícito una estigmatización de la persona, lo que implica llevar adelante una merituada valoración de ciertas perspectivas valorativas, permitiendo que los hechos nimios no se transformen en un estigma para sus autores.

Agregó que el principio de fragmentariedad implica que el derecho penal debe limitarse a sancionar solo aquellas modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídicos.

Por su parte, hizo referencia también al principio de bagatela respecto del cual expresó que es utilizado por todas las infracciones penales cuando existe una ilicitud insignificante que sirve para caracterizar una cuestión de política criminal, equiparándolo a lo que se conceptualiza como injusto e insignificante.

Por todo ello, el Juez Federal resolvió dictar el sobreseimiento a P. D. L. en orden al delito previsto en el art. 205 del Cód. Penal (v. fs. 19/20).

II. Con fecha 09/12/2020 el Fiscal Federal N° 1 de Córdoba interpuso recurso de apelación en contra del mencionado resolutorio apuntando que le causa agravio en cuanto allí se considera la conducta endilgada a P. D. L. como una ilicitud insignificante o de lesividad ínfima o despreciable y concluye que, por tal, no podría constituir un sustento ético de una pena, coronando este pensamiento con un sobreseimiento por atipicidad.

Asimismo, sostuvo el apelante que no puede considerarse insignificante la conducta de una persona que pone en peligro la salud de la comunidad, violando las medidas de propagación previstas en el art. 205 del CP. Agregó que se trata de una figura penal de peligro abstracto, ya que no exige resultado alguno, ni siquiera requiere que haya existido peligro de la introducción o propagación de la epidemia, ni que ello afecte a persona alguna, sino que es suficiente con que se viole la prohibición para que se configure el delito.

En virtud de ello, entendió el Fiscal que Ledesma es culpable de la infracción al art. 205 del CP, siendo su conducta no menor, solicitando la aplicación de alguna medida alternativa de resolución de conflictos en atención a los parámetros establecidos en el art. 22 y 30 del CPPF (fs. 21).

III. Ya ante esta Alzada, con fecha 18/03/2021 y 29/03/2021, la Fiscalía General y la Defensoría Pública Oficial presentaron, respectivamente, informe escrito en los términos del art. 454 del CPPN, a los cuales me remito por cuestiones de brevedad.

IV. Sentadas así las posturas asumidas por la parte y el Juez, corresponde introducirse propiamente en el tratamiento de la apelación deducida, ello de acuerdo al sorteo de votación realizado en autos.

El doctor *Sánchez Torres* dijo:

I. Habiendo analizado las posturas descriptas y tomado conocimiento de los elementos de prueba incorporados a la causa, como así también de la reso-

lución dictada por el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, corresponde comenzar el análisis de la situación procesal del imputado P. D. L.

El hecho por el cual se dispuso la imputación del encartado ha sido descripto de la siguiente manera en el requerimiento de instrucción de fecha 24/06/2020:

“Con fecha 16 de mayo de 2020, siendo aproximadamente las 21:20 horas, P. D. L., habría violado el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el Poder Ejecutivo Nacional a través del Decreto N° 459/2020 que prorrogó hasta el 24 de mayo el decreto N° 297/2020 sobre “Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio” dictado como consecuencia de la emergencia sanitaria establecida a través del decreto N° 260/2020 y sus correspondientes decisiones administrativas para impedir la propagación de la epidemia Covid 19, al circular por calle Larrañaga al 100 del Barrio Nueva Córdoba de esta ciudad conduciendo un motovehículo marca Honda, Modelo Wave 110 S, de color roja, con dominio colocado ..., sin autorización o permiso habilitante para circular, sin poder dar explicaciones razonables de su permanencia en la vía pública.

Tales circunstancias fueron constatadas por personal de la Delegación Córdoba de la Policía Federal Argentina, Área XI quien en el marco de la Prevención Sumarial N° 969-71-000.079/2020, procedió a labrar el acta de infracción correspondiente.

Por ese hecho, P. D. L. fue imputado como presunto autor del delito tipificado en el art. 205 del CP (art. 45 CP).

Con respecto a la figura penalmente achacada, el Código Penal expresamente dispone en su art. 205: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.”

De la simple lectura de la norma transcrita se advierte que estamos frente a una ley penal en blanco, toda vez que solo establece una sanción penal, delegando la descripción de la conducta prohibida a lo que se disponga mediante una legislación administrativa complementaria, resultando en el caso de autos, el Decreto Presidencial N° 297/2020 y sus prórrogas, de naturaleza sanitaria.

Aboso apunta que “...Se trata de una ley penal en blanco, ya que el sentido y alcance de las medidas dispuestas por la autoridad competente podrán variar en su contenido, pero su falta de observancia constituye la materia de prohibición. El autor no cumple con las medidas sanitarias impuestas por la autoridad y de esa manera crea un peligro para terceros originado en el riesgo de contagio o propagación...” (Delitos contra la salud pública y la propagación de enfermedad

peligrosa y contagiosa (Covid-19); Aboso, Gustavo E; publicado en LA LEY, 16/04/2020; cita online: AR/DOC/1098/2020).

Dicho ello, debo decir que no comparto el criterio desincriminatorio sostenido por el Juez instructor en cuanto argumenta que la conducta desplegada por el imputado P.L. resulta insignificante y que, por tanto, deviene procedente el sobreseimiento del nombrado.

En efecto, entiendo que mediante su accionar habría puesto en riesgo ni más ni menos que la salud pública al infringir disposiciones administrativas tendientes a prevenir y controlar los graves efectos de la pandemia en nuestro país.

En el punto, cabe señalar que a la fecha del hecho enlaidado, el Estado Nacional implementó una serie de reglas, entre las cuales se destaca las restricciones a la circulación para todas aquellas personas que no desempeñaran actividades esenciales.

Respecto de estas restricciones corresponde subrayar que las mismas fueron establecidas con criterios científicos y desde un punto de vista epidemiológico, razón por la cual considero que la conducta desplegada por Ledesma resulta merecedora de reproche penal por haber puesto potencialmente en riesgo, con su incumplimiento, la salud en general de todos los ciudadanos y por tanto el bien jurídico protegido salud pública.

Vale agregar que estamos frente a un delito de peligro abstracto, es decir, que no resulta necesario un resultado ni un peligro efectivo de propagación de la pandemia sino que basta con que el imputado incumpla la prohibición para que se configure el tipo penal bajo análisis.

De lo mencionado precedentemente, surge que se halla acreditado, en principio, que el imputado P. D. L. con su accionar, habría infringido lo dispuesto en el art. 205 del CP, violando el aislamiento dispuesto por decreto de necesidad y urgencia N° 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, por lo que entiendo que el sobreseimiento del imputado resulta prematuro en los términos del art. 336 inc. 3° del CP.

Sin perjuicio de lo expuesto, considero que resulta procedente en el presente, la aplicación de alguna de las medidas alternativas de resolución de conflictos, en atención a los parámetros establecidos en el art. 22 del CPPF, que deberá disponer el Juez Federal de primera instancia, según lo considere más conveniente y razonable, con fundamentos y motivación suficiente.

II. Por todo lo expuesto, corresponde revocar la resolución dictada con fecha 01/12/2020 por el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, en cuanto dispuso el sobre-

seimiento del imputado P. D. L. (DNI N° ...), en orden al art. 205 del Cód. Penal, debiendo en consecuencia disponer el Magistrado la aplicación de alguna de las medidas alternativas de resolución de conflictos (art. 22 del CPPF). Sin costas (arts. 530 y 531 del CPPN). Así voto.-

La doctora *Navarro* dijo:

Comparto el criterio expuesto por el señor Juez del primer voto y, en consecuencia, me pronuncio en el mismo. Sin costas (arts. 530 y 531 del CPPN). Así voto.

Se resuelve: I. Revocar la resolución dictada con fecha 01/12/2020 por el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, en cuanto dispuso el sobreseimiento del imputado P. D. L. (DNI N° ...), en orden al art. 205 del Cód. Penal, debiendo en consecuencia disponer el Magistrado la aplicación de alguna de las medidas alternativas de resolución de conflictos (art. 22 del CPPF). II. Sin costas (arts. 530 y 531 del CPPN). III. Regístrese y hágase saber. Cumplimentado, publíquese y bajen. — *Abel G. Sánchez Torres. — Liliana Navarro.*

EXPLOTACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN AJENA

Sentencia condenatoria. Cinco años de prisión.

Corresponde condenar al imputado a la pena de cinco años de prisión por encontrarlo autor penalmente responsable del delito previsto por el art. 145 bis, agravado por el art. 145 ter, inc. 4, en la modalidad de explotación de la prostitución ajena, por tres hechos (arts. 12, 40, 41, 45, Cód. Penal y arts. 530 y 531, Cód. Proc. Penal). Y a las penas accesorias de los arts. 22 bis y 29 del Cód. Penal. Corresponde mantener la condición de excarcelación hasta quedar firme la presente sentencia.

Toral Crim. Fed. Nro. 2, Mendoza, 21/05/2021. - R. C., M. F. s/ infracción art. 145 ter - En circunst. Inciso 4° (Ley 26.842) e infracción art. 145 bis 1° párrafo (Sustituido conf. Art 25 Ley 26.842).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68514/2021]

31015965/2013

Mendoza, mayo 21 de 2021.

Visto:

Conforme los alcances de la Ley N° 27.307, el Sr. Juez de Cámara, de este Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Mendoza, Dr. Pablo G. Salinas, en Sala Unipersonal, con la asistencia de la Sra. Secretaria

Dra. María Celeste Minatti Díaz, dicta Sentencia definitiva en la Causa N° 31015965/2013 caratulados “R. C., M. F. p/ Av. Inf. Art. 145 ter - en circunst. inc. 4° - ley 26.842”, seguida contra a M. F. R. C. de (ap. mat.), hijo de M. O. y J. H., DNI N° ..., argentino, nacido en Mendoza con fecha 15 de Julio 1966, divorciado, con domicilio en calle ..., Ciudad de Mendoza.

Falla: I. Condenar a M. F. R. C., DNI N° ... a la pena de cinco años de prisión por encontrarlo autor penalmente responsable del delito previsto por el art. 145 Bis, agravado por el art. 145 Ter inc. 4, en la modalidad de explotación de la prostitución ajena, por tres hechos en perjuicio de G. H., L. S. J., E. M. R. S. (Arts. 12, 40, 41, 45 CP y arts. 530 y 531 CPPN). Y a las penas accesorias de los artículos 22 Bis y 29 del CP. II. Mantener la condición de excarcelación hasta quedar firme la presente sentencia. (Art 375 del Cód. Proc. Penal Federal —Ley 27.063 y Ley 27.150 y su modificatoria Ley 27.482). Conforme Resolución N° 1/2021 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal, que dispuso su implementación a partir del día 3 de febrero de 2021. III. Comunicar a las víctimas la presente sentencia y lo dispuesto por el art. 11 bis penúltimo párrafo de la ley 24.660, conforme modificación por ley N° 27.375. IV. Ordenar seguimiento psicológico de las víctimas, debiendo oficiar al Centro De Asistencia a Las Víctimas De Trata De Personas para que se les brinde el acompañamiento previsto por la Ley 26.842. V. Ordenar el decomiso de efectos secuestrados. (Art. 23 del CP y art. 30 de la ley 23.737). VI. Practicar por Secretaría cómputo de pena y remitir las presentes actuaciones al Sr. Juez de Ejecución Penal (conf. 24.660). VII. Firmar que se encuentre la presente, cumplesse con las comunicaciones finales —Ley 22.117—, oportunamente archívese la causa. (Art. 338 CPPN). VIII. Establecer la audiencia para el quinto día hábil subsiguiente a partir de la fecha, a las 13:00 hs., para la lectura de los fundamentos de la presente. IX. Efectuar reconocimiento por el elevado nivel académico y jurídico de los alegatos efectuados por la Dra. Abihaggle y la Dra. Duranti. Regístrese, notifíquese, oficiase y archívese. — *Pablo G. Salinas.*

TRATA DE PERSONAS

Fines de explotación sexual. Suspensión del juicio a prueba. Decomiso. Indemnización a las víctimas.

1. — Se estima probado que las personas condenadas realizaron una maniobra de captación inicial de distintas víctimas femeninas todas, las que luego de esta captación y del reclutamiento fueron sometidas a explotación sexual, haciendo beneficio la autora de este ilícito con

la cooperación de la persona que la auxilió, del 50% del producido mediante la actividad sexual, organizando su oferta y ejecución haciendo la asignación de distintos departamentos, desarrollando el *marketing* de la actividad sexual que se ofrecía mediante redes sociales. Luego tomando la mitad de los dividendos que provenían de ese tipo de actividades, convirtiendo de este modo a las víctimas en objetos o cosas, instrumentándolas para la obtención de ganancias mediante la explotación de su propio cuerpo.

2. — No se decomisa el dinero secuestrado, sino que se dispone su utilización como indemnización de las víctimas, toda vez que la razón principal e histórica del decomiso, fue y es evitar la reutilización de los elementos decomisados en el mismo delito. Y como segunda razón, que no beneficie a los autores del delito el provecho de este, sino que acuda en auxilio del Estado para sostener parcialmente o coadyuvar parcialmente con las erogaciones que demanda la prevención y represión de los delitos. En el caso, ninguna de estas dos razones puede primar por sobre la necesidad de reparación de las víctimas, porque ese dinero ha sido generado con afectación de su propia dignidad. Mediante la utilización de sus cuerpos, por lo que resultaría inmoral y antiético que el Estado beneficie para sí y para sus actividades con aquello que ha sido el fruto de lo victimizante dentro del delito.

TOral Crim. Fed. Nro. 2, Salta, 21/05/2021. - P., N. A. y otros s/ infracción a la ley 26.364.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61691/2021]

Salta, mayo 21 de 2021.

Considerando

I. Plataforma fáctica

Las actuaciones tuvieron origen con una denuncia formulada, a través de la línea 145, desde esta provincia, en fecha 22 de mayo del 2020 año por una mujer que se identificó como M. V. C. G. dando cuenta que en un grupo de Facebook denominado “Busco trabajo en Salta”, desde un perfil con el nombre de L. C., se realizó una publicación que decía: “Busco chica de 18 a 25 años para trabajar 8 horas diarias, días y horarios a convenir”; agregando que una amiga de ella, mantuvo una conversación con el perfil mencionado (L. C.) desde donde le informaron que el trabajo era de “scort” en un spa masculino donde debían hacer “masajes y algo más”, cobrando ochocientos pesos el servicio vaginal y oral.

En fecha 26 de mayo del 2020, María Alejandra Mangano, Fiscal a cargo de la Procuradora de Trata y Explotación de Personas con el fin de que se judicialicen las actuaciones y se investigue para probar los extremos denunciados, las remitió a esta Área de Investigación y Litigios de Casos Complejos.

En forma posterior, el 28 de mayo del 2020, N. A. C. G. radicó una denuncia en la División Prevención Lucha contra la Trata de Personas y Asistencia a las Víctimas de la Policía de Salta, manifestando que era integrante del grupo Busco trabajo en Salta de la red social Facebook donde vio una publicación que provenía del perfil de L. C. que publicó “busco chicas de 18 a 25 años para trabajar 8 horas diarias, días y horarios a convenir”. Resaltó, que le escribió a ese perfil a través de Messenger para pedirle más información, recibiendo como respuesta que: “el trabajo es de scort (sexo por dinero), trabajamos en un depto. de zona centro, donde damos el servicio de masajes más una participación vaginal y bucal se paga por servicio, ejemplo de media 30 minutos ganas \$800 y el de una hora ganas \$1.500 entonces la cantidad de servicios que realices por turno es la plata que ganas, el pago es en el mismo instante que estas por entrar a realizar el servicios...vos elegís tus días de trabajo y tus horarios”. Indicó, que al recibir esa respuesta sintió temor, le comentó a su madre y no le respondió nada mas, pero que observó tiempo después, en ese mismo grupo de la red social (Busco Trabajo Salta), que del perfil de una chica denominada “I. M.” se había subido una conversación privada que decía: “hola buenas me llamo L. trabajamos en un spa masculino donde prestamos servicios de masajes y algo más...estoy buscando chicas de 18 a 25 años para formar parte de este equipo de trabajo...ganas por servicios realizado...no hace falta que sepas masajes perfectamente...como te digo es masajes y algo más...si te interesa avisame así te cuento un poquito más”. Remarcó, que los otros integrantes del grupo mencionado de la red social, reaccionaron con emoticones de enojo ante esa publicación y luego quedó eliminada.

Por lo expuesto, esta Área de Investigación y Litigio de Casos Complejos autorizó a la División Prevención y Lucha contra la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas de la Policía de la Provincia de Salta y a la Unidad de Investigaciones de Delitos Complejos y Procedimientos Judiciales Salta de Gendarmería Nacional, a realizar tareas investigativas de manera conjunta para verificar los extremos denunciados.

En fecha 29 de mayo del corriente año, la Policía de la Provincia informó que de las tareas investigativas llevadas a cabo identificaron el ID N° ... de donde se comunicaba “L. C.”; el correo electrónico sería ... y que al introducir los datos obtenidos en Google Maps, se obtuvo la dirección sita en calle ... de esta ciudad, in-

mueble donde posteriormente se verificó que residía E. G. O. Indicaron, que comenzaron a realizar tareas de vigilancia en dicho domicilio, observando salir a una mujer que abordó a un remis y se dirigió hacia la calle ... donde la esperaba otra, ingresando ambas al inmueble, por lo que implantaron una consigna policial. Consecuentemente, el Juez de Garantías N° 1 envió los oficios pertinentes, en donde se requirió a Facebook información disponible sobre el perfil de la red social relacionada con el ID mencionado

En fecha 12 de junio del 2020, la Empresa Telecom Personal informó que las líneas ... y ... pertenecían a E. G. O. y a N. A. P. respectivamente.

Por otro lado, de la investigación en las páginas web, surgieron dos sitios: (... y ...) a través de los cuales se publicaba un Spa masculino denominado “L.”, que tenían como común denominador el número de abonado ... y el nombre de una mujer que se hacía llamar “L.” (L.).

Por otro lado, en fecha 22/06/2020, M. A. C., denunció, en el Grupo de Investigaciones Sector 4 A de la Policía de Salta, que ordenando el cuarto de su hija encontró tarjetas con la leyenda “A. & D.” Agencia de Acompañantes las 24 hs. y en el reverso había un número de un celular ... y otras tarjetas que en su parte posterior decía: “Quieres trabajar de “Scort” con el número ..., lo que fue entregado junto con dos facturas de Giros “B” N° 6035-00012128 y 6035-000121449 siendo sus remitentes F. A. E. y E. G. O. y como destinatarios: N. A. P. y G. A. P. y a una captura de pantalla de una conversación de su hija, cuando se encontraba en la provincia de Santiago del Estero, con los N° ...

En fecha 25 de junio del 2020, el personal comisionado en el domicilio sito en calle ... informó que salió una mujer, que tenía dificultades para caminar y que luego tomó un remis. Posteriormente, el 26 de junio del 2020, conforme tareas de campo, concluyeron que existía un vínculo entre los inmuebles ubicados en calle ... y ... y que ambos guardaban estrecha relación con la investigada E. G. O.

La División Trata de Personas, en fecha 29 de junio del corriente año, informó que del inmueble sito en calle ... salió una mujer que se dirigió en un remis al inmueble sito en calle ..., entabló conversación con G. O., le entregó algo y se fue.

Indicaron, que posteriormente, O. salió del inmueble y se dirigió en un taxi al domicilio de N. A. P. (...) con quien tuvo un dialogo y le entregó algo, que podría tratarse de dinero ya que se observó que hacían movimientos como de contar.

Luego, el 30 de junio del 2020, se constató que en el domicilio de calle ... había un masculino esperan-

do para consumir sexo, que al haber ingresado cuatro personas con anterioridad tuvo que esperar y que luego, recibió un mensaje de texto y se dirigió al domicilio sito en calle ...

En fecha 6 de julio del 2020, el Juez Julio Leonardo Bavio autorizó en los términos de los arts. 185 y ss. del CPPF la designación del Oficial Principal Licenciado A. S. G., LP ... de la Div. Prevención y lucha contra la Trata de Personas para actuar como Agente Revelador.

Cabe agregar, que en fecha 8 de julio del 2020 se obtuvo de lo requerido a la página ... que las publicaciones fueron tomadas del mismo IP; y tenían en común los tres números de líneas investigados: ... (titular G. O.); ... (titular N. A. P.) y ...

En consecuencia, el 8 de Julio del 2020, la prevención concluyó que la líder de la organización era N. A. P. por lo que solicitaron órdenes de allanamiento y detenciones.

En fecha 14 de julio del 2020, el Agente Revelador informó que se comunicó con los números telefónicos exhibidos en la página de ... y comprobó que las mujeres que atendían a los clientes con el N° ... lo hacían en el inmueble ubicado en calle ... y las que utilizan las líneas ... (titularidad de G. O.) y ... (titularidad de N. A. P.), ofrecían servicios sexuales en el inmueble de ...

En fecha 17/07/2020, la fuerza interviniente presentó un nuevo informe dando cuenta que, la organización investigada poseía otro departamento donde “prestaban servicios sexuales”, ubicado en calle ... de esta ciudad.

Por lo expuesto, y en los en los términos de los artículos 143 y 144 del Código Procesal Penal Federal, el juez de Garantías autorizó los allanamientos en los domicilios citados, ordenando la detención de N. A. P. DNI ...; E. G. O. DNI ... y J. E. G. DNI ...

Asimismo, se requirió el secuestro de un automóvil marca Volkswagen, modelo Gol, dominio ..., titularidad de G. en función de que N. A. P. fue vista trasladándose a los diferentes departamentos en el mismo, acompañada del nombrado; dicha medida fue cumplida el 20/07/2020.

En fechas 18 y 19 de julio del 2020, personal de Gendarmería Nacional procedió a allanar los domicilios: ...; ...; Departamento de calle ...; ... y ..., todo de Salta Capital, donde se secuestraron elementos de interés para la causa, se detuvo a N. A. P. y a E. G. O.

En esos mismos allanamientos se rescataron 8 víctimas.

En fecha 18/11/2020, a horas 7:35 hs., Gendarmería Nacional procedió a allanar el domicilio sito en ..., localidad de Juárez Celman, Córdoba, con la presencia de testigos civiles. Al momento de ingresar, fueron atendidos por Melanie Andrea Domínguez, y en el interior identificaron a C. A. O. y a L. M. A. Seguidamente, se hizo presente G. A. P., por lo que procedieron a su detención y al secuestro de su teléfono celular marca Philips. También, del registro de la vivienda se secuestraron cuatro celulares más. Ese mismo día, se allanó el domicilio sito en ..., Provincia de Córdoba, donde no se secuestraron elementos de interés para la presente.

El 19/07/2020 a las 18:30 horas, se procedió a la detención de J. E. G., momento en el que se presentó en la Comisaría 5ª, sita en calle Caseros N° 1806, con el fin de interiorizarse sobre si se encontraba facultado para llevarle medicamentos y efectos personales a N. A. P., quien ya se encontraba detenida.

Ante ello, el Sub Alférez E. E. G., asistido por el Sargento Ayudante F. B. C., se trasladaron al lugar y ante dos testigos civiles: N. C. P., y L. M. N., teniendo una orden de detención del Dr. Miguel Antonio Medina, procedió a identificarlo y detenerlo quedando el encartado a cargo del Comandante de la Unidad de Investigaciones de Gendarmería Nacional, C. R. A. en ese momento.

Luego de ello, se continuó con el análisis de la información obtenida, y el 18/11/2020, la misma fuerza, allanó el domicilio: ..., localidad de Juárez Celman, Córdoba, donde detuvieron a G. A. P.

Sentado ello, en fecha 08/02/2021, la Fiscalía presentó la Acusación, donde solicitó para J. E. G. la pena de cuatro años de prisión en grado de partícipes secundario por el delito de Trata de Personas con fines de Explotación Sexual (inc. c del art. 2 de la ley 26.364 —modif. por la ley 26.842, art. 1) con accesorias legales y costas del proceso.

II. Acuerdos

A. Suspensión del Proceso a Prueba a favor de J. E. G.

En audiencia convocada al efecto, la Fiscalía propuso el siguiente acuerdo:

Las partes acuerdan que conforme las prescripciones del art. 26 del CP, resulta conveniente la adopción de un temperamento punitivo condicional, máxime si se advierte la falta de antecedentes penales del causante, cuya finalidad reeducativa y retributiva, propias de toda sanción penal, que contemple las particularidades del suceso en examen y las personalidades de sus autores, sujetos durante un año, a las condiciones previstas en los incisos 1 y 8 del art. 27 bis del CP. Por ello, el causante deberá: 1) Realizar traba-

jos no remunerados en el Comedor “Pancitas Felices”, ubicados en B° Santa Ana II, Mza. 10, casa 14, a cargo de Norma Gloria Vega; por un total de 16 horas mensuales durante 6 meses. 2) Realizar una donación de diez paquetes de pañales para adultos, marca Plenitud o similar por el valor de \$660 cada uno, es decir, \$6.660 mensuales por el termino de 6 meses, siendo un total de \$40.000, al Hospital Militar de la Provincia de Salta. Al respecto, se hace saber que el control del cumplimiento de las reglas de conducta para la suspensión del proceso a prueba estará a cargo de la Oficina Judicial Penal Federal de Salta, que dejará constancia en forma periódica sobre su cumplimiento y dará noticia a las partes de las circunstancias que pudieran originar una modificación o revocación del instituto. Asimismo, si los imputados incumplieren las condiciones establecidas, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitará al Juez una audiencia para que las partes expongan sus fundamentos sobre la continuidad, modificación o revocación del juicio a prueba. En caso de revocación el procedimiento continuará de acuerdo a las reglas generales. La suspensión del juicio a prueba también se revocará si los imputados fueran condenados por un delito cometido durante el plazo de suspensión (art. 35, párrafos 6 y 8 del CPPF).

El Sr. J. E. G. manifiesta su conformidad a la obligación de las tareas impuestas y de su compromiso durante el año de no cometer delitos y de no verse involucrado en ningún hecho bajo la condición de revocarse justamente esa suspensión de juicio a prueba y continuar con el juicio.

B. Acuerdo Abreviado respecto de N. A. P. y G. A. P.

En función de haberse convenido con las Defensoras Oficiales Dra. Carmen Castro y Dra. Gala Poma, la Fiscalía propuso continuar el trámite bajo la modalidad de juicio abreviado, en los términos del art. 323 del CPPF, cabe encuadrar jurídicamente la conducta de N. A. P. en grado de autora y aplicar una pena de seis años de prisión efectiva, en la modalidad de prisión domiciliaria, comprendida en el art. 32 inc. “a” de la Ley 24.660 la que se hará efectiva en el domicilio sito en ..., Córdoba Capital y a G. A. P. en grado de partícipe secundario una pena de tres años en suspenso; inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena (art. 12 del CP); decomiso de todos los elementos secuestrados en la presente causa; con accesorias legales y costas de proceso.

Los imputados prestan conformidad en forma verbal, en la audiencia fijada a tales fines, aceptando los hechos materia de acusación, su participación en ellos, los antecedentes probatorios, la calificación legal otorgada y la pena acordada.

III. Análisis de la descripción de los hechos, del reconocimiento del hecho y de la responsabilidad en virtud del Acuerdo Abreviado.

Cotejando la descripción de los hechos se desprende que existe comprobación del hecho y que esta última está basada en las pruebas producidas en la garantía.

En cuanto a las pruebas consistentes en: Informe N° 123/551, donde se analizan los giros de dinero, Actas de Allanamientos donde se prestaban servicios efectuados en fechas 18/07/2020 y 19/07/2020. Actas de detenciones de N. A. P., G. A. P. y J. E. G. Entrevistas realizadas por el Polo integral de las Mujeres a las víctimas, Informe de Pericias Informática N° 12.907 de los teléfonos cedulares incautados con su respectivo análisis de datos extraídos, realizado por el Gabinete de Criminalística de Gendarmería Nacional. Informe de la Unidad de Investigaciones de Delitos Complejos y Procedimientos Judiciales “Salta” de fecha 4 de Noviembre del corriente año. Informe de la mesa de telefonía celular Telecom Personal, Informe de Pericia Informática N° 12.911, y documental incorporada.

Todas ellas acreditan la participación y responsabilidad de los encartados, resultando verosímiles y eficientes para tener la certeza del reproche.

Por otra parte, existe reconocimiento y conformidad que se efectuó sobre la existencia de los delitos, sus participaciones en los mismos, las respectivas calificaciones legales

IV. Análisis de la calificación jurídica del hecho y de la pena solicitada

Se estima probado por investigación desarrollada a partir de Mayo del 2020, que las personas condenadas en la fecha, N. A. P. con un auxilio no esencial de A. P. realizaron una maniobra de captación inicial de distintas víctimas femeninas todas, las que luego de esta captación y del reclutamiento fueron sometidas a explotación sexual, haciendo beneficio la autora de este ilícito con la cooperación de la persona que la auxilio, del 50% del producido mediante la actividad sexual, organizando su oferta y ejecución haciendo la asignación de distintos departamentos, desarrollando el marketing de la actividad sexual que se ofrecía mediante redes sociales. Luego tomando la mitad de los dividendos que provenían de ese tipo de actividades, convirtiendo de este modo a las víctimas en objetos o cosas, instrumentándolas para la obtención de ganancias mediante la explotación de su propio cuerpo.

Todo esto conforme las circunstancias que han quedado evidentes, en la audiencia de presentación del acuerdo, en la que se ha verificado por parte del Tribunal la consistencia entre la responsabilidad asig-

nada, la calificación de los hechos y la existencia misma con la prueba detallada en forma minuciosa por parte del Sr. Fiscal.

Todas las evidencias que han sido puestas en conocimiento del Tribunal, satisfacen los elementos subjetivos como objetivos del tipo penal del delito de Trata en la modalidad doblemente calificada tanto por la pluralidad de víctimas que supera el número de tres, como así con la concreción de la explotación. Se ha probado en la audiencia que de esa actividad ha resultado un beneficio económico al 50 % de las personas aquí responsabilizadas.

En cuanto a la mensuración de la pena que ha sido sugerida en el acuerdo, el Tribunal toma la misma, y no la excede por dos razones. En primer lugar, ya que la aspiración de la respuesta penal del Fiscal marca un límite. Pero en segundo término porque entendemos que en este caso puede ser aplicado el carácter indicativo del mínimo ya que la escala penal establece un margen mínimo y máximo dentro del cual los Jueces deben individualizar la pena, pero siempre que la pena resulte una Pena legal, es decir autorizada por el Derecho.

El examen a si la pena está o no autorizada por el derecho, necesariamente debe realizarse con la escala Penal de la ley infraconstitucional con las normas que regulan la pena dentro del bloque de constitucionalidad, en el cual como se sabe hay penas prohibidas. Cuando las mismas aparecen como crueles, inhumanas o degradantes. En la medida en que una pena establecida en abstracto por el legislador, al ser impuesta por un Juez impacte en alguno de estos adjetivos y torne de pena autorizada por derecho a pena inhumada, a pena degradante o excesiva entonces es la Jurisdicción quien tiene que corregir esto de modo de adecuar la escala penal al bloque de constitucionalidad. Y se entiende, no decidiendo la inconstitucionalidad sino entendiendo que los mínimos indican cual es el espacio de juego en el cual deben moverse los Jueces, salvo que existen circunstancias que obliguen a modificar ese juego. Y acá se presentan dos el límite fijado por el acuerdo y en segundo lugar las condiciones personales de los imputados.

En la valoración de la deliberación advertimos los jueces que hay una delgada línea divisoria entre víctimas y victimarios. Tanto víctimas como victimarios comparten algunas condiciones que en el caso particular de N. A. P. se hace más evidente, aparece sintomático el hecho biográfico de que la Sra. P. haya ejercido en forma personal la prostitución por muchos años, que en este momento padezca una enfermedad como es HIV, y que se ligue esa enfermedad en los modos de transmisión también a actividades de promiscuidad de tipo sexual. Vemos que en cuanto a las condiciones socioeconómicas, en cuanto a las difi-

cultades por las que atraviesan víctimas y victimarios tampoco es posible establecer muchas diferencias.

En cuanto a este delito de trata por el Protocolo de Palermo, y por los compromisos que suscribió la República Argentina, en su origen en el momento de la toma de decisión políticas, tuvo en cuenta a la delincuencia de tipo transnacional organizada, de escala, en donde grupos importantes, con una organización de tipo empresarial se dedican a la nuevas formas de esclavitud. Acá estamos en una escala totalmente diferente a aquellas que movió la suscripción de los tratados Internacionales, y no a los fines de desplazar el tipo penal de trata que aquí se está aplicando, sino que hay una manera de distinguir del modo que debe impactar el tipo penal respecto de la respuesta concreta, específica que den los Jueces en cada uno de los casos tratados.

Se recuerda a las máximas del procesalista uruguayo Couture en donde decía en una de ellas “cuando veas una contradicción entre el derecho y la Justicia opta por la Justicia” esto es lo que han hechos las partes, han optado por la Justicia buscando una salida al conflicto de la medida en la que ha sido presentada a este Tribunal, opción que se acompaña en la búsqueda de la Justicia, dando una respuesta Penal en donde se aparta del mínimo e en este caso el mínimo por la doble calificación excede los años que le han sido impuesto a N. A. P.

V. Respetto de la pena de decomiso.

Que formo parte del acuerdo referenciado el decomiso de los bienes secuestrados. Ahora bien respecto de cuestión que tiene algún tipo de particularidad o novedad, tanto que mereció una justificación por parte del Sr. Defensor de las Víctimas, que es que el dinero secuestrado no vaya a las arcas del Estado sino se utilice para reparar a las víctimas y que el monto que estaba previsto afrontar el imputado G., sobre el cual se suspende el proceso a prueba tampoco se traduzca en pañales a una institución pública como es el Hospital Militar de Salta, sino que se convierta en suma dineraria y se destine a las víctimas, motivando al intervención del Dr. Batule respecto de la posibilidad de que eso se concrete en un solo pago, sobre esta cuestión entendemos que no cabe disponer del decomiso del dinero secuestrado, es decir de los \$76.000, aunque esto provenga de la actividad de la cual ha recaído condena sobre dos de los acusados en este juicio.

La razón principal e histórica del Decomiso, fue y es evitar la reutilización de los elementos decomisados en el mismo delito. Y como segunda razón, que no beneficie a los autores del delito el provecho del mismo, sino que acuda en auxilio del Estado para sostener parcialmente o coadyuvar parcialmente con las erogaciones que demanda la prevención y represión de los delitos. Estas son las dos razones que están por

detrás del decomiso. Entendemos que en este caso, ninguna de estas dos razones puede primar por sobre la necesidad de reparación de las víctimas, porque ese dinero ha sido generado con afectación de su propia dignidad. Mediante la utilización de sus cuerpos, por lo que resultaría inmoral y antiético que el Estado beneficie para sí y para sus actividades con aquello que ha sido el fruto de lo victimizante dentro del delito. Es por estas razones, que no se decomisa el dinero porque se entiende que el decomiso, lejos de cumplir con los propósitos en los que se funda, lo que haría sería agravar las consecuencias del ilícito respecto de las personas damnificadas. Y optando por el no decomiso es que, se acepta este acuerdo propuesto de que ese dinero vaya en carácter de indemnización, lo que tiene amparo en el Art. 29 último párrafo del CP para el caso de las dos personas que se condenan, es decir N. A. P. y A. P. Y en el caso de la Suspensión de Juicio a Prueba a favor del imputado J. E. G., la suma de \$40.000 destinado a la compra de pañales, la tomamos como una oferta de reparación a las víctimas, y en ese carácter, como reparación, ya no como indemnización del art. 76 Bis del CP va a integrar entonces la suma global a ser distribuidas dentro de las 9 víctimas con alcance que le han sido presentadas incluyendo a la víctima que se identificó como EO.

En cuanto a la suspensión de Juicio a Prueba a favor de J. E. G., se resuelve la suspensión bajo las reglas de someterse al cuidado de un Patronato de Presos y Liberados, hacer trabajo remunerado en la extensión y en favor del comedor Pancitas Felices, por el término de 16 horas y por seis meses, y que se concrete dentro del plazo de diez días hábiles, el depósito de la suma de \$40.000.

Por ello, no se decomisa el dinero secuestrado sino que se dispone su utilización como indemnización de las víctimas. Además se ordena la devolución de la máquina fotográfica secuestrada a N. A. P., así como el vehículo secuestrado, y los 5 teléfonos celulares que fueron secuestrados a A. P.

Por todo ello, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta, falla: I. Condenar a N. A. P., de las condiciones personales obrantes en la causa, a la pena de 6 (SEIS) años de prisión efectiva en la modalidad de cumplimiento domiciliario, la inhabilitación absoluta por el término de la condena, por resultar autora penalmente responsable del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, agravado por la pluralidad de víctimas y por la consumación de la explotación, previsto y reprimido en los arts. 145 bis, 145 ter inc. 4 y penúltimo párrafo del CP, arts. 12, 40, 41 y 45 del CP con costas. II. Condenar a G. A. P., de las condiciones personales obrantes en la causa, a la pena 3 (tres) años de prisión de ejecución condicional, por resultar partícipe secundario del delito de trata de personas con fines de explotación sexual

agravado por la pluralidad de víctimas y por la consumación de la explotación, previsto y reprimido en los arts. 145 bis, 145 ter inc. 4 y penúltimo párrafo del CP, arts. 26, 27 bis, 40, 41 y 46 del CP con costas. III. Imponer a G. A. P. el cumplimiento de las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del CP, en su inc. 1) fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato de Presos y Liberados, por el tiempo de la condena. IV. Ordenar la suspensión del proceso a prueba a favor de J. E. G., de las condiciones personales obrantes en autos, en los términos del art. 76, 76 bis y ter del CP. V. Imponer a J. E. G. el cumplimiento de las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del CP, en su inc. 1) fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato de Presos y Liberados, por el término de un año. Establecer como reparación del daño la entrega a las víctimas de la suma de \$40.000 (art. 76 bis del CP) y realizar trabajos no remunerados en el comedor "Pancitas Felices", por un total de 16 hs. mensuales por el término de 6 meses. VI. Ordenar el decomiso de los elementos secuestrados, con excepción del dinero, el vehículo secuestrado a J. E. G. y la cámara fotográfica secuestrada a N. A. P., de acuerdo al art. 23 del CP. VII. Disponer del dinero secuestrado en autos en carácter de indemnización de las nueve víctimas, incluida la identificada como E. O., en partes iguales. VIII. Disponer la integración de la indemnización establecida en el pto. anterior, con la suma de \$40.000 (pesos cuarenta mil), a distribuirse de idéntica manera entre las víctimas, que en carácter de reparación abonará J. E. G., mediante depósito judicial en Banco Nación y a la orden de este Tribunal, en el plazo de 10 días a partir del presente veredicto. IX. Diferir la lectura de la sentencia para audiencia del día 21 de mayo de 2021 a hs. 12:00. X. Regístrese, notifíquese y cúmplase. — *Abel Fleming Figueroa.* — *Gabriela E. Catalano.* — *Domingo J. Batule.*

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO

Título de posgrado en medicina elaborado por el imputado y presentado para inscribirse como médico especialista en el Consejo de Médicos de la Provincia de Santa Cruz. Juicio abreviado. Condena de prisión en suspenso.

El imputado debe ser condenado por el delito de falsificación de documento público, pues las probanzas de la causa permiten tener por acreditado que presentó ante el Consejo Médico de la Provincia de Santa Cruz, el Certificado de Especialidad que él había elaborado, pretendiendo que el mismo fue expedido por la Facultad de Medicina de la UBA, por lo que la calificación legal propuesta se adecua a la normativa citada.

TFedOral Crim., Santa Cruz, 06/04/2021. - T., M. E. s/ falsificación de documentos públicos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/5932/2021]

Causa FCR 8200/2017/TO1

Río Gallegos, abril 6 de 2021.

Considerando:

1.- Que llega a juicio la presente causa por requerimiento formulado a fs. 169/172, por el Dr. Julio C. L. Zárate, Fiscal Federal Subrogante ante el Juzgado Federal de Río Gallegos, atribuyéndole a M. E. T. haber falsificado el título de posgrado de Médico Especialista de Medicina Crítica y Terapia Intensiva de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Buenos Aires y haber hecho uso del mismo al momento de presentarlo, al solicitar su inscripción, como médico especialista en el Consejo de Médicos de la Provincia de Santa Cruz, el día 11 de julio de 2017.

2.- A fs. 276, obra propuesta de juicio abreviado (art. 431 bis del CPPN), de la señora Fiscal General Subrogante ante el Tribunal Dra. Patricia Kloster, solicitando se condene al encartado, por ser autor del delito de Falsificación de Documento Público (art. 292 del CP) a la pena de Dos Años de Prisión, que podrá ser dejada en suspenso (arts. 26 del CP) y las costas del proceso (art. 29 inc. 3 del CP, art. 530 y ss. del CPPN).

3.- A fs. 276 vta., el Dr. Gabriel Eladio Bertorello, en representación de M. E. T., adhirió a la solicitud efectuada por la Dra. Kloster, para que se imprima al a causa el trámite de juicio abreviado, dejando expresa constancia que la misma alcanza a la existencia del hecho que se le atribuye a su pupilo en el requerimiento de elevación a juicio, compartiendo la calificación legal que la representante de la vindicta pública formula al proponer el trámite de juicio abreviado, el monto de la pena requerida y la forma de cumplimiento.

4.- Presentada al Tribunal la propuesta de juicio abreviado y la conformidad prestada por la defensa del encartado; se fijó la audiencia de visu prevista por el art. 431 bis inc. 3 del CPPN. (fs. 410), la que fue presidida por el suscripto; ocasión en que el imputado T. fue interrogado acerca de, si aceptaba la adhesión de su Defensor a la propuesta de juicio abreviado presentada por la vindicta pública y en su caso, si reconocía su participación en los hechos atribuidos, consentía la calificación legal que se le asigna y la pena propuesta; manifestando expresamente que ratificaba la aceptación formulada por su defensor de la propuesta de juicio abreviado reconociendo su participación y responsabilidad en los hechos atribuidos en el reque-

rimiento de elevación a juicio, la calificación legal que se le asigna y la pena que se ha propuesto.

Resultando:

1.- Que la propuesta de juicio abreviado; en punto al hecho, su calificación legal y monto de la pena; como así la conformidad respecto a ella formulada por el encartado; asistido por su defensor; se adecuan a las previsiones del art. 431 bis del CPPN., y habida cuenta que las probanzas reunidas en la instrucción resultan suficientes para resolver la causa, corresponde hacer lugar a la misma.

2.- Habiendo quedado la causa en estado de dictar sentencia corresponde valorar las siguientes cuestiones para resolver:

1ª ¿Se acreditó el hecho imputado y la participación que se le atribuye al encartado? 2ª En caso de responderse en forma afirmativa a la cuestión precedente ¿qué calificación legal corresponde asignarle? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la Primera Cuestión digo:

Para la resolución de la encuesta de la presente cuestión, he de valorar que la presente causa tiene inicio el día 19 de julio de 2017 (fs. 15), por la presentación efectuada por el Dr. Pablo Aodassio, Secretario General del Consejo de Médicos de la Provincia de Santa Cruz, ante el Fiscal ate el Juzgado Federal de Primera Instancia de Río Gallegos, poniéndole en conocimiento la falsedad del título de especialista en Terapia Intensiva presentado por el aquí encartado, con el afán de obtener el reconocimiento en el ámbito de la Provincia de Santa Cruz, puntualizando que al realizar las acciones de verificación se constataron las siguientes irregularidades: 1) Al dorso del título obra una estampilla del Ministerio de Educación de la Nación N° 00000023659, que efectuada la consulta en la web: [www. Sicer.siu.edu.ar](http://www.Sicer.siu.edu.ar), informa que “no se encontraron resultados para su búsqueda”; 2) obra dato de finalización de carrera de medicina el 31 de mayo de 2017, cuando en realidad se recibió el día 10 de julio de 2012 y fue validado su título ante la UNNE el día 12 de noviembre de 2016; 3) se expidió el título por la UBA 23 días después de recibirse, cuando normalmente lleva un tiempo de entre 3 y 4 años; 4) que las firmas que obran en el documento, por los menos tres de ellas no corresponden a sus titulares (Prof. Dres. Sergio Luis Provenzano, Carlos Reyes Toso y Alberto Barbieri); y 5) los originales de los títulos poseen un sello de agua y en el presentado por T., está impreso en tinta, por lo que se consultó al Decanato de la Facultad de Medicina de la UBA, quien informa la falta de antecedentes del profesional en cuestión ante esa casa de estudios; y se acompaña el título original de especialista. Asimismo, se adunan las siguientes pro-

banzas: el título de la Universidad Nacional de Buenos presentado por T. ante el Consejo de Médicos de la Prov. de Santa Cruz, la solicitud de inscripción ante el Consejo Médico de la Prov. de Santa Cruz, Constancia de “Verificación Médica” expedida por la UBA (fs. 8), nota firmada por T. solicitando el reconocimiento de su especialidad médica (fs. 14), la denuncia presentada por el Consejo Médico de la Prov. de Santa Cruz (fs. 15), Programa de la carrera de médico especialista en medicina crítica y terapia intensiva de la UBA (fs. 17/18), Impresiones de pantalla del sistema informático de certificaciones de la Dirección Nacional de Gestión Universitaria “consulta de diplomas universitarios” (fs. 19/21); Informe del Secretario de Asuntos Legales de la UBA (fs. 39/40); Informe del Decano de la Facultad de Medicina de la UBA (fs. 89); Nota del Consejo Médico de la Prov. de Santa Cruz remitiendo documentación original (fs. 99), que se encuentran reservadas y el Informe de la Dirección de Criminalística y Estudios Forenses de Gendarmería Nacional (fs. 115/123).

La denuncia formulada por el Consejo Médico de Santa Cruz, se sustentó con el acompañamiento del informe de la web de la UBA, en el que consta que el diploma acompañado por T. y que lucía una estampilla, no aparece en tal sitio.

Esa y las restantes manifestaciones de la denuncia, fueron corroboradas por el informe del Decanato de la Facultad de Medicina de la UBA, en el que se expresa que no hay antecedentes de la expedición de ese diploma.

La consulta sobre la currícula de la carrera de Medicina Crítica y Terapia Intensiva, demuestran que las condiciones de admisión, el régimen y el plan de estudios tornan, materialmente imposible que el acusado haya podido concluir sus estudios de posgrado entre el 22 de noviembre de 2016; fecha de revalidación de su título de doctor en medicina ante la Universidad Nacional del Nordeste y el 31 de mayo 2017, fecha del título presentado, supuestamente expedido por la UBA, la que informa que no puede corroborar registros al respecto, sumado a un informe posterior en el que expresamente las autoridades de la UBA señalan que “las firmas en el título que presenta no guardan relación con las firmas reales de las autoridades firmantes”.

Todo ello se halla corroborado por la Pericia Caligráfica practicada por personal especializado de la Dirección de Criminalística y Estudios Forenses, que tras el análisis grafológico comparativo del diploma y de otros documentos indubitados (formulario de reconocimiento ante el Consejo Médico de la Provincia de Santa Cruz) arribó a la conclusión de que había una correspondencia entre las firmas insertas por el imputado en todas las piezas, lo que permite concluir

que el imputado fue quién elaboró el documento apócrifo presentado ante el Consejo Médico de la Provincia de Santa Cruz a fin que se le reconociera la especialidad médica que se consignan en el mismo, ello aunado al reconocimiento expreso formulado por el encartado ante esta instancia, al aceptar la propuesta de juicio abreviado formulada por la vindicta pública, permiten tener por acreditado el hecho y su participación en el mismo, por lo que así debe ser resuelto.

A la Segunda Cuestión digo:

Valoro que la señora Fiscal General Subrogante, al proponer la aplicación del instituto del juicio abreviado califica el hecho atribuido a M. E. T., como adecuado a la figura penal de delito de Falsificación de Documento Público (art. 292 del CP) y, que conforme se ha resuelto la cuestión precedente, las probanzas adunadas en la presente causa, permiten tener por acreditado que el encartado presentó ante el Consejo Médico de la Provincia de Santa Cruz, el Certificado de Especialidad que él mismo había elaborado, pretendiendo que el mismo fue expedido por la Facultad de Medicina de la UBA, por lo que la calificación legal propuesta se adecua a la normativa citada, y así se resuelve.

A la Tercera Cuestión digo:

Conforme han sido resueltas las cuestiones precedentes, corresponde hacer lugar a la propuesta de juicio abreviado traída a la consideración de esta instancia.

Asimismo, corresponde condenar a M. E. T., por ser autor del delito de Falsificación de Documento Público (art. 292 del CP), a la pena de Dos Años de Prisión, en suspenso (arts. 26 del CP) y las costas del proceso (art. 29 inc. 3 del CP, art. 530 y ss. del CPPN).

La modalidad de pena en suspenso se adecua al monto de la misma, la calidad del hecho cometido, la falta de antecedentes, la actitud observada con posterioridad al hecho, no haber vuelto a cometer nuevos delito y que no existe peligro de fuga.

Durante el plazo de dos años, el incuso deberá fijar residencia y someterse al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal correspondiente a su domicilio, abstenerse de consumir estupefacientes y abusar de bebidas alcohólicas (art. 27 bis incs. 1 y 3 del CP).

Por todo lo expuesto, luego de valoradas las pruebas recibidas en la instrucción, la propuesta formulada por el Ministerio Fiscal y la Defensa; la admisión efectuada por el procesado, de conformidad con las disposiciones legales citadas, este Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Provincia de Santa Cruz, falla:

1.- Declarar admisible la propuesta de juicio abreviado traída a consideración del Tribunal. 2.- Condenar a M. E. T., por ser autor del delito de Falsificación de Documento Público (art. 292 del CP), a la pena de Dos Años de Prisión, en suspenso (arts. 26 del CP) y las costas del proceso (art. 29 inc. 3 del CP, art. 530 y ss. del CPPN). 3.- Imponer a M. E. T., por igual plazo de Dos años, fijar domicilio —debiendo notificar al Tribunal cualquier modificación del mismo—, someterse al control de la DCAEP y abstenerse de consumir estupefacientes y abusar de bebidas alcohólicas (art. 27 bis, incs. 1 y 3 del CP). Regístrese, notifíquese, comuníquese y oportunamente cúmplase, debiendo formarse el respectivo legajo de ejecución de sentencia. — *Jorge E. Chávez.*

VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Jefe de seguridad interna de unidad penitenciaria. Abuso de autoridad. Imposición de vejámenes y apremios. Obtención de pruebas de forma ilegal. Organización de peleas clandestinas. Responsabilidad penal.

1. — El imputado y otras personas integrantes del servicio penitenciario sometieron a un grupo de internos a ilícitas exigencias que constituyeron actos de degradación humana. Estos actos consistieron en obligar a uno de ellos a cometer una accionar contrario a su voluntad bajo amenaza de ser perjudicado en su avance en sistema de la progresividad o ser trasladado a otras jurisdicción; y obligarlos a llevar a cabo peleas con otros internos con la finalidad de obtener por medio de ellas, mejores calificaciones en sus registro de tratamiento disciplinario para, de esta manera, obtener mejores beneficios tanto adentro del penal, como así también en el proceso administrativo de resocialización.
2. — Las amenazas de quitar o promesas de percibir beneficios como estrategia del encausado para coaccionar a los internos a realizar los encargos que les imponía, resulta manifiesta en las declaraciones de casi todos los detenidos incorporadas al debate. Esta maniobra torna evidente el ejercicio abusivo de las funciones en que incurrió el imputado, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad de las personas a su cargo.
3. — Los internos debían afrontar “peleas organizadas”, entre otras exigencias, como pauta de condición para la obtención de beneficios en el trámite de puntuación del régimen de pro-

gresividad o de disciplina interna, en franco detrimento de la función y la ley. El registro de audio y video exhibido durante el debate e incorporado oportunamente, demuestra que en los primeros cuatro segundos de la filmación se advierte que los internos comienzan a pelear, es decir que se comenzó a grabar antes de que empezara el enfrentamiento. Este documento hecha por tierra gran parte de la versión de los hechos que desplegara la defensa del imputado, quienes pretendieron aseverar la “generación espontánea” de dicha pelea, causada por las propias desavenencias de criterios o conflictos personales de los mismos internos, es decir “no organizada” por ellos los integrantes del Servicio Penitenciario, cuando de la atenta compulsa del documento audio visual se puede observar una “llamativa tranquilidad” acaecida en el Penal a la hora en la que producían los hechos. Estos elementos probatorios dan solidez al cuadro de convicción de cargo suficiente, para dar por cierto los hechos imputados por el Ministerio Público Fiscal en orden a la comisión de imposición de vejámenes y apremios.

4. — El accionar desplegado por el imputado, por cuanto habría constituido un “mero” quebrantamiento funcional desplegado solo por este, sin la colaboración o participación de los demás integrantes de la fuerza de seguridad penitenciaria, más la aquiescencia, tolerancia o cuanto menos el total desinterés por el normal desempeño de la misión funcional encomendada de quien revestía en aquel tiempo el cargo de Director de dicha Unidad Penal, implica violentar las reglas de la lógica, y poner en cabeza del acusado un diseño y manejo de toda una organización administrativa que en modo alguno podría desarrollarse sin el acompañamiento de otros funcionarios y agentes públicos.
5. — Debido a la formación personal y a la extensa carrera del imputado, no quedan dudas de que podía captar el disvalor de la conducta atribuida en su contra, como así también la importancia o valor que dicho accionar y función aportan para la vida social y de la cual el ordenamiento jurídico en general, y la ley penal en particular, resultan herramientas de protección y cohesión social.
6. — El imputado, dadas sus especiales aptitudes, se encontraba en una calificada posición de custodio de los bienes jurídicos afectados por los delitos, por lo que su determinación a cometerlos y los daños producidos deben serles reprochados como agravante en la mensuración

atento a su deber incrementado de protección y con mayor razón cuando está probado que los hechos por los que fue condenado fueron organizados, pergeñados y premeditados por el nombrado. El acusado actuó a sobre seguro, aprovechándose, cual, si se tratara de un rufián y no de un funcionario público limitado por regular cumplimiento de la ley, del estado de indefensión de los internos víctimas propia del debilitamiento que nace del encierro, aislamiento y la desesperación por contar con informes benévolos dentro del régimen penitenciario.

7. — El video cuya nulidad se rechaza reviste el carácter de *notitia criminis*, en tanto a partir de tomar conocimiento de los hechos grabados, la máxima autoridad del Servicio Penitenciario Nacional radicó denuncia, impulsando al acusador a investigar un accionar de relevancia de persecución penal. El desconocimiento de la forma en que esa prueba llegó a manos del Director General del Servicio Penitenciario no es motivo suficiente para desestimar el medio de probatorio que incitó la actuación fiscal y que fue incorporada legalmente al proceso, por cuanto fue remitido por el magistrado que declino su competencia en razón del territorio. Además, la incidentista no acompañó constancias del supuesto ilícito cometido para obtener la prueba tachada de nula.
8. — Ante la presencia de un único testigo del hecho no puede prescindirse de sus afirmaciones, sino que estas deben ser evaluadas con la mayor severidad y rigor crítico posibles, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias de la causa que corroboren o disminuyan su fuerza, y examinando cuidadosamente las calidades del testigo.
9. — La versión del imputado, en cuanto a que fue el interno el que por su propia voluntad se dispuso a grabar a un agente penitenciario y luego entregar el archivo de audio en un pen drive al Jefe de Interna, no encuentra sustento probatorio alguno. De haber ocurrido así, resulta poco verosímil que no hubiera registro alguno de los procedimientos que se deberían haber llevado a cabo ante tamaña revelación o de las investigaciones que se debieron iniciar.

TOral Crim. Fed., Santiago del Estero, 28/05/2021. - S. C. G. s/ abuso de autoridad y viol. deb. func. publ. (art. 248).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63613/2021]

Expte. N° 48.577/2013

Santiago del Estero, mayo 28 de 2021.

I. La acusación:

La titular de la acción pública sostuvo que a raíz del recurso interpuesto contra la sentencia de fondo dictada en autos, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, en fecha 9 de marzo de 2020 hizo lugar a la vía impugnativa, en consecuencia anuló la sentencia dictada por este Tribunal Oral de fecha 14 de septiembre de 2018 —con otra integración— por ser un pronunciamiento arbitrario, por apoyarse en un juicio subjetivo desvinculado de las constancias de autos, de fundamentación aparente. Es por ello, que dispuso el reenvío para la reevaluación de las pruebas conforme las pautas señaladas y teniendo en cuenta el marco de violencia institucional.

Explicitó que el *ad quem* estableció estándares de valoración de la prueba, como ser: el contexto en el que se produjeron los hechos, un recinto penitenciario, lugar de acceso restringido solo a personal penitenciario y a los internos-víctimas; la relación de poder, por cuanto el encartado S. se encontraba a cargo de la institución penitenciaria y al cuidado de los internos, lo que requiere una visión en conjunto del material probatorio y una ponderación especial; y por último, que se trata de hechos de violencia institucional, lo que exige el análisis de normas de jerarquía constitucional, es decir la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en su art. 1, Convención Americana de los Derechos Humanos, art. 5.1 y 5.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10; jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso “Espósito”).

Expuso que S. viene acusado por los delitos previstos en los artículos 248 y 144 bis inciso 3° del CP, específicamente, por las acciones que este desplegara mientras se desempeñaba como jefe de seguridad interna de la Unidad Penitenciaria Federal N° 35 de “Colonia Pinto”, con asiento en la provincia de Santiago del Estero. Se le endilgan dos hechos:

a. El “Hecho 1” el que consiste en que el Sr. S. obligó al interno H. G., a grabar a un agente del servicio penitenciario (M.) del quien sospechaba que facilitaba el ingreso de estupefacientes a la institución carcelaria; otorgándole para ello un teléfono, bajo las amenazas de no conceder beneficios o puntos al interno y arriesgando así la integridad física del mismo.

Para el Ministerio Público Fiscal este primer hecho se acredita con el acta que da inicio a la causa de fecha

24 de septiembre de 2013 (fs. 1/3), de la cual resulta que S., en forma espontánea, afirmó haber dado instrucciones al interno G. —y los medios— para obtener prueba del supuesto tráfico de estupefacientes en el establecimiento. A su vez, entrevistados con G., confirmó el encargo del jefe de interna bajo amenazas de ser trasladado a Chaco; agregando que al no haber conseguido lo que S. pretendía —en relación al agente penitenciario M.— fue sancionado y dispuesto su aislamiento por tres meses.

Sostuvo que dicha acta fue firmada por dos fiscales, Dres. Indiana Garzón y Pedro Simón, y el actuario del Ministerio Público Fiscal, Dr. Sergio Álvarez, la que se transformó en prueba documental con la declaración testimonial del secretario actuante. Este último, durante audiencia de debate, en el contrainterrogatorio de la defensa dijo que S. expresó espontáneamente el pedido formulado al interno G. y aclaró que los fiscales le dijeron, a S., que esa no era la forma de proceder para investigar. Además, el testigo expresó que tuvo la sensación de que el encartado actuaba como si fuera el Director, porque era el que primero respondía y el que tenía toda la información.

Agregó que el interno G., dio una versión coincidente con lo volcado en el acta, y que se intensificó la persecución y que por ello estaba en una celda de castigo.

Adujo que a casi un mes de iniciada la investigación penal, S. le envió al Sr. P. —autoridad penitenciaria— por correo electrónico el audio de G. A su vez, el 30/10/2013, P. remitió al fiscal Simón el archivo de audio por el mismo medio, y por correo postal el 15/01/2014 el que fue incorporado a estas actuaciones en febrero/2014 como prueba de cargo. Manifestó que con ello se incorpora en debida forma el audio a la causa.

Este audio persuade de que el interno dice la verdad. Además, las amenazas de traslado de G. existieron, tan es así que lo comunicó a sus defensoras. El traslado a Chaco fue dispuesto el 08/07/2013, el que advertido por el Tribunal Oral de que se revestía el carácter de sanción disciplinaria, se dispuso dejarlo en suspenso. Lo que acredita sus dichos.

La fiscalía expuso que la versión de la defensa de que tomó la decisión de efectuar la grabación por su propia voluntad sin que se le facilitara ningún dispositivo, no tiene sustento. Ello en razón de que para entregar el archivo en un pen drive necesita de medios tecnológicos. Por otra parte, el interno no expresó resentimiento contra S.. No hay constancias administrativas de que le hubiera entrega un pen drive, tampoco hay denuncia a la División de Drogas Peligrosas de la policía.

Señaló que el art. 248 del CP prohíbe dictar órdenes contrarias a las leyes. La orden de S. en su carácter de jefe de seguridad interna de la institución penitenciaria, de grabar dirigida a un interno es contraria a la Constitución Nacional.

b. El “Hecho 2”, calificado como de violencia institucional, por ser las víctimas personas privadas de su libertad, que como tal merecían especial custodia por parte del Estado.

La acusación reprochó al encartado que el 29/07/2013 omitió actos propios de servicios, organizó peleas entre internos que se realizaron en el campo de deportes de la Unidad Penitenciaria N° 35, bajo amenazas y promesas de otorgarles beneficios; y no haber tomado las medidas necesarias para detenerla. En razón de esta pelea, lo internos fueron sometidos a vejaciones y apremios. Este hecho se acredita con las testimoniales, las constancias fílmicas y documentales.

Sostuvo que la tesis de la defensa de que se trató de una alteración de la orden espontánea y que el acusado hizo todo lo posible, desplegando el protocolo para detenerla y que el sonido del video se encuentra alterado, no tienen asidero; por cuanto en el video no se aprecia esa actitud del encartado y las imágenes del mismo, por sí solas demuestran cómo sucedieron los hechos.

La titular de la acción pública alegó que al inicio de la filmación se aprecia que los internos no estaban peleando, es decir que la grabación comenzó antes de que iniciara el enfrentamiento. Esto demuestra que es falso que gritaron cuando los internos empezaron a agredirse y que recién fueron a buscar la cámara filmadora.

Manifestó que solo bajaron a las personas que iban a pelear, les prometió beneficios o que iban a perderlos; en la lucha se evidencia que hay un orden, puesto que cada interno se acerca a su contrincante y ocupaban un lugar determinado en la cancha, destaca especialmente que no se les aplicaron sanciones a los reclusos. Con ello se acredita el carácter premeditado de la pelea y su organización. A esto se adiciona que nadie intervino, no se iniciaron constancias administrativas y no se procedió conforme los arts. 131, 201, 211 y 212 del Decreto 1523/1968.

A su criterio, que el encartado decidiera filmar el evento fue a los efectos de resguardarse.

Señalo que el testigo L. reseñó que nunca vio algo parecido en todo su carrera y observó la actitud muy pasiva del personal, a su vez acotó que no era una situación de gravedad porque no había armas.

Describió que en la grabación no se escuchan gritos ni insultos, que se ve al personal penitenciario que camina o parado alrededor de la cancha de brazos cruzados, que no hacen nada, inertes, pasivos. Agregó que tampoco hay constancias médicas de las lesiones de los internos.

Subrayó que los planteos de nulidad de la defensa en cuanto al acta, el archivo de voz y la filmación fueron infructuosos y que no aportó mayores pruebas que acrediten su versión de los hechos. Por otra parte el acta labrada por el secretario de fiscalía es un instrumento público que no fue redargüido de falsedad.

En cuanto a que no se preservó la cadena de custodia del video de la pelea, es incorrecto porque siempre estuvo en el ámbito del Servicio Penitenciario y es enviado en forma anónima al Director del Servicio Penitenciario, quien radicó denuncia ante el Juzgado Federal de Buenos Aires. Este organismo se declaró incompetente y remitió las actuaciones al Juzgado Federal de esta Provincia incluido el soporte de video.

Refirió que la entrega anónima del video, adopta el carácter de noticia criminis, por cuanto no hubo despostramiento de su legítimo dueño (hurto).

Por otro lado, en relación a la calificación endilgada expresó que la conducta descripta en el primer hecho encuadra en el art. 248 del CP abuso de autoridad y violación a los deberes de funcionario público, por ser jefe de seguridad interna del establecimiento penitenciario, en perjuicio de H. G., en calidad de autor. Por el segundo hecho se enrostra la figura prevista en el art. 144 bis, inc. 3 en concurso ideal con el art. 248 violación de los deberes de funcionario público por someter a los internos a vejaciones, en perjuicio de C., S., M., D., D. y F., en calidad de autor; ambos hechos en concurso real de delitos. Además, esgrimió que estas conductas también encuadran en el delito de infracción de deber, por incumplir las obligaciones a cargo, las cuales son: Ley Orgánica del Servicio Penitenciario art. 1, 30 y 354, inc. 1; Ley 24.660, art. 1 y capítulo de Faltas Gravísimas del Decreto Ley 1523/1968.

Asimismo requirió: a. reparación integral a las víctimas por ser sujetos pasivos de violaciones a los Derechos Humanos, y debido a que atento al tiempo transcurrido no se puede solicitar una reparación individual, requirió que se arbitren los mecanismos necesarios para la identificación de las víctimas y sus familiares, debiendo tramitar por expediente separado; b. se imponga un Programa de Capacitación para los agentes de la Unidad Penitenciaria N° 35 que abarque las “Reglas de Mandela”; c. se ordene al Estado a publicar en el diario oficial y en los de mayor circulación por única vez la parte dispositiva de la sentencia en caso de tener acogida la pretensión fiscal; d. la incorporación a los penitenciarios en capacitación sobre

Tratos Crueles e Inhumanos de la normativa internacional.

Sostuvo la inexistencia de circunstancias que permitan al encargado eximirse de su accionar, ya que comprendía los hechos, podía comprender la norma y pudo optar por cumplirla o violentarla. Entendiendo que son agravantes de su accionar la magnitud del injusto que afectó el buen funcionamiento de los institutos de libertad en un contexto de encierro, incolumidad de la integridad del personal por el proceder ilegítimo de un funcionario público, que se trata de dos hechos, el daño moral y físico al que fueron sometidos los internos, las lesiones padecidas que fueron constatadas parcialmente, afectación a la dignidad de las víctimas, la pluralidad de víctimas (siete) privadas de su libertad y que se trata de delitos consumados. En cuanto al art. 41 del CP se debe tener presente que era mayor de edad al momento del hecho, de clase social media, con instrucción el cargo jerárquico en el Penal que exige mayor responsabilidad, más teniendo en cuenta sus distinciones, la falta de acreditación razonable de lo que lo llevó a delinquir, que las víctimas son personas bajo su guarda. Solo encontró como atenuantes la carencia de antecedentes penales. Por ello, solicitó la pena de tres años y tres meses de prisión efectiva con más inhabilitación por seis años y seis meses.

II. La tesis de la defensa:

La defensa, como medida preliminar y en función del art. 377 del CPPN, articuló incidente de nulidad, toda vez que el segundo hecho delictivo —peleas clandestinas— que se atribuye al encausado, resulta a partir de un video (con soporte en CD) obtenido mediante la comisión de un delito.

Esgrimió que la investigación de este supuesto accionar delictivo comenzó con la denuncia radicada ante el juzgado federal por quien en ese momento se desempeñara como director nacional del Servicio Penitenciario Federal, a raíz de haber encontrado en su despacho un CD con dos archivos. En consecuencia, este video se habría obtenido a partir de la comisión de un hecho delictivo.

Agregó el letrado defensor que en ocasión en que la Fiscalía allanó las dependencias de la Unidad N° 35, solo se secuestró una computadora del jefe de turno, sin embargo se omitió incautar la filmadora de la institución, la computadora del director del establecimiento y la del área de requisita. En función de ello, expresó que desconocer cómo habría llegado este soporte magnético al despacho del director nacional del Servicio Penitenciario Federal (Marambio), infiriendo que su obtención sería fruto de un delito, siendo indiscutiblemente de origen ilícito. Además, expuso que a su criterio no se respetó la cadena de custodia, por lo

que solicitó la nulidad de todo lo actuado desde la denuncia, conforme el art. 170 inc. 2 y 166 del CPPN.

Ratificó sus alegatos vertidos en el juicio de debate anterior y negó todos los hechos por los que se acusó a su defendido.

En cuanto a su tesis de defensa, manifestó que su representado no solicitó al interno G. que realizara tal grabación o le profirió amenazas y que por tratarse de una persona condenada se debería haber efectuado una pericia psiquiátrica. Expuso que G. actuó de forma independiente para denunciar a S. con el propósito de perjudicarlo. Tan es así que durante la Instrucción el agente M. no fue citado a fin de efectuar una pericia de reconocimiento de voz, ni fue requerida por su parte ya que no puede recaer sobre la defensa la carga de tal prueba (inversión de la carga probatoria), es decir que no se encuentra certificado que la voz en el audio sea del agente M. Además, manifestó que resulta extraño que la fiscalía no citara a ese agente siendo que en los actuados se presentó y se le informó que no se había instruido causa en su contra.

Señaló que en fecha 14/06/2014, se incorporó acta notarial en la que consta la declaración de los agentes M. y A., porque no se admitió la declaración de los mismo, y sus versiones que no fueron confrontadas. Así, argumentó que el agente M. manifestó que el interno G. le entregó un pen drive, por ello se confeccionó un informe que fue presentado al director del establecimiento carcelario y en consecuencia M. fue comisionado a la División de Drogas Peligrosas. Esa dependencia policial se iba a encargar de hacer un operativo en el Puente Carretero para verificar los hechos. Sin embargo, esas actuaciones no se incorporaron a la causa ni se citó a L. y G. para ratificarlo. En cuanto a la forma en la que el dispositivo de almacenamiento podría haber ingresado a la institución carcelaria, dijo que podría haber sido la misma por la que se hacía pasar estupefacientes.

Agregó que no se encuentra entre las facultades de S. disponer cambios de personal en la institución, así no fue quien ordenó el traslado de M. Lo mismo ocurre con el traslado de los internos, S. no determinó el traslado a Chaco de G., tampoco lo amenazó con ello. En realidad, el interno tomó conocimiento de esa disposición por su defensora, Dra. Abalovich.

Expuso que G. denunció al encausado porque desde que llegó al penal se cumplían las normativas vigentes. El interno tenía problemas de convivencia con sus compañeros, tan es así que expusieron sus quejas, y eso es lo que debería haber reflejado el acta labrada por fiscalía.

Arguyó que el acta labrada por el secretario del Ministerio Público Fiscal, en la que se asentó la inspec-

ción realizada por ese organismo a la institución penitenciaria en fecha 24/09/2013, fue redactada sin la presencia de las partes entrevistadas ni firmada por S., por lo que no constituye un documento que pueda avalar la supuesta declaración espontánea que consta en ella. Para ser válida debió observar las formalidades dispuestas en el art. 138 y 139, inc. 3 del CPPN.

Aduno que carece de sustento la acusación de que S. le entregó su celular a G., ya que al ser preguntado este por las características del celular no lo recordó. El celular del encartado jamás fue secuestrado o peritado, lo que a su parecer, es demostrativo de que la investigación fue parcial.

En consecuencia, remarcó que el encartado S. no es responsable de la conducta endilgada por este hecho.

En relación al segundo hecho acusado, alegó que el aporte probatorio fue cuestionado. Señaló que en el sumario administrativo iniciado en contra de S., consta la existencia de dos archivos (fs. 9). Sin embargo, el segundo archivo no apareció en el allanamiento. Es por ello que manifestó que la cadena de custodia no fue respetada y requirió que se valore armónicamente la declaración de los testigos que revisten la calidad de agentes penitenciarios, ya que todos fueron con- testes en sostener que se filmó con la cámara de la institución.

Resaltó inconsistencias en la declaración del testigo D., quien dijo que por la pelea se fracturó el brazo, mientras que más tarde dijo que fue la mano, no obstante, al terminar la contienda se lo ve levantando los brazos, movimiento que no podría haber hecho si tenía fractura. En cuanto a la identificación del agente A. declaró que estaba apostado, pero todos dijeron que este penitenciario estaba filmando y nadie vio —ni en el video se apreciaba— que S. hubiera estado grabando con su celular.

Aclaró que C. y S. fueron sancionados y por ello llevados al pabellón de castigo, pero G. se encontraba allí a fin de resguardarlo.

En cuanto a la declaración del testigo L., remarcó que no conocía la Unidad N° 35, que en ese establecimiento no hay grupo de choque. Solo había dos personas en el área de requisa, en cambio hoy hay quince agentes, lo que demuestra que es menor la cantidad de personal con la que contaba S.

Arguyó que el encausado tal vez fue demasiado precavido, pero no fue su intención dejar que los internos se golpeen. El encausado ante los eventos estaba asustado y tenía a su cargo personal de tan solo veinte años. S. y los demás agentes gritaron a viva voz a los internos para que cesaran de pelear y ordenó a O. que buscara

refuerzos. En encausado es un agente preparado, con distinciones y reconocimiento de sus pares.

Al salir de la cancha, luego de la pelea, los internos dijeron que los iban a meter presos, se pregunta por qué dirían eso si supuestamente fueron obligados por S. a pelear. El interno D. en su declaración dijo que entre los internos había conflictos que provenían de la institución penitenciaria provincial. El director del penitenciario fue quien dispuso no sancionar a los internos que intervinieron en el incidente.

Alegó que no se inició actuaciones en contra del jefe de turno, O., que la prueba se encuentra viciada porque salió de la órbita del penitenciario de forma ilícita y agregó que la instrucción de la presente causa fue negligente.

Por último, solicitó la absolución del encartado por los dos hechos endilgados.

III. Declaración del imputado:

El encartado, en referencia a sus condiciones personales, dijo que está casado y tiene hijos. En la actualidad se encuentra destinado sin funciones en la Unidad Penitenciaria N° 16 de Salta. Señaló que tiene tres sanciones administrativas: dos de ellas por demora en actuaciones que datan de hace quince años, y la tercera por demora en el ingreso de un interno en el Complejo Penitenciario N° 1.

En cuanto a sus antecedentes penales, dijo que posee esta causa y otra que tramita ante el Juzgado de Lomas de Zamora, que se encuentra en etapa de investigación por haber golpeado a un interno. Agregó que la denuncia por violencia de género efectuada por la madre de sus hijos, fue archivada por falta de pruebas.

En cuanto a su capacitación mencionó que se recibió en la carrera de Licenciatura en Seguridad y que se encuentra cursando el último año de Abogacía. A su vez, realizó diversos cursos de: seminario de Masculinidades y Violencia de Género, Diplomatura en Derechos Humanos, diplomatura sobre actos de corrupción, diplomatura de institución penitenciaria, curso de muertes en contexto de encierro, de violencia institucional, de Reglas de Mandela; para comprender las razones de esta acusación. Señaló que fue reconocido por el Vaticano y por el Tribunal Oral Federal de Santiago del Estero.

En cuanto a los hechos dijo que tenía muy pocos recursos para solucionar una alteración del orden y que debía proteger a internos y agentes del servicio penitenciario.

El imputado declaró que se desempeñaba al momento de los hechos como Jefe de Seguridad Interna en el penal de "Colonia Pinto".

Negó categóricamente los hechos de la acusación. Sostuvo que las denuncias en su contra son falsas, y están motivadas en que desde que llegó a esa institución penitenciaria se enfocó en evitar actividades ilícitas de los internos, aplicando medidas de control. Ratificó todo lo dicho en el debate anterior.

Manifestó que el pedido de fiscalía de que se retirara al momento de declaración de los testigos, durante el transcurso del debate anterior, le ocasionó tristeza, porque ellos no le temían sino en realidad tenían vergüenza por la falsedad de sus dichos.

Expresó que a raíz de esta causa se vio afectada su vida personal, familiar y económica. Refirió que en 1998 ingresó al Servicio Penitenciario y egresó en el año 2000 con el mejor promedio. Recibió varios reconocimientos: en 2012, reconocimiento ante un incidente en otra institución penitenciaria; en 2013 reconocimiento del Tribunal Oral de esta provincia por las condiciones edilicias y trato a los internos; y una mención del Papa Francisco por el taller de música, que fue coetánea al malestar manifestado por los internos al denunciar.

Expuso que se vio afectado su derecho de defensa y el debido proceso en razón de que: 1. el video de la pelea fue obtenido por un hurto, alterado e incorporado en forma incompleta. El Director General lo obtuvo de manera anónima producto de un hurto porque el video fue grabado con la filmadora de la institución y descargado en las computadoras de requisita y de la dirección. Además, no se respetó la cadena de custodia y no se hizo informe de su hallazgo; 2. el acta de fiscalía del 24/09/2013 no refleja lo que él dijo. Fue confeccionada a partir de apuntes y carece de valor procesal porque no fue firmada por el dicente. A su vez, en la misma no se dejó asentada la versión que dieron los internos B., B., G. V., Z. En esa oportunidad el interno G. V. mostró un mensaje enviado por G.; 3. que previo al debate la fiscalía entrevistó a los testigos-internos y que no podría ser para notificarlos porque en el expediente ya constaba esa diligencia. Por lo que hace sospechar que se pudieron de acuerdo y modificaron su declaración, lo que lo coloca en una situación de desigualdad de armas; 4. M. Á. P., que en el año 2013 era asesor en el Área de Asuntos Internos del Director General, fue quien acompañó el audio a la causa. Esta persona en la actualidad se encuentra acusada de efectuar espionaje a internos y fue expulsado del Servicio Penitenciario.

Reiteró que en el acta de fiscalía se volcaron afirmaciones que el no realizó. Así, no es cierto que tuviera problemas con el interno G. Él dijo que un grupo de

internos conflictivos y que G. tenía un régimen diferenciado por problemas de convivencia. Los internos del Pabellón N° 4 no querían que se alojara allí porque era mal compañero y les robaba sus cosas. Además, G. fue sancionado en la institución, la que fue aplicada por el director, y fue confirmada por la Dra. Noli, vocal de este tribunal.

Dijo que, por oficio remitido por el Tribunal, se comunicó denuncia de G. contra el agente M. y se ordenó una restricción perimetral de acercamiento. Ello consta en el Expte. G 130/2013.

Agregó que G. en su declaración testimonial dijo que los tres primeros meses que estuvo S., no tuvo problemas. En mayo 2013, se encontró que el interno de mención ingresaba drogas a la penitenciaría, hecho que admitió en el sumario administrativo. El 31/05/2013, G. radicó falsa denuncia por apremios ilegales, por lo que el juez Molinari ordenó visita al interno con un médico para constatar las lesiones. Se verificó que no presentaba heridas y dijo que se había puesto nervioso por la sanción, por lo que se desestimó la denuncia.

En el Expte. G 176/2013 se dejó constancia de que los internos del Pabellón N° 4 solicitaron que no alojaran en ese sector a G.

Recalcó que nunca afectó la puntuación de G., y que egresó con el beneficio de libertad condicional con el mismo puntaje que tenía cuando estaba el declarante.

En julio de 2013, el agente M. le comunicó que G. quería hablar con él. Debido a que se encontraba con audiencias, le solicitó a M. que atendiera a G. Luego, M. le dijo que G. le había entregado un pen drive, lo que le llamó la atención, por lo que fue junto al agente a comentarle lo sucedió al director K., quien les dijo que se ocuparía. Más tarde, el director los citó, les dijo que habló con L. de la División de Drogas Peligrosas, y le encomendó a M. que fuera a esa dependencia a entregar el pen drive.

Adujo que en el proceso no se le permitió incorporar prueba, se labró un acta ante notario en la que se dejó constancia de la declaración de M. y A., la que fue ratificada en el debate.

Le dijeron que nadie se presentó en el Puente Carrero. Que se dispuso reubicar a M. de la cocina a la oficina de seguridad externa, áreas que no dependen del declarante.

Asimismo, dijo que disponer el traslado de internos no es facultad del jefe de interna, y que G. se enteró de su transferencia a Chaco por su defensora. Medida que, según sus dichos, nunca pidió.

Apuntó que fiscalía no citó a los internos que tenían problemas con G. Y que los testigos lo acusaron de amenazar con beneficios, traslados, sanciones, pero no de que recibían golpes. Incluso fue acusado de un hecho, pelea entre V. y C., ocurrida el 14/09/2013, día en el que no trabajó.

En relación a las calificaciones de los internos, dijo que durante el tiempo que él estuvo en ese recinto, las puntuaciones aumentaron o se mantuvieron. Agregó que las concesiones de actividades en el Penal, no eran facultades suyas, si no que estaban normadas y constan en el diagrama de actividades.

Destacó diferencias en los testimonios de S., quien durante la instrucción declaró que no tenía problemas con S., pero en el debate dijo que sí los tenía. En igual sentido lo hizo F. Resaltó el testimonio del interno A., en cuanto dijo tener buen trato con el encausado y que mientras estuvo S. solo hubo una pelea entre internos, que nadie los obligó a pelear, que fue porque se “tenían bronca”.

En ese mismo orden, el testimonio de D. que expresó que pelearon por problemas de convivencia y el de D. que manifestó en el sumario administrativo que tenía problemas con S.

Hizo descripción de la institución carcelaria e indicó que desde el lugar en el que se encontraba G. no se podía ver el campo de deportes.

Refirió que el día 29/07/2013 se encontraba en la oficina del jefe de turno, escuchó gritos, salió —especificó que su oficina se encuentra a cinco metros del campo de deportes— y vio que O. y R. les gritaban a los internos para que cesaran de pelear. A A. le dijo que buscara la filmadora que se encuentra en la Jefatura de turno y comenzó a filmar desde ese lugar; debido a que le daba el sol de frente, se colocó del lado del frente, en el área de educación. Manifestó que puso en funcionamiento el protocolo en caso de alteración al orden. Les dijo a D. y a L. que lleven a sus lugares de alojamiento a los demás internos y a R. que se disponga en la puerta y la cerrara, mientras que C. cerraba la que se encontraba frente a Requisa para circunscribir el lugar del hecho. Luego a L. le dijo que buscara la escopeta y se apostara en el techo y que solo la usara cuando le diera la orden. Por otra parte, le pidió a O. que buscara refuerzos, que el único era el ayudante V., porque en judiciales solo había personal femenino. En total eran nueve, pero como D. y E. debían resguardar a los demás internos, L. se encontraba en el techo y A. filmando, solo quedaban cinco, por ese motivo no ingresaron. Se encontraban en inferioridad de condiciones y debía proteger a su personal.

Mencionó que en los tiempos en que la pelea sucedió tenían información de que se iba organizar una fuga, que de hecho encontraron elementos que hacían presumir que así sería. Temía que se produjera un motín, lo que ocurrió cuando se fue. Destacó que en una situación similar haría exactamente lo mismo.

Sostuvo que no fue una pelea clandestina, se dio conocimiento a la Dirección, además sino no hubiera ordenado que se filmara. No se sancionó a los internos porque se comprometieron a no volver a pelear.

IV. Nulidad:

IV. a. Del planteo nulitivo articulado como medida preliminar por la defensa técnica del encausado, se corrió traslado a la acusación, quien solicitó su rechazo.

En ese orden, sostuvo que la contraria intenta reeditar una cuestión ya resuelta en el debate anterior. Así dijo que es erróneo aseverar que el video ofrecido como prueba fue obtenido a través de un hurto. Apuntó que ese video fue exhibido en un programa de formación dentro de la institución penitenciaria y llegó a manos del Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal, señor M., en fecha 18 de octubre de 2013, es decir con posterioridad al inicio de la instrucción.

La titular de la acción pública esgrimió que la nota periodística que se adjuntó como instrumental, coincide con la fecha de recepción del video por parte del señor M. Asimismo, a fs. 4/7 del sumario administrativo se solicitó el allanamiento en el establecimiento carcelario, en virtud de las peleas que registra el video en cuestión y en la institución se constató que no había nada nuevo para incautar. Subrayó que la grabación de la pelea salió del servicio penitenciario y con el mismo, se interpuso la denuncia por ante la jefatura. Hizo referencia al Expte. N° 5390/13, en donde a fs. 223/297, el Juzgado Federal de Buenos Aires se declaró incompetente para entender en la causa, por lo que se remitieron las actuaciones al juzgado federal de esta provincia; asegurando en todo momento, la cadena de custodia del video de referencia.

Señaló que el nulidicente no invocó el supuesto perjuicio que le ocasiona, es más aclaró que la defensa utiliza ese medio probatorio que ahora tacha de nulo, por lo que insistió en el rechazo de la pretensión de nulidad.

IV.b. Corresponde al tribunal resolver la cuestión nulitiva planteada debido para lo mismo referir brevemente al marco dentro del cual la analizaremos. En este sentido en primer término señalamos que en general, la doctrina entiende que la nulidad no es otra cosa que una especie dentro de las sanciones proce-

sales, que tiene por objeto "...privar de eficacia a un acto procesal como consecuencia de hallarse impedido de producir los efectos previstos por la ley, al alojar en alguno de sus elementos un vicio que lo desnaturaliza" (D'A'lora, Francisco "Código Procesal Penal de la Nación", Poder Judicial de la Nación, Editorial Lexis Nexis, 6ª edición, Buenos Aires, 2003, T. 1, p. 290). A través de este medio se invalidan todos aquellos actos que fueron introducidos al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente exigidos.

El principio general que rige en materia de nulidades es el de legalidad o taxatividad, esto es, que los actos procesales serán nulos solo cuando no se hubieren observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad. En ese sentido, el artículo 166 del CPPN "...impide declarar inválidos los actos procesales que exhiben defectos formales —excepción hecha de violaciones a garantías constitucionales—, si su descalificación no ha sido expresamente prevista..." (CNCP, Sala I, 25/08/1994, c. 186, reg. N° 274, "Terramagra, Juan s/ rec. de casación", tomado de Amadeo, Sergio Luis y Palazzi, Pablo Andrés "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado con jurisprudencia", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 254).

Al momento de resolver el planteo efectuado es necesario que tengamos en miras que las formas procesales (entendidas como los requisitos legales de los actos y las secuencias previstas legalmente) cumplen tres funciones centrales, a saber: a) constituyen un sistema de garantías que protegen al imputado del derecho penal; b) resultan ser un modo de institucionalización de los conflictos, ya que limitan la autodefensa, pues regulan el derecho de la víctima a la reparación; y, por último, c) conforman mecanismos de orden que conducen a las partes a la correcta defensa de los intereses a su cargo (Binder, Alberto, ob. cit., ps. 211/13, y Binder, Alberto "El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2002).

Así, pues, al tratarse la nulidad de una sanción procesal necesariamente su existencia debe ser interpretada con carácter restrictivo, tal como lo impone el artículo 2 del CPPN: "Toda disposición legal que (...) establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente".

Eso significa que, acorde con los principios de conservación y trascendencia, las nulidades no deben ser declaradas si el vicio del acto no le ha impedido lograr su finalidad o si no media interés jurídico que reparar (Navarro, Guillermo y Daray, Roberto "Código procesal penal de la Nación", Editorial Hammurabi, 3ª edición, Buenos Aires, 2008, T. 1, p. 460).

El criterio establecido por el artículo 2 del CPPN, es que para declarar la nulidad de un acto procesal resulta condición *sine qua non* que la ley prevea esa sanción y que quien alegue el vicio posea un interés cierto y concreto; es decir, que sufra un agravio real e irreparable.

No procederá, entonces, cuando se trate de una mera irregularidad en la forma procesal, que pese a su existencia permitió el cumplimiento de la finalidad del acto.

Sobre estas cuestiones de carácter general, y ahora en el caso concreto de autos, en relación al planteo de nulidad realizado por el defensor del imputado S. sostenemos que la tacha de nulidad, por esa parte imputada, del video que registra la pelea entre seis internos en la institución penitenciaria fue fundada en que el medio probatorio fue obtenido en forma irregular y sin que se hubiera resguardo la cadena custodia.

Se adelanta que el planteo debe ser desestimado. La grabación fue recibida, sin datos del remitente, por el Director General del Servicio Penitenciario Federal en fecha 18/10/2013, quien radicó denuncia ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 26 de Capital Federal (ver fs. 177/79 y 182/183) a fin de que se inicie la investigación pertinente. Ese juzgado, declaró su incompetencia en razón del territorio y dispuso el envío de las actuaciones al juzgado con asiento en esta provincia, el que fue anexado a la presente causa cuyo requerimiento de instrucción —de fecha 03/10/2013— fue anterior a aquella denuncia. Con dichos actuados se remitió un DVD color gris marca “TDK” que reza “U35” (fs. 234/238) el que contenía el archivo de video cuestionado.

El video cuya nulidad se analiza reviste el carácter de noticia criminis, en tanto a partir de tomar conocimiento de los hechos grabados, la máxima autoridad del Servicio Penitenciario Nacional radicó denuncia, impulsando al acusador a investigar un accionar de relevancia de persecución penal.

El desconocimiento de la forma en que esa prueba llegó a manos del Director General del Servicio Penitenciario no es motivo suficiente para desestimar el medio de probatorio que incitó la actuación fiscal y que fue incorporada legalmente al proceso, por cuanto fue remitido por el magistrado que declino su competencia en razón del territorio. Además, la incidentista no acompañó constancias del supuesto ilícito cometido para obtener la prueba tachada de nula.

La investigación y promoción de la acción pública fue realizada bajo el control del órgano jurisdiccional competente, sin afectación a la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

Por otra parte, la nulificante no expuso cuál es el perjuicio procesal que le ocasionara ni pudo acreditar el hurto mediante el cual fue adquirido este medio.

V. Valoración probatoria:

Las partes acordaron la incorporación de todo el material probatorio ya agregado con anterioridad al juicio.

A fin de evitar dilaciones innecesarias y debido a que los vocales del Tribunal tienen acceso a las grabaciones de las declaraciones de todos los testigos que depusieron en la presente causa en el anterior debate, las partes acordaron solo reproducir aquellas que consideraron de mayor relevancia, sin que ello implicara renunciar a las demás.

Es así que durante el desarrollo del debate se exhibieron las siguientes testimoniales —las que se incorporan en soporte digital como parte integrante de este resolutorio— los testimonios de: 1.- H. H. G.; 2. C. A. E.; 3. D. U. C.; 4. L. R. S.; 5. W. L. C.; 7. J. P. O.; 8. R. A. D.; 9. J. C. L.; 10. A. A.; 11. S. E. A.; 12. E. A. D. y 13. D. L.

Ahora bien, conforme surge del requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 412/424, se le atribuye a C. G. S. haber ejercido en forma abusiva su función de Jefe de Seguridad Interna de la Unidad Penitenciaria N° 35 de Colonia Pinto, violando las normas que hacen al ejercicio de dicha función, al haber ordenado a un detenido bajo su custodia, que realice una actividad que no le está permitida (obtener pruebas de modo ilegal), proveyendo incluso los medios para ello, exponiéndolo a represalias tanto de parte del personal penitenciario como de los propios internos (hecho 1); como así también el omitir actos propios de servicios, organizando peleas entre internos, fil-mándolas o permitiendo que terceros lo hagan, sometiendo a los internos a vejámenes, severidades y apremios (hecho 2).

Los hechos descriptos por la parte acusadora se estimaron como constitutivos de los delitos de “apremios ilegales a detenidos”, previsto y reprimido en el art. 144 inc. 3, y un presunto “incumplimiento funcional de deberes” previsto y reprimido en el art. 248 del Código Penal de la Nación.

La dificultad que plantea el caso de marras viene dado, toda vez que los hechos que procuran esclarecimiento, habrían acontecido en las instalaciones del Servicio Penitenciario Federal de “Colonia Pinto”, ubicado en la provincia de Santiago del Estero, ámbito de seguridad pública del Estado Federal en el cual, según la tesis de la acusación, habrían recaído los ilícitos sobre quienes revisten la particular condición de internos, quienes a su vez resultarían testigos y víctimas del hecho sometido a juzgamiento penal. En este

contexto de encierro pugnan versiones de algunos internos y víctimas de ilícitos que narran atropellos e ilícitas exigencias a las que eran sometidos, —entre las cuales se encuentran “peleas organizadas”, “coacciones”, “lesiones”— las que incluso podrían llegar a calificarse según la legislación penal vigente, (tanto por “ensañamiento”, como por “abuso de la función”, prevista y reprimida en el art. 90 y 93 del CP), en suma todo un plexo de arbitrariedades cometidas en el marco de la situación de privación de libertad que padecen algunos internos en cumplimiento de la ley que reglamenta la ley penal y la pena privativa de libertad.

Este es el contexto en el que se ventilan los hechos objetos de esta causa en la cual, un grupo de interno y algunos funcionarios públicos respaldan la tesis acusadora, y por la contraria, es decir la defensa o absolutoria, la integran un colectivo de distintos agentes penitenciarios quienes niegan el acaecimiento de los hechos, niegan las acusaciones formuladas respecto de su compañero S., y sindican que en el lugar de trabajo se cumplían con las reglamentaciones de ley.

Así colisionan ambas versiones y de modo aparente resulta de muy difícil probabilidad, casi de imposible cumplimiento, decantar la verdad de lo acontecido en el penal de Colonia Pinto entre los meses de junio (Hecho 1) y julio (Hecho 2) del año 2013, ya que todo aparenta estar empantanado en la penumbra que irradia la duda, dado que frente a un indicador de cargo, se esboza otro de descargo.

No obstante, si se repara con mayor detenimiento en los elementos de prueba sustanciados durante este proceso y se los interpreta armónicamente con los demás elementos de mérito desde la perspectiva de lo que en estricta verdad se trata, nos encontramos ante un caso de “violencia institucional”, lo que trasunta en realidad acontecido en el penal de Colonia Pinto, es la vigencia en dicha “institución total” de un sistema “mayor” de gestión de interés personales desplegado por funcionarios y agentes penitenciarios, desenvolvimiento para el cual se utilizaban y sometían a internos a injustas exigencias y arbitrariedades, entre las que se encuentran los hechos que conforman la plataforma fáctica de la presente acusación.

Establecido el contexto en el que sucedieron los hechos, creemos pertinente destacar las circunstancias en las que se han podido coleccionar los elementos de juicio, esto es en un ámbito de seguridad cerrado en el cual resulta de extrema dificultad coleccionar otros elementos de mérito por el manejo total de la institución que ostenta una de las partes. Es así, que exige la extrema ponderación de dicha circunstancia por parte de los encargados de realizar la tarea de justipreciar los elementos de prueba, a los efectos de estabilizar aquella relación desigual de poder en el que se encuentran las partes desde el inicio del proceso.

En este contexto, la singularidad y relevancia de la prueba testimonial en caso de delitos como los aquí juzgados, viene impuesta por la planificada actividad de eliminación de toda otra traza —documental, registral, etc.— que diera cuenta de lo acontecido. Ese valor privilegiado que adquiere el testimonio de los afectados por estos hechos de violencia surge, además de manera connatural con el modo en que se ejecutaron las agresiones denunciadas, al amparo que da la oscuridad de los procedimientos y su anonimato, a lo que se suma la intervención jerárquicamente coordinada de sus autores en un ámbito de cerramiento e intimidación. Ciertamente, la centralidad de ese tipo de pruebas exige de un análisis crítico más riguroso de las declaraciones, tanto en punto a su integridad como a su congruencia explicativa, dentro del marco que impone el art. 241 del CPPN. Esto es, deben someterse las versiones testimoniales a una consideración de integridad y congruencia externa especial.

Procurando mayor claridad de esta exposición, dejamos establecido que habremos de correlacionar y someter a valoración las declaraciones testimoniales prestadas en autos, con la prueba instrumental y documental colectada en este proceso, ponderando de manera particular los dos relevantes registros documentales incorporados a este proceso, nos referimos al registro de audio presuntamente del diálogo mantenido por el interno G. con el Penitenciario M., y el “único” registro “audio visual” incorporado en esta investigación sobre la pelea de internos acaecida en la cancha de fútbol de Colonia Pinto, que fuera grabado por agentes del Servicio Penitenciario Federal, circunstancia que otorga a dicho documento de inteligencia sumo interés para la valoración.

V. A) Primer hecho:

El primer hecho que se endilgada al encartado S. es el haber ordenado a un detenido bajo su custodia, H. H. G., que grabara a un agente penitenciario de apellido M. a fin de averiguar sobre conductas ilícitas que se llevaban a cabo dentro de la institución carcelaria.

En tal sentido reparamos en lo manifestado por el interno H. H. G., quien refirió al respecto que, al momento de asumir el nuevo Jefe de Seguridad Interna, surgieron cambios en la puntuación. Relató que en un determinado momento, cuando estaba cerca de obtener su libertad, S. lo llamó aparte, a través de otro penitenciario (M.) y durante la hora del almuerzo, le pidió “armar una cama” a un agente penitenciario —M.—. Dijo que, en un primer momento, se negó, pero como el jefe S. no le daría la puntuación que necesitaba, tenía que hacerle ese favor a cambio. Debía darle a M. un termo con estupefaciente oculto a través de una persona afuera de la Unidad. G. se comunicó con un amigo utilizando el celular. Finalmente, el ter-

mo se entregó, pero el penitenciario no lo hizo pasar al darse cuenta el contenido.

Luego, S. le pidió que usando el celular durante la hora de recreación, debía grabar a M., pero al no lograr ninguna incriminación por parte del agente penitenciario, al día siguiente por la tarde fue puesto en aislamiento. Luego de dos meses de castigo, pudo recién obtener el beneficio de salir al patio. Contó que entraban a requisarlo y lo golpeaban con un palo.

Declaró que S. solía quitarles horas laborales, lo llevaba a la “leonera” (lugar como una jaula en donde permanecen los recién ingresados hasta su traslado a un pabellón), y ejercía maltrato psicológico sobre él, ya que de él dependían la cantidad de horas laborales, de educación y sobre todo la puntuación. Supo que muchas personas no la pasaron bien, a algunos internos S. les impedía recibir visitas. Un pastor evangélico de apellido B., era constantemente castigado por S.. También recordó que fue sancionado por tener pastillas, que sucedió luego de una visita familiar. Tuvo dos sanciones mientras S. estaba en el penal.

El derecho procesal moderno ha superado la postura que elimina el tenor probatorio del testimonio único. La jurisprudencia es conteste en otorgarle validez cuando es considerado por el juez a la luz de las pautas de la sana crítica y las reglas de la experiencia, puesto que lo contrario sería limitar la libre valoración de la credibilidad que le merezca el testimonio.

Ante la presencia de un único testigo del hecho no puede prescindirse de sus afirmaciones, sino que estas deben ser evaluadas con la mayor severidad y rigor crítico posibles, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias de la causa que corroboren o disminuyan su fuerza, y examinando cuidadosamente las calidades del testigo.

Es así que el relato del testigo se enaltece y adquiere mayor valor con la grabación de audio incorporada en la causa, en la que se escucha una conversación entre el interno G. y otra persona, que supuestamente es el agente M., acordando un encuentro en las inmediaciones del Puente Carretero. A lo que se debe adicionar la declaración testimonial del Dr. S. E. Á., quien manifestó que cuando se entrevistaron con S., señaló problemas con algunos internos. Les comentó que para investigar posibles irregularidades dentro del Penal le había dado un celular a un interno, G., para que filme las mismas. El Dr. Á. expresó que el interno G. ratificó esto. Además, señaló que sobre este punto los fiscales le señalaron que no era la vía adecuada, que debía requerir autorización judicial o fiscal.

En efecto, en respaldo de la tesis defensiva prestaron declaración en el marco de este proceso distintos agen-

tes penitenciarios compañeros de trabajo del imputado S. en la Unidad de Colonia Pinto, entre los que se encuentra el testimonio de L. I. M., quien narró el episodio por el cual G. le hace entrega de un pen drive que contiene grabación del diálogo entre él y M., relativo al ingreso de tóxicos en el Penal, tarea que según los dichos de G. le habría sido encomendada a modo de “hacer una cama” (sic) por parte de S. en contra de M. Lo cual refuerza los dichos de G. en tal sentido.

El testigo M. reconoció que no era usual que un interno anduviera dentro del Penal, con un pendrive en su poder. Dijo que no atinó a dejar constancia de dicha entrega por parte del interno G., que solamente se lo entregó a S. cuando este salió de la reunión en que estaba. No recordó si dejó constancia cuando llevó el pendrive a dicha División policial, tampoco recordó si dejó constancia de dicha situación en la Unidad 35. Tampoco recordó haber dejado constancia cuando habló en personal de Drogas Peligrosas ni si S. le hizo algún comentario en dicho episodio, ni lo que pasó con el interno G. Aclaró que no escuchó ninguna versión que haya sugerido que fue el propio S., quien mandó a G.

Más allá de las relevantes omisiones documentales que reconoció haber incurrido el nombrado, aseveró la existencia de sanciones administrativas por parte del Director del penal, circunstancia que quedo desvirtuada durante el proceso.

La declaración del testigo/víctima es coincidente con el contenido del acta, en la que se dejó asentado lo manifestado por G. y el encartado ante los fiscales y secretario de Fiscalía en la visita de cárcel realizada el 24/09/2013.

La versión del imputado, en cuanto a que fue el interno el que por su propia voluntad se dispuso a grabar a un agente penitenciario y luego entregar el archivo de audio en un pen drive al Jefe de Interna S., no encuentra sustento probatorio alguno. De haber ocurrido así, resulta poco verosímil que no hubiera registro alguno de los procedimientos que se deberían haber llevado a cabo ante tamaña revelación o de las investigaciones que se debieron iniciar. Por otra parte, si el dispositivo de almacenamiento que contenía el audio fue entregado por S. y M. al Director K., no se explica cuál fue el motivo por el cual el Jefe de Interna —desde su propio correo electrónico— lo remitió al Asesor de Asuntos Internos, M. P. Ese accionar del encartado no encuentra sustento en sus propios dichos al decir que luego de entregar al pen drive a K., fue el director quien se puso en contacto con la División de Drogas Peligrosas y comisionó a M. para que llevara el dispositivo a esa dependencia. En esa versión, el imputado trató de desvincularse de las actuaciones llevadas a cabo ante la recepción de esa evidencia, sin

embargo no fue así, pues fue él mismo quien las envió a las autoridades superiores.

Las amenazas de quitar o promesas de percibir beneficios como estrategia del encausado para coaccionar a los internos a realizar los encargos que les imponía, resulta manifiesta en las declaraciones de casi todos los detenidos incorporadas al debate (las cuales serán analizadas con detenimiento en el siguiente acápite). Esta maniobra torna evidente el ejercicio abusivo de las funciones en que incurrió el Jefe de Interna de la Unidad N° 35, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad de las personas a su cargo.

En consecuencia, existen elementos suficientes para tener por acreditado que el encartado, en su calidad de funcionario en una institución carcelaria y con el deber de resguardar a aquellas personas que se encuentran privadas de su libertad y que deben obtener los medios u herramientas necesarias para reinsertarse en el ámbito social, ordenó a un detenido a realizar una conducta reñida con la ley, bajo amenazas de no recibir beneficios, exponiéndolo de tal forma a posibles represalias de los demás internos o del personal penitenciario.

V. B) Segundo hecho:

El segundo hecho que se acusa a C. G. S., ocurrió el 29/07/2013 y consiste en haber omitido actos propios de servicios, organizar peleas entre internos las que tuvieron lugar en el campo de deportes de la Unidad Penitenciaria N° 35, bajo amenazas y promesas de otorgarles beneficios; y no haber tomado las medidas necesarias para detenerla.

Al igual que en el supuesto anterior, se debe tener presente para la ponderación del material probatorio el contexto de violencia institucional en el que acaeció el hecho, que los testigos fueron los internos—víctimas y que el delito se produjo en un ámbito de encierro.

El testigo H. H. G., recordó que durante el tiempo que estuvo en aislamiento vio peleas, en particular un día vio cuando sacaban a tres internos de un pabellón y otros tres de otro pabellón. Escuchó también lo que sucedía, ya que la visión desde su celda era acotada, solo veía una porción de la cancha de fútbol. Ese día vio a F., otro interno de nombre L., D. y D. Los internos que peleaban sufrieron lastimaduras en su rostro, peleaban hasta el cansancio y ninguno de los guardia cárcel presentes (A. y D.) hizo nada para detenerlos, también vio a S. y al jefe de requisa pero no vio quien filmaba la pelea. Dijo que el personal penitenciario apostaba entre ellos sobre cuál de los pabellones iba a ganar. Que S. les recordaba a los internos que su defensora solo permanecía quince minutos, en cambio con él vivían. Cuando cambiaron de jefe de seguridad el ambiente cambió. Manifestó que en la cancha vio

una sola pelea. Luego en otra ocasión se enteró que pelaron C., S. y V. A. C. y V. también los mandaron a aislamiento y ahí le comentaron que S. les dijo que debían pelear.

El testigo V. D. O., manifestó que conoció a S., dijo que él sacaba los beneficios del pabellón y que para obtenerlos debían salir a la cancha para pelear. Recordó que en una oportunidad que salieron del pabellón 1: F., S. y C. y del pabellón 3: M., D. y D. Expresó que las peleas eran en la cancha, que S. filmaba y que los internos que peleaban recibían beneficios. Señaló que el personal de seguridad en esa oportunidad no intervino, que la pelea fue mano a mano, había facas en la cancha pero las sacaron antes que peleen. Dijo que él estuvo alojado en el pabellón 1, que por una pelea perdió la vista, recibió castigo por parte de S., lo mandaron al centro de castigo y lo golpearon, le hicieron el escorpión —esposarlo de pies y manos y golpearlo en la planta de los pies—, no recuerda quien, entraban con pasamontañas.

C. D. S., quien estuvo detenido en el 2013 en Pinto, declaró que conoció a S., era quien mandaba en Pinto, fue quien lo llevó desde la Alsina a Pinto, prometiéndole que le daría una conducta, a cambio de pelear para obtener beneficios. “...Ante la propuesta de pelear de S., él accedió y peleó en tres oportunidades, con un porteño, un bandeño y uno de Termas. Las peleas las organizaba S., duraban 1 o 2 horas, terminaban cuando a alguno le salía mucha sangre, el casi perdió la vista, usaban armas, “puntas”. Que la pelea con el porteño fue adentro de los pabellones. Dijo que quien lo sacaba para pelear en la cancha era un guardia cárcel al que le decían “G.”, lo sacaba con orden de S.. Sacaba de diez a quince de cada pabellón, los que no peleaban, quedaban encerrados. Que el vio varias peleas, recuerda como cinco peleas organizadas durante el año 2013. Supo que se hacían apuestas de plata entre los guardias cárceles por las peleas.

El testigo C. A. F., recordó que S. es “bastante pesado”; para obtener beneficios siempre tenían que hacer algo a cambio. Relató que, por ejemplo, como no tenían teléfonos los internos, S. propuso que salgan a pelear para poder conseguirlos. Dijo que S. abusaba de su autoridad. Que para las peleas separaba tres de cada pabellón y les preguntaba si iban a pelear, después organizaba todo, por ejemplo, que al momento de la pelea no salga nadie a trabajar en ese horario. Pudo recordar una sola pelea, en la que se enfrentó con D., que era de otro pabellón; en esa oportunidad estaban S. y C. con el que peleaban contra D., D. y M. Días antes, S. andaba preguntando y anunciando que se acercaba la gran pelea, que para él no significó nada, una experiencia más, aceptó pelear porque necesitaba los puntos. Aclaró que no recibieron indicaciones para pelear, solo que el que quedaba de pie ganaba. Manifestó que no usaron armas y que duró

8 minutos la pelea. Que, en su caso, terminó la pelea golpeado y transpirado y que al finalizar salieron solos de la cancha y fueron al SAM para que los revise un médico que dejó asentado qué golpes tenía. Que luego de la pelea solo les dijeron que habían ganado y les dieron los beneficios —más horas de recreo, teléfono, televisión— y él se ganó sus puntos. A quienes pelearon no los sancionaron. Los beneficios fueron para todo el pabellón de quienes habían ganado. Dijo que mientras ellos peleaban, A. estaba con la digital, otro con una escopeta y S. parado con los brazos cruzados en la puerta del SUM.

El testigo J. M. V., dijo que en el año 2013 estaba detenido en la Unidad 35, tiene una condena por 19 años, y que continúa detenido por una denuncia que le hizo a S. por apremios. Que fue apremiado el sábado próximo pasado, que le dijeron que no declare en contra de S., que si lo hacía lo mandarían al calabozo. Relató que S. organizaba peleas clandestinas en la cancha de fútbol, que a él lo quiso hacer pelear con un cordobés, cree que de apellido C., pero se negó. Por esta negativa recibió un culatazo de parte de un jefe de seguridad, y lo llevaron al calabozo por 72 días, durante los cuales 10 permaneció esposado. Que S. fue el que le propuso que pelee, ofrecía pelear a cambio de beneficios. Supo que se realizaron otras peleas, se hacían en la cancha a mano limpia o con puntas, duraban hasta que los internos no daban más. Agregó que S. también le propuso la venta de drogas, como el no accedió lo castigó con sanciones disciplinarias. Que un momento S. advirtió que le habían bajado a él la venta de drogas y que la razón era que otro de los guardias, M., estaba vendiendo también. Que por ese motivo lo mandó al interno G. a ver que descubría. Esto lo supo por intermedio del mismo G. Acotó que compartía pabellón con F., D. y C. Que todo lo que le pasó le hizo a él y su familia daño psicológico. En cuanto a la pelea, dijo que los internos miraban desde sus pabellones, los guardias filmaban con celulares, se hacían apuestas entre los funcionarios públicos, los que estaban presentes eran C., G. y otros. Finalmente dijo que tuvo un intento de suicidio dentro del Penal, que la causa fue que S. lo hizo ingresar un paquete de drogas al Penal.

El testigo H. B. A. declaró que fue trasladado desde el penal provincial de Av. Alsina hasta la Unidad 35 por el mismo S.. Que fueron diez los que inauguraron el Penal, recibieron torturas de parte del personal, el de S. puntualmente. En referencia a las peleas, explicó que el año 2013 recuerda en especial una, organizada por S. entre tres parejas de internos. Que ese día estaba la guardia completa: A., A., D., F., era el bueno (aclaró que había dos F., que uno era el bueno y otro el malo), G. V.; también gente de requisa: los hermanos C., y que S. lo puso a él a controlar que la pelea dure 8 minutos, puso una mesa en la cancha para el control,

luego S. le preguntó quién había ganado y le dijo que deje pelear 2 minutos más. Afirmó que S. se creía un dios dentro del Penal, que siempre jugaba a todo por plata, hacía apuestas por todo. En aquella oportunidad dijo que pelearon F. contra D. (fallecido), D. contra S. y C. contra M. (fallecido). Manifestó que S. había dicho que tenía que ganar la gente de él, que el testigo le preguntó cuánto había apostado y S. no le contestó en un primer momento, para luego decirle que había ganado 20 mil. Que el testigo había apostado también (“unas cocas”) con un compañero. Los que pelearon estaban llenos de sangre. S. en jerarquías tenía sobre el Director y el Subdirector. Dijo que sabía que era una pelea organizada la que vio, que supo que S. la organizó porque él trabajaba en la jefatura y allí pudo escuchar que los guardias de jefatura (A., “P” D., “B.” R.) se frotaban las manos y decían “hoy hay pelea”. La pelea fue en horario de la siesta. Que sabía de antemano quienes iban a pelear, a excepción de D. y M., creía que el que peleaba en ese lugar era B.

El testigo W. L. C., quien vale la pena recalcar que durante el desarrollo de la audiencia se lo ve ostensiblemente conmovido por la emoción que le suscitaba recordar lo vivido en la unidad de Colonia Pinto, entre lágrimas, refirió que vino a testimoniar sobre toda la verdad sobre el “calvario” que sufrió con el “tipo este”. “Que luego supo bien quienes eran los “malos”, el Dr. S. era el que manejaba todo, era quien decía quién debía salir a pelear”. Que no supo de apuestas pero que sí sabe que la pelea se filmó. Que de su pabellón lo sacaron a L. S. y a C. F., los dos de La Banda. Que del pabellón los buscó M. Dijo que al momento que lo fueron a buscar del pabellón no sabía que era para pelear. Que S. le decía que “ahí se iba a hacer hombre”. Que sabe que se hacían apuestas. Expresó que S. hacía pasar mucha droga, que por eso los changos estaban como estaban y empezaba todo esto. Que lo llevaban a una pieza de castigo y le pegaban. Que a él le tocó pelear contra “P”, no recuerda su apellido, era compañero de pabellón de D. (que peleó con F.) y de M. D. (que peleó con L. S.). Que la pelea duró hasta que no daban más, que terminaban rendidos y que no recibieron asistencia médica. Que durante el tiempo que estuvo S. subió las calificaciones, subieron porque él hacía las cosas bien. Que tuvo como tres peleas en la cancha de fútbol, luego se cansó y no peleó más. Que el interno M. B. organizaba las peleas. Que el vio como apostaban los guardias cárceles (ellos le decían celadores) y se reían de él. Refirió que si no peleaban, los castigaban. Que durante el tiempo de S. pasaron muchas cosas. Ese tiempo para él ha sido una tortura.

El testigo E. A. D., estuvo alojado en el Penal de Pinto desde el año 2010 hasta el 2016 a disposición del juez de ejecución de la Provincia, Dr. Seiler. En ese entonces estaba alojado en el pabellón 2, junto a B., D. y M. Era un pabellón colectivo. Recordó que tuvo

inconvenientes con S. cuando lo trasladaron desde el Penal de Varones a la Unidad 35. S. le manifestó en la guardia interna que le iba a otorgar puntos si peleaba para él, con lo que podría obtener más beneficios. Dijo que solo quería ver a su familia. Entonces, S. organizó una pelea contra L. S., F. y C. del pabellón 1. Junto con él salieron D. y M. y los llevaron a los seis al campo de deportes en horario de la siesta, mientras el resto de los internos permanecían encerrados, no podían salir. Manifestó que tuvo que pelar contra S., con la finalidad de obtener mayor puntaje. La pelea fue a mano limpia y duró casi dos horas. Se encontraban también presenciando la misma, colegas de S.. Luego, el personal penitenciario, con escopetas en mano, pararon la pelea por orden de S.. En esa ocasión se fracturó un brazo y tuvo que recibir atención médica. Luego de la pelea no hubo sanción para ninguno de los internos. La finalidad de las peleas era generar apuestas de dinero, entre S. y los penitenciarios. Acotó que no volvió a pelear, tampoco obtuvo mayor puntaje. Si escuchó rumores de que los internos que se negaban a pelar recibían sanciones, mencionó que V. fue sancionado por no salir a pelear. Manifestó también que, antes de que viniera S. a la Unidad el ambiente era distinto, antes de su ingreso solían jugar al fútbol con el personal penitenciario.

El testigo L. R. S., dijo que S. lo trataba mal, lo hacía pelear con C. Estuvo detenido en la Unidad 35 durante el año 2013, habiendo ingresado en el año 2012. Explicó que S. estaba de parte de B. (otro interno) y le ofrecía, para darle el punto que le faltaba para salir, que pelee. Finalmente, al punto no se lo dieron y recuperó la libertad ya vencida la condicional. Dijo que S. le pidió luego de la pelea que por favor no lo denuncie. El declarante se enfrentó a D., a quien conocía de antes, del penal de la Alsina. Fueron B. y S. quienes le dijeron con quién tenía que pelear. Finalmente dijo que él sabía que S. y sus colegas apostaban por las peleas.

El testigo M. A. C., dijo que entre los años 2012 y 2014 estuvo detenido en la Unidad 35 de Colonia Pinto. Relató que en dos oportunidades habló con S., una cuando se lo llevaron castigado, sin razón alguna, luego de una requisa; y otra en ocasión de horarios de la noche, que lo trasladaron de pabellón y lo llevaron a una oficina donde se entrevistó con este. Dijo que no se podía hablar mucho con él, que era muy arrogante y peligroso según su opinión, que no estaba en sus cabales. Dijo que para sacar alguna entrevista con algún fiscal o cualquier cosa tenía que hacerlo por intermedio de sus familiares. Que lo cambiaron de pabellón en pabellón, lo pusieron en el que estaba A. con quien tenía problemas —cuestión que S. conocía—. Dijo que peleó dentro del pabellón en dos oportunidades, una con A. y otra con V. En una oportunidad lo llevaron castigado (por dos semanas) y en otra cree

que es cuando lo sacaron de noche. Refirió que comunicarse con su abogada defensora, la Dra. Bossini, era algo muy complicado porque S. se creía el dueño de la cárcel, aun así, hablaron él, G. y A. con la defensora y le dijeron que tenían miedo, que querían que los trasladen, le contaron toda la verdad. Ante esto, la defensora mandó a los fiscales a verlos, que esa fue la punta de todo este proceso. Explicó que cuando peleó con A., ambos resultaron heridos, pero no fueron asistidos. Recibieron sanciones y cree que si hubo actuaciones al respecto. Dijo que él denunció que en una oportunidad se cerraron las ventanas del pabellón, pero que él pudo ver por medio de las rendijas, una pelea en la cancha de deportes de tres parejas de internos, no recuerda los nombres de quienes peleaban, sí recuerda que S. estaba filmando con su celular y otro de los empleados con la filmadora. Dijo que la cancha está en medio de los pabellones, los internos estaban en el interior de los pabellones, calcula que varios, como él, vieron la pelea. Que solo duró un rato, “hasta que se cansaron de pelear”, que se “mataron a trompadas”. Dijo que él no sintió voces de alto, que no las hubo porque eran ellos los que organizaban las peleas. Iban de un pabellón a otro y sacaban gente, no supo cómo se elegía a la gente. Que había rumores de que se apostaba, pero él no vio nunca nada. Dijo que solo recuerda esa pelea, que luego de que se fue S. no vio más peleas de esas características. Que todos los internos tienen en el Penal asistencia psiquiátrica y psicológica, que no se intentó suicidar, sí se hizo cortes para evitar que les peguen. Que en Pinto realizó sus estudios secundarios. Finalmente recuerda que a G., S. lo tenía a mal traer, le había bajado horas de trabajo, lo mandó de fajinero, no supo por qué, cree que por drogas también, pero nunca le encontraron nada.

El testigo D. F. C., dijo que estuvo privado de su libertad entre los años 2014 y 2017, por dos años y seis meses alojado en Colonia Pinto. Expuso que conoció a S., que era como el director. Que el trato de este con él y los demás internos era malo, les prohibía todo, a las visitas las trataba mal también. Les quitaron horas de patio, los requisaban para salir. Declaró que vio una pelea que se armó en la cancha, vieron desde el pabellón con otros internos, solo sacaron a los que pelearon. El que los sacó fue el oficial A., sacaron a F., S. y otros que no recuerda el nombre. Que salieron a pelear porque se tenían bronca; y S. hizo que se la saquen en la cancha. Dijo que él estaba alojado en el pabellón N° 7. Que los que pelearon, pararon después que se lastimaron del todo. Que no conoce de motivos por los que el Servicio Penitenciario haya organizado la pelea. No sabe si otros oficiales estaban presentes. Solo supo de esa pelea. Que S. y A. eran malos, ellos eran los que los sacaban para pelear. Que a los que pelearon los llevaron primero a sanidad o al hospital y luego a castigo. Refirió que cuando S. se fue, las condiciones de detención mejoraron. Dijo el testigo que cuándo estuvo S., subió

sus calificaciones. Que no peleó nunca. Que no sabe de apuestas por la pelea. Que quien filmaba era A., S. no filmaba. Que al momento de la pelea los que gritaban que paren eran los demás internos desde dentro de los pabellones, no los guardias. Dijo que durante el tiempo que estuvo S. no tuvo ninguna sanción. Describió que desde su pabellón no se ve el área de castigos. Finalmente dijo que desde su pabellón lo sacaron a E., que regresó al mismo, pasados 2 o 3 días de la pelea.

El testigo M. R. A., refirió que estuvo detenido en el penal de Pinto desde 2011 hasta el año 2014, cumpliendo una pena por una causa de droga. Manifestó que cuando se encontraba en el pabellón de auto conducta, S. ordenaba que los mandaran a castigo sin ningún motivo. Recordó que estuvo hasta un mes castigado. Cuando estaba a punto de obtener la libertad condicional, se le restaban puntos. Estas situaciones generaban un daño psicológico, se sentían atomizados por S.. En un momento se acercó a efectuar una denuncia con la defensora, Dra. Bossini. El día anterior a declarar, lo sacaron a él y a C. durante la noche para que no dijeran nada, los amenazaron con trasladarlos a otras unidades en otra provincia. S. les decía que tenía poder para enviarlos a cualquiera de las 50 cárceles federales. Se enteró que a C. le ocurrió lo mismo. Un día, durante su horario de trabajo que era de 14 a 17, lo obligaron a retirarse antes, alrededor de las 16. Ahí vio que sacaban a otros internos para llevarlos a pelear en la cancha. Era una pelea armada porque solo ellos estaban afuera. Se enteró luego que los guardias apostaban dinero entre ellos. Esa fue la única pelea que él vio. Fue compañero de G., supo que lo aislaron casi tres meses. Manifestó que G. no era problemático, no tuvo inconvenientes con sus compañeros, al menos al principio. Lo conocía desde la infancia, nunca fue problemático y no era de pelear. También recordó a “C.” N., supo que se escapó, y que, según dichos, la fuga había sido arreglada. Cuando S. se fue, estuvo más tranquilo en el Penal hasta que recuperó su libertad.

El testigo J. D. A. dijo que en el año 2013 se encontraba detenido en la Unidad 35 de Colonia Pinto —lo estuvo entre los años 2009 y 2015—, que pasó por varios pabellones (1, 3 y 4 de auto disciplina), que a S. lo conoció cuando ingresó en el penal, siendo en ese momento oficial, luego se retiró a estudiar y regresó como subdirector. Expuso que en el 2013 tuvo varios encuentros con S., por reclamos de condiciones de detención, falta de contacto con la familia. Relató que este junto con un enfermero —cuyo nombre no recuerda— se encargaba de repartir medicamentos, algunos recetados y otros no, por los pabellones a los internos. Dijo que, para él, S. era un hombre violento, agresivo, era exigente y decía “que esa era su casa y que se hacía ahí lo que quería”, a lo que los internos contestaban “sí, señor”. Refirió que S. junto con un in-

terno, M. B. (con quien el testigo relato haber tenido conflictos personales) eran quienes organizaban las peleas. Que los celadores D. y B. eran los que llevaban los chismes. Dijo que vio varias peleas. Que vio la pelea de 3 contra 3 en la cancha de futbol, que escuchó sobre otras de esas características. En relación a la pelea que él vio, dijo que la actitud de los agentes del servicio penitenciario D. y B. estaban en un lugar de la guardia interna, otro filmaba, no intervinieron para parar la misma. Refirió que la condición de la pelea era que no iba a haber sanciones para quienes peleaban, mientras que a aquellos que les ofrecieron pelear pero no quisieron, si los sancionaron. Que en las peleas de los internos los agentes no ingresaban al pabellón para separar, pero si eran sancionados todos los internos que peleaban. Que hasta donde él supo por dichos de otros internos, D. y C., la pelea fue por cuestiones de vieja data que venían desde el penal de Alsina y que B. fue el que organizó. Que peleaban los que tenían problemas, B. sabía esto y se lo comunicaba a S. para organizar las peleas. D. y B. informaban quienes iban a pelear. Las peleas que vio fueron “a mano limpia”. Recordó que luego de que S. se fue del Penal hubo un motín. Que durante el tiempo que este estuvo le bajaron las calificaciones. Finalmente dijo que se defendió de una agresión, que esa pelea no fue organizada.

Estos testimonios brindados por internos que refieren de modo contundente y similar los padecimientos a los cuales eran sometidos por funcionarios de la unidad penitenciaria de Colonia Pinto, entre los cuales se encuentra el enjuiciado S.. Sus dichos, a su vez, encuentran corroboración en los relatos vertidos por “calificados” funcionarios ajenos al desarrollo institucional de la unidad de Colonia Pinto, pero vinculados a la temática de “justicia, seguridad y derechos humanos” (testigo L.) que vinieron a corroborar la sospecha respecto de la “irregularidad funcional” en el manejo del recurso humano por parte de los funcionarios de “Colonia Pinto”, el “temor” con el que convivían parte de los internos allí alojados y las “ilícitas exigencias” a las cuales eran sometidos (testigos A. R. G. y S. L. C.), básicamente y en lo que concierne al caso de autos, la de tener que afrontar “peleas organizadas”, entre otras exigencias, como pauta de condición para la obtención de beneficios en el trámite de puntuación del régimen de progresividad o de disciplina interna, en franco detrimento de la función y la ley.

En efecto, A. R. G., delegada de la Procuración Penitenciaria de la Nación para la provincia de Córdoba, que cumple funciones de monitoreo de las cárceles federales de Córdoba y Santiago del Estero, esta última de manera conjunta con el delegado del Litoral, Dr. C.; refirió que más allá de que habitualmente alternan las visitas entre las dos delegaciones, en esta oportunidad vinieron porque la situación aparentaba una interven-

ción mayor, porque afectaba a toda la población carcelaria. Que en las entrevistas constataron que en el mes de julio hubo un episodio de peleas en el patio, organizado supuestamente por el Sr. S.. Que la pelea fue vista tanto por los internos como por el personal. Además, que en varias oportunidades alojaban juntos a presos que tenían problemas entre sí y la manera de solucionarlos era la pelea. Dijo que había mucho temor de parte de los internos. Sostuvo que tuvieron la posibilidad de hablar con tres personas que estuvieron en la pelea, las mismas no dieron el consentimiento para hacer denuncia, por lo que la hicieron sin dar nombres. Del relato surgió que el Sr. S. se había parado en el medio de la cancha, armado, para informar que la pelea debía ser limpia, sin puntas, que si no cumplían, él estaba en condiciones de disparar y que la amenaza subyacente era de que podía sancionarlos. Recordó que en el caso particular las personas lesionadas dijeron que se lastimaron jugando al fútbol, que fueron los presos quienes dijeron que debieron firmar el acta donde constaba eso. Al referirse a peleas organizadas en este caso en particular, es a peleas organizadas por S. en un lugar, día, hora, determinados, donde iban a concurrir determinadas personas, sin posibilidad de no participar, y que en caso de no hacerlo iban a recibir sanciones. Explicó que la Procuración determinó que las peleas se organizaban, pero no el por qué. Que la autoridad en todos los penales es el Director, K. era el de ese momento. Quien tiene a cargo el día a día es el Jefe de Interna que era S.. Que para ellos, obligar a un interno a pelear es un hecho que se califica de tortura, teniendo en cuenta que es el Estado quien tiene que garantizar el respeto de todos sus derechos. Dijo que los presos se refirieron a las peleas como “circo romano”.

S. L. C. refirió que desde hace 10 años que es delegado de la Procuración Penitenciaria Federal del Litoral. Que visita sistemáticamente la Unidad 35 desde el año 2008. En el año 2013 realizaron dos visitas, en octubre la visita fue a razón de haberse enterado de lo sucedido en Pinto. Se entrevistaron con los internos y recuerda que se vivía un clima de mucho temor. Que la fecha de los hechos es julio, la visita de ellos fue en octubre, cuando ellos se enteraron de lo sucedido. En relación a los hechos denunciados dijo que consistía en sostener que S. organizó peleas en el centro de la cancha, que eran vistas por los demás internos desde adentro de los pabellones, pelea de tres contra tres, que uno de los internos dijo que lo hicieron pelear con un amigo. Manifestó que relatos de internos fueron todos coincidentes y múltiples, que S. les dijo que no podían usar en la pelea ni facas ni piedras, que a los médicos tenían que decirles que se habían lastimado jugando al fútbol. Tenían mucho temor los internos. Era un tema generalizado en relación a todo el personal penitenciario y en especial con S.. Que los internos le dijeron que otros penitenciarios alentaban la pelea y hacían apuestas. Que la denuncia de Pro-

curación fue sin consignar los nombres de los internos. Recordó haber presentado nota y habeas corpus para el traslado de un interno apellidado C., que se tomaron todas las medidas necesarias para preservar la vida del mismo. Refirió que es la única vez que vio algo como lo que sucedió allí durante el tiempo de su función. Que el hecho de que los internos no hayan querido firmar la denuncia en su consideración, describe lo que estaban viviendo.

A su vez, el Secretario de la Fiscalía General Federal de Santiago del Estero, Sergio Edgardo Álvarez, expresó que tenía a su cargo el acompañamiento a los fiscales a las visitas de cárceles y recordó la visita realizada en 2013 en relación al Sr. S.. Que se constituyeron en el Penal los Dres. Garzón, Simón y él. Cuando llegaron, como el director no se encontraba, fueron recibidos por el Jefe de Interna quien los guio; el Director llegó al lugar cuando la visita se estaba terminando, momento en el que fueron a verlo juntos con S.. Expuso que S. señaló problemas con algunos internos. Que les dijo que para investigar posibles irregularidades dentro del Penal le había dado un celular a un interno, G., para que filme las mismas. Que el interno G. ratificó esto. Recuerda que sobre este punto los fiscales le señalaron que no era la vía adecuada, que debía requerir autorización judicial o fiscal. Que a él, personalmente, le quedó la sensación de que era S. quien manejaba todo en el Penal, que cuando hablaban con él y el director del Penal, el que contestaba todo era S.. Dijo que S. les comentó que casi todos los internos tenían celulares, porque no funcionaban los teléfonos del Penal. Refirió que S. les dijo que había recibido amenazas de parte de un interno por un teléfono, que de acuerdo a las averiguaciones de la Fiscalía, el número del cual recibió las supuestas amenazas no se correspondía a ninguno de los internos. S., al respecto, dijo que los internos ingresaban chips que no estaban registrados. Que en relación a la grabación efectuada por el interno G. dijo que cree que sí se grabó algo, que tanto S. como G. ratificaron esto. Reitera que los fiscales dijeron que esa no era una prueba conseguida de manera regular.

El testigo J. C. L., quien al momento de prestar declaración revestía el cargo de Director General de Cuerpo del Servicio Penitenciario Federal, refirió que en el año 2013 se desempeñó como Director del Servicio Central de Alcaldías, siendo responsable de todos los internos que ingresaban al Servicio Penitenciario Federal. Dijo que con S. trabajó en el mismo establecimiento, pero en funciones diferentes. Luego de explicar cómo se gestionan los distintos conflictos que pueden presentarse con internos, al serle exhibido el video que forma parte de la prueba en autos y que da cuenta la existencia de una pelea en el patio de deportes de la unidad de “Colonia Pinto, el testigo refirió que: “nunca vio una situación así, que lo que se observa es una actitud muy pasiva del personal que no intervienen, lo que le resul-

ta muy extraño. Que lo que tendría que haber hecho el grupo de requisa es solicitar apoyo para terminar con la situación. Que en unidades como Colonia Pinto el jefe de interna es el jefe de requisa y es quien debería haber solicitado apoyo.”

Los testigos que avalaron la tesis de la defensa fueron en su totalidad personal del Servicio Penitenciario. En primer término, el agente L. I. M., quien luego de indicar qué hizo una vez obtenido el pen drive entregado por G., y relativo a las peleas suscitadas en el penal, refirió que el día de la pelea el no estuvo presente pero si vio la grabación donde quedó registrada la pelea de los internos. Dijo que observó dos videos. En uno, no se podía ver la imagen, pero si se escuchaban voces que decían que dejen de pelear. En otro video, se podía observar una “gresca” entre varios internos en la cancha de futbol de la unidad carcelaria. Refirió que esos videos fueron registrados con una video-filmadora de la Sección. Finalmente menciona que el informe de las peleas fue elevado al Director de la Unidad 35, que aplicó las sanciones correspondientes.

En igual línea argumental fue la declaración de A. A., que al momento de los hechos se desempeñaba como escribiente de la Jefatura de Turno. Relató que estaba ese día con S., cuando escucharon unos gritos de internos y salieron al patio. O. —Jefe de Turno— y S. —Jefe de Interna— les gritaron para que dejen de pelear. Dijo el testigo, que en ese momento empezó a filmar. Manifestó que a pesar de los gritos de los funcionarios, los internos siguieron peleando. Agregó que la filmadora era de la Unidad 35. Relató que no vio a nadie filmando las peleas con celulares. Aclaró que filmó las mismas peleas, en dos oportunidades, por orden de S. Que en las peleas que filmó no había armas. Contó que luego dejó la filmadora en la Jefatura y se retiró. No le hizo ver a nadie el material que filmó. Manifestó que en la computadora de la Sección de Requisa, fueron vistos los dos archivos. Expresó que S. tenía una relación estricta con todos los internos en el sentido que les hacía cumplir con los reglamentos. Relató el testigo que nunca observó que S. organice peleas entre los internos por apuestas dinerarias o por asados, etc. Aclaró que O. dependía jerárquicamente de S. Recordó que la pelea fue por la tarde, cerca de las 17 horas aproximadamente. Comentó el declarante que en ese momento, estaba trabajando con unos expedientes, por ello se quedó fuera de horario, ya que él se retira a las 15 horas usualmente. Expresó que su oficina se encuentra entre cinco a diez metros de la cancha de futbol. Dijo que sintió gritos, que decían “paren”, “terminado”, etc. Estos gritos provenían de S. y de O., quienes les ordenaban a los internos que dejen de pelear. Cuando el deponente salió a la cancha de futbol, pudo ver a algunos internos que estaban peleando a golpes de puño. Observó a seis presos que

peleaban y automáticamente tomó la filmadora y se puso a grabar dicho cuadro de situación. Aclaró que la filmadora se encontraba en la Jefatura de Turno, que es parte de su oficina. Cree que filmó durante un par de minutos, aproximadamente, pero que al principio le daba de frente el sol, por lo que tuvo que cambiar de lugar y se puso del otro lado de donde estaba. Allí en ese lugar, filmó unos seis o siete minutos, más o menos. Explicó que en dicho lugar, estaban el Inspector R. y el personal de Requisa, entre otros: C., L. y D. Manifestó que los demás reclusos estaban en los pabellones, con el patio interno abierto. Mencionó que O., S. y el encargado de Requisa, estaban situados frente del deponente y vio que dialogaban entre ellos, ya a esa altura no gritaban. Dijo que los celadores, se encontraban cada uno en sus respectivos pabellones.

En su anterior declaración prestada durante la instrucción explicó las circunstancias por las cuales no se registró en el video que posee imagen y sonido por él grabado el audio del cual debiera emerger el cese de las peleas, indicando luego que si había otro registro de audio solamente que daba cuenta de ello. Esta circunstancia constituye la propia debilidad de este testimonio dado que resulta altamente sugestiva la existencia de un registro exclusivamente de audio y no imagen, que sirva para contrarrestar lo que emerge de otro documento oficial que posee “imagen y audio” que apunala la acusación. Y esta sospecha se fortalece dado que si se repara en las circunstancias del video de la pelea secuestrado en autos puede advertirse que el registro audio visual tiene como lapso temporal el ingreso mismo de los internos a la cancha de futbol, esto es el momento previo e inicial de la pelea, circunstancia que echa por tierra la argumentación de A. de que él registro todo el suceso y máxime los intentos de cese de la misma, dado que durante al menos cinco minutos que dura la pelea, no se registra ninguna orden de cese de la misma.

El testigo J. P. O., Oficial Adjutor de la Unidad 35 en la época en que se suscitaron los hechos aquí juzgados. Dijo que cumplía en ese momento, la función de Jefe de Turno de la Unidad 35. Manifestó que el día de los hechos, los internos estaban jugando al futbol, como una actividad recreativa más de las que los reclusos tienen. Explicó que en la cancha entran equipos de ocho jugadores y que ese día iban a salir a jugar unos diecisiete internos. Contó que primero salieron tres y luego de otro pabellón salieron otros tres internos más y que apenas estuvieron en la cancha, comenzaron a pelear sin más. Agregó que los internos del ala izquierda no llegaron a salir porque empezaron la gresca los internos del ala derecha. Explicó que los internos salen a la cancha, a través de las denominadas tarjetas de bajada y no recordó si dichas tarjetas fueron incorporadas al sumario administrativo que se inició en la Unidad 35. El testigo explicó al Tribunal cómo es el procedimien-

to de las tarjetas de bajada. Manifestó que cuando comenzó la pelea, él estaba en la puerta de la Jefatura de Turno. Manifestó el testigo que cuando se inició la pelea, él comenzó a gritar a viva voz, para que se detengan. Dijo que S. estaba presente en el lugar como superior jerárquico del deponente y que también procedió a gritarles a los internos que peleaban. Comentó que el hecho fue filmado a los fines de que se deje constancia de dicha situación. Dijo que S. ordenó al agente A. que saque la filmadora y proceda a filmar. En ese momento recordó que estaban presentes: A., C., E., L., entre otros agentes penitenciarios. Informó el testigo que no vio que colegas hayan estado filmando la pelea con sus celulares. Expresó que ante la situación, fue a buscar al agente V. para que lo ayude. Se les ordenó a los celadores que cierren los patios internos y los accesos al campo de deportes y dijo que dejó al agente L. que esté atento en el techo de la Unidad 35, ya que había pocos agentes de requisa. L. tenía una escopeta, nadie más estaba armado. Contó el testigo que la pelea se detuvo sola, al ver los internos que el personal se estaba reagrupando. Se abrió el acceso al campo de deporte y se fueron sacando por parte a los internos y de allí fueron llevados a una revisión médica. Expresó el declarante que él fue quien labró las actuaciones y se las entregó a S. y este prosiguió con el trámite administrativo pertinente. Explicó que la facultad para sancionar, solo es discreción del director del Penal. Comentó que ninguno de los internos sufrió lesiones graves, que solamente tuvieron lesiones leves. Aclaró que el interno H. G. estaba separado de los otros internos por problemas de convivencia con los demás reclusos. Fue llevado a otro pabellón en el cual, también tuvo problemas con los internos alojados allí. Mencionó que en el año 2013, tenía a su cargo al Inspector R. y a los celadores D. y E. Dijo que es día, tenía turno de 7 a 19 horas, explicó que realizan turnos rotativos de 12 horas de servicio por 36 horas de franco. Manifestó que esa fue la única pelea que presenció en su carácter de Jefe de Turno. Explicó que peleaba un interno contra otro y eran tres peleas en total, es decir, seis internos. Comentó que peleaban con golpes de puño y patadas y cree que las peleas duraron unos cuatro o cinco minutos. Manifestó que antes de separar o parar una pelea, se debe efectuar un control de la Unidad 35 y recién se procede a realizar las actuaciones de rigor. Comenzaron con el protocolo, o sea, primero con voz de mando y demás pasos ya explicados en el debate. Dijo que ni bien ingresaron al campo de deportes, comenzaron a pelear. Manifestó que las peleas fueron entre las 16,30 horas a 17 horas. Adujo que no había otros internos salvo los seis que salieron y se pusieron a pelear, mientras que los demás reclusos estaban adentro del pabellón. Recordó que peleaban los internos D., D., C., M., entre otros. Se le exhibe por Secretaría el sumario administrativo y lo reconoce. Dijo que no se aplicaron sanciones a los internos. Manifestó que luego se enteró que dichos reclusos, mantenían anteriores problemas y rivalidades

personales. Los internos que pelearon, se comprometieron a no hacerlo de nuevo y que guardarían el comportamiento adecuado. El testigo dijo no conocer, si se hizo un acta sobre dicho episodio. Dijo que cree que no se sancionó para destruir de ese modo, el tema. Comentó que ese día no se hizo el parte disciplinario correspondiente, sino que se armó un expediente, informando lo sucedido. Aclaró el deponente que él lleva un libro de novedades, pero no recordaba si registró o no, dicho suceso. Conformó, por último, que se le inició un sumario administrativo por no asentar dicha novedad.

El testigo F. M. F., agente penitenciario con el grado de Oficial Adjutor en la época de los hechos juzgados, dijo que S. fue su superior jerárquico. Manifestó, que no estuvo el día en que pelearon los internos, ya que estaba de franco de servicio, recordando que fue el día 29 de julio del año 2013. Dijo que cuando se reintegró le hicieron ver, en el área de Requisa, un video en el cual no era buena la imagen, pero que sí escuchaba unos gritos que eran de S. y de O., que decían “paren”. Manifestó que el otro video, se observaba a varios internos que estaban peleando. Dijo que el Jefe de Requisa era M. y fue este quien le hizo ver el video. No tiene idea de que S. haya organizado peleas entre internos o que haya organizado peleas o apuestas de ningún tipo. Sí se lo conocía a S., como una persona estricta en el sentido de que hacía cumplir el reglamento carcelario. Recordó que durante la gestión de S., en la Unidad 35 nunca hubo motines, como tampoco se descubrieron estupefacientes entre los internos en el área de visitas, justamente en ese sector estaba a cargo de S.. Dijo que tuvo conocimiento de las peleas cuando vio un video que se lo exhibieron a modo de academia, ese decir, de manera didáctica, a través de una clase que dictó el oficial M., en su carácter de Jefe de Requisa. Aclaró que no recordaba la fecha en que se exhibió dicho video en esa clase. Manifestó que en el video se podía observar a unos internos peleándose a golpes de puño y que el personal se encontraba parado en la galería, sin recordar qué hacían concretamente. Dijo que en el sumario administrativo que se inició al respecto, tuvo que declarar tres veces. Expresó que a posteriori de la salida de S. de la Unidad 35, recordó que hubo dos peleas más dentro de la cancha, episodio por el cual, se efectuaron las sanciones disciplinarias pertinentes.

El testigo D. A. F., Adjutor Principal de la Unidad 35, relató en el debate que trabajó en dicho establecimiento carcelario durante los años 2013 y 2014. Dijo que el día de las peleas él estaba de franco de servicio. Manifestó que se enteró de aquellas, porque un día M. le pidió que vaya a su oficina porque le tenía que hacer ver un video. Explicó que al principio no se podía ver nada, solo se escuchaban unos gritos que decían que “terminen”. Luego dijo que se podía ver claramente que unos internos estaban peleando en

la cancha de fútbol. Comentó que S. era muy estricto con los internos ya que aplicaba el reglamento sin llegar a excederse en sus funciones. También aclaró que tuvo que declarar en el sumario administrativo que se originó por dichas peleas. Manifestó que los internos que pelearon, no recibieron sanciones disciplinarias.

El testigo N. R. es Ayudante Mayor (retirado). Expuso que conoce a S. por haber trabajado en el Servicio Penitenciario Federal, desde unos ocho a diez años aproximadamente. Dijo que S. siempre fue una persona recta que hacía cumplir el reglamento. Nunca lo vio excederse en el cumplimiento de sus funciones. Expresó que no solo trabajó con S. en la Unidad 35, sino que además trabajó con él, en el Penal de Ezeiza. Relató el deponente que en el año 2013, prestó servicios en la Unidad 35 de Colonia Pinto y recordó que la pelea en cuestión acaeció en el mes de julio de ese año. Expresó que en esa ocasión, cerca de las 17 horas, los internos bajaron al campo de deporte, fueron tres del pabellón 1 y otros tres del pabellón 3. Dijo que esa tarde iban a bajar diecisiete internos en total, pero que no lo hicieron porque empezó la pelea en la cancha de fútbol. Dijo que los internos de esos pabellones, cuando salieron a la cancha, empezaron a discutir y de inmediato empezaron a pelearse a golpes de puño. Manifestó que S. estaba en la Jefatura de Turno y al escuchar los gritos, salió junto con A. y le dijo a este que saque la filmadora y grabe lo que estaba ocurriendo. Fue así que A. fue hasta Requisa y tomó la filmadora y comenzó a filmar la gresca. Estaba filmando de un lado, pero el sol lo encandilaba, por eso pide permiso y se cruza al frente y ahí comienza a filmar, estaba cerca de la puerta 8 del sector de Educación. Manifestó que S. y el Jefe de Turno O., les solicitaron a los internos que dejen de pelear, pero hicieron caso omiso a dicho pedido, por lo que S. solicitó apoyo. Le pidió al celador D. que cierre el tránsito, lo mismo hizo con el celador E. y luego de ello, se fue al lado de A. en la puerta 8. Expresó que el agente V. llegó como apoyo a pedido de S.. Explicó que cuando los internos vieron que el personal penitenciario se estaba reagrupando, dejaron de pelear. Dijo que los llevaron hasta sanidad para que se los revise. Aclaró el deponente que estaba a unos dos metros de A. que estaba filmando y a unos treinta o cuarenta metros de S.. Agregó, que en el techo estaba apostado el agente M. L., personal de Requisa, quien tenía una escopeta y estaba a la espera de la voz de mando de S.. Aclaró que el resto del personal penitenciario no estaba armado. Dijo que no vio a ningún personal filmando la pelea con sus celulares, como tampoco pudo observar que alguien haya apostado por la pelea. Dijo que luego de ser revisados en Sanidad, los reintegraron a sus respectivos pabellones y que no los sancionaron. Recordó ver a tres internos que estaban lesionados, pero no se acordaba de sus nombres. Afirmó que los internos salieron al campo de deporte de manera vo-

luntaria, no los elegía S.. Que comúnmente suelen bajar al campo unos diecisiete internos, ya que la cancha de fútbol es de ocho integrantes por equipo, es una cancha chica. Comentó que el día de la pelea, era un día de visita, por eso muchos internos no optaron por bajar a la cancha. Mencionó que luego pudo observar el video de la pelea, a través de M. Jefe de Requisa, quien les hizo ver el video en la academia, a los fines de observar la situación y ver qué se hizo bien, o qué se hizo mal, para situaciones futuras. Admitió que luego de esa pelea, no hubo más grescas en el campo de deporte. Aclaró que desde que S. se fue de la Unidad 35, hubo un motín con toma de rehenes, un recluso muerto, entre otros incidentes. Dijo que en el año 2013 se desempeñaba como Inspector de Servicio. Supo que después de esa pelea, a S. lo sacaron de Seguridad Interna y lo trasladaron a Seguridad Externa, entiende, por orden del director de la Unidad 35. Contó que el día de la pelea, se encontraba con O., frente a la Jefatura de Turno y que los internos bajaron a la cancha y luego se cierran las puertas del campo de deporte por seguridad. Les avisó a los celadores que cierren las puertas de los pabellones. Dijo que C., agente de Requisa, quedó una de las puertas; en la otra puerta, la ocho, la cierra el declarante y se queda apostado ahí por orden de S.. Cuando empezó la pelea, S. les ordenó a los celadores D. (del pabellón 1 y 3) y E. (pabellones 2 y 4), que corten el tránsito, es decir, que cierren las puertas y hagan entrar a los internos que estaba en los patios de los pabellones, al interior de los mismos. Expresó que S. se encontraba a unos tres metros de la puerta de Jefatura de Turno. Dijo que el declarante que gritaba junto con O. a los internos para que depongan su actitud bélica y que, al escuchar sus gritos, S. se llega a su lado y también comienza a gritar a los reclusos para que dejen de pelear. Aclaró que no podía entrar al campo de deporte a separarlos por estrictas razones de seguridad. Manifestó que S. le ordenó a O. que traiga refuerzos y a los celadores que cierren las puertas. Dijo que entre los pabellones 1 y 3 y 2 y 4, hay unos veinte metros más o menos. Agregó que desde la puerta 8 a la Jefatura de Turno, hay unos 30 o 40 metros, aproximadamente. Aclaró que estaba al lado de A. que filmaba la gresca en la puerta 8, a unos 40 metros de S. y O.. Relató que la pelea duró unos cinco a siete minutos. Todos les gritaban al unísono para que dejen de pelear: los celadores, S., personal de Requisa, etc. Dijo que el agente L. estaba apostado en el techo por razones de seguridad y que tenía una escopeta con bala de goma y que recién bajó del techo cuando finalizó la pelea. Llevaron a los internos a Sanidad y se hicieron las actas referidas a las lesiones sufridas por los que pelearon; ello lo hizo personal de Sanidad y O. y que el deponente no firmó esas actas porque no era de su competencia funcional, entiende que las debe firmar el Jefe de Turno O. Tampoco recordó el contenido de dichas actas. En Sanidad los esperaba el enfermero de turno, de apellido R. Se le exhibe por Secretaría las actas de fs. 153 a 157 del sumario

administrativo incorporado como prueba al proceso, referidas a las lesiones de C., M. y D., el declarante reconoce su firma en dichas fojas, por lo que de pronto reconoció que las había firmado, cambiando su relato, argumentando que estaba confundido con la pregunta que le hicieron al respecto por parte de la Fiscalía. No explicó el testigo porque se puso en las actas que los internos se golpearon en la cancha de fútbol, en vez de poner que se pelearon, solo trató de explicar dicho episodio, argumentado que es común que los internos no digan la verdad por temor a sanciones posteriores; pero no explicó por qué el testigo no dejó asentado en las actas la verdad de lo que ocurrió, es decir, que se pelearon en la cancha y por ello presentaban esas lesiones. Dijo que por orden de S., los internos no iban a ser sancionados. Por último, le dijo al Tribunal que vio el video de la pelea porque se lo mostró M. en una academia.

El testigo D. U. C. es agente de 2ª del Servicio Penitenciario Federal. Dijo que el día de la pelea, estaba como personal de requisa. Manifestó que cuando estaba S. en la Unidad 35 había más control. Contó el testigo que ese día comenzaron a sacar a los internos hacia el campo de deporte. Dijo que se les preguntaba quienes querían salir a la cancha y que fueron seis internos, pertenecientes a los pabellones 1 y 3 (tres internos por cada pabellón), los que eligieron salir en esa ocasión. Dijo que iban a salir en total ese día, unos diecisiete reclusos, divididos en dos turnos, pero que no llegaron a bajar a la cancha, porque los seis primeros que bajaron a la misma, habían comenzado a pelear entre ellos. Explicó que no se elige a los internos que bajan, sino que ellos mismos se anotan a voluntad. Expresó que cuando comenzó la gresca, cerraron el portón y quedó a la espera de las instrucciones de la superioridad. Recordó que la pelea fue filmada, pero no vio celulares que filmen dicha reyerta, como tampoco vio apuestas por parte del personal penitenciario. Explicó que en esa época había muy poco personal para una población carcelaria de unos ciento treinta internos aproximadamente, puesto que eran dos celadores para siete pabellones y dos agentes de requisa para esos siete pabellones, cuando en la actualidad cuentan con un celador por pabellón e igual cantidad de agentes de requisa. Comentó que el Jefe de Seguridad Interna era S. y era él que tenía que darles las instrucciones a seguir. Comentó que el agente L. estaba apostado en el techo. Relató que luego de la pelea, los reclusos fueron llevados a Sanidad para constatar las lesiones y a posteriori, los reintegraron a sus pabellones, y no a las celdas de castigo. Aclaró que cuando S. se fue de la Unidad 35, no hubo más peleas de ese tipo, aunque recordó que existió un motín con toma de rehenes. También acotó que hubo un interno que falleció, cree por un problema de salud y no por las peleas o el motín. Aclaró que la oficina de Requisa se encuentra frente a la cancha de fútbol. Graficó al

Tribunal diciendo que está la Jefatura de Turno, luego sigue la sala de visita y después la oficina de Requisa. Expresó que ese día de la pelea, se encontraban a cargo de la requisa, el deponente junto con el agente L. El día de la pelea, le entrega las boletas de bajada a O. y van con las boletas de bajada a los pabellones 1 y 3. Manifestó el testigo que deja constancia en el libro de novedades, acerca del movimiento de los internos. Aclaró que justo ese día de la pelea, no dejó constancia en el libro y agregó que en realidad en esos casos, ellos no manejaban la situación, sino que lo hacía el Jefe de Turno. Dijo el declarante que en el momento de la pelea, él fue a los pabellones 1 y 3 y que tenían diecisiete boletas de bajada, explica que se tiene una boleta por cada interno. Del pabellón 1, no recordaba los nombres de los internos que bajaron, pero dijo que si se acordaba de los internos del pabellón 3. Dijo que bajaron tres internos por cada pabellón (1 y 3). Agregó que los internos de los pabellones 2 y 4, no llegaron a salir porque ya habían empezado a pelear los internos que acaban de salir a la cancha. Explicó que acompañó a los internos hasta la sala de visita y allí los esperaba L., los requisaban y luego ingresaban al campo de deportes. Dijo que en el otro sector estaba el sector de Educación, pero que desde esa puerta no salieron. Comentó que L. tuvo que subir al techo armado de una escopeta, mientras que el testigo se quedó por unos minutos frente de la puerta, hasta que se paró la pelea. Dijo que cuando comenzó la gresca, ellos empezaron a gritar a los internos para que dejen de pelear. Dijo que S. se encontraba frente a la Jefatura de Turno y le ordenó que se quede frente al portón de ingreso a la cancha. La pelea finalizó por voluntad de los internos, sin que haya participado el personal de la Unidad 35. Manifestó que cuando ingresó a la cancha, vio que los internos tenían lesiones, ya que algunos sangraban, aunque aclaró que no tenían lesiones graves. Llevaron a los internos al recinto judicial, conocido en la jerga penitenciaria como la "leonera" y allí los revisa el enfermero que estaba de turno ese día y a los que estaban lesionados, lo revisó en Sanidad. Dijo el testigo, que él los llevó hasta Sanidad para que el enfermero los revise. Dijo que nunca se enteró acerca del motivo que originó la pelea. Aclaró que siempre existen reyertas y cruces entre los reclusos. Desconoció si se dejó constancia en algún lado el tema de la pelea en la cancha de fútbol, que eso debería haberlo hecho el Jefe de Turno O. El deponente tuvo entendido que los internos no fueron sancionados. Se le exhibió por Secretaría unas fotografías a fs. 43 se reconoció el deponente, quien llevaba a los internos al recinto judicial. Explicó que se puede subir al techo solo en unos minutos y que desde la puerta de ingreso a la cancha, se puede llegar en segundos. A fs. 45 ve en la foto a O. y a S., pero no sabe si la otra persona es el declarante. A fs. 46, observa al interno D. y no recuerda los nombres de los otros reclusos que salen en la fotografía, como tampoco reconoce a los otros

guardias. Dijo que el agente A. estaba primero ubicado en la parte de Jefatura, pero que luego se fue para el sector de Educación. Dijo que nunca vio el video por el cual se registró la pelea. A fs. 52, reconoce a S. que está ubicado al lado del declarante, no reconociendo las demás fotografías. Manifestó que si observó a los internos peleando y que la pelea era entre pares.

El testigo M. D. L. es agente ayudante de 3ª del Servicio Penitenciario Federal. En el año 2013, trabajaba en el Sector de Requisa. Recordó el testigo que hubo una pelea en la cancha de futbol y que ese día se encontraba de guardia. Dijo que estaba con el agente C. terminando los trámites de la visita a los internos. Manifestó que luego de esa tarea, el jefe de Turno O. les comunicó que debía sacar reclusos para la cancha de futbol y les dijo que eran unos diecisiete internos los que bajarían al campo de deporte. Fue así que se dirigieron a los pabellones para hablar con los celadores para ver que internos querían salir a la cancha. Aclaró que O. era el responsable de sacar a los internos hacia la cancha y él disponía de los turnos a esos efectos. Dijo que el listado se confeccionó con los internos de los pabellones 1, 2, 3 y 4, y el número máximo de reclusos a salir, era diecisiete. Relató que empezaron a sacar a los internos de los pabellones 2 y 4, les pidieron la lista a los celadores y luego hicieron el mismo trámite con los internos de los pabellones 1 y 3. Se colocó en la sala de Requisa para revisar a los reclusos que salían al campo de deportes. Es así que bajaron tres primeros, los revisaron y entraron a la cancha y luego hicieron lo mismo con los tres internos restantes. Dijo que al cabo de unos minutos, sintió unos gritos, unas discusiones, se fijó y pudo observar que los internos que recién habían salido a la cancha, estaban peleando entre ellos. Mencionó que cuando salió de la sala de visita, vio a sus compañeros, al Jefe de Turno y al Jefe de Seguridad Interna que estaban gritándoles a los reclusos para que se detengan y como estos no cesaban de pelear, S. les ordenó que cierren el tránsito de los pabellones. Dijo que el agente A. fue a buscar la filmadora del Penal y al declarante S. le dice que vaya y saque urgente la escopeta y que suba al techo y espere sus órdenes. Fue así que de inmediato se subió al techo de la Unidad y de allí pudo observar que los internos continuaban con la pelea. Dijo que al frente de él, observó al agente A. que estaba filmando el acontecimiento y también vio al Inspector de Turno. Mencionó que al cabo de unos minutos, la pelea terminó. Ahí S. le ordenó que se bajara del techo y guardara la escopeta. Acto seguido procedió a llevar a los internos al Sector de Sanidad para que los revisen y luego los reintegraron a sus respectivos pabellones. Después de hacer eso, regresó a su Sector esperando a que llegue su relevo. Expresó que cuando estaba apostado en el techo estaba esperando la voz de mando de S., aunque no hizo falta usar el arma. Relató que nunca vio el video donde se

registró la pelea. Aclaró que la riña consistía en golpes de puño, sin armas. Explicó el trámite de confección de las boletas de bajada de los internos al campo de deportes. Acotó que restaban bajar a la cancha unos once internos, aunque no pudo precisar de qué pabellón eran. Tampoco recordó el deponente, si las boletas de los otros internos fueron devueltas a la Jefatura. Manifestó que esa fue la primera vez que subió al techo por orden de S.. Expresó que en otras ocasiones pudo ver que los internos discutían fuerte o por ahí se empujaban, pero nada más, nunca vio una pelea como la que ocurrió esa vez. Relató que ese día, los internos bajaban a la cancha para jugar al futbol, sin recordar si en esa oportunidad estaba el profesor de educación física en el campo de deportes. Si bien dijo que los reclusos jugarían al futbol, le dijo al Tribunal que no vio ninguna pelota de futbol ese día en la cancha. Agregó que cuando comenzó la reyerta, salió del lugar donde estaba en ese momento y se acercó a la Jefatura de Turno y allí sintió unos gritos que decían “paren la pelea”, “dejen de pelear”, etc. Mencionó que esos gritos fueron realizados de manera repetida. Mencionó que la pelea duró unos minutos, pero no pudo precisar cuántos. Manifestó que los internos que pelearon, no fueron sancionados y que por orden de S., fueron reintegrados a sus pabellones. Por último dijo el testigo que nunca tuvo participación en el sumario administrativo que se inició al respecto.

El testigo R. A. D., agente penitenciario con la función de celador de la Unidad 35, dijo que en el año 2013 estaba trabajando con S. en la Unidad Penitenciaria. Manifestó que en esa época solían transitar por varios pasillos de los pabellones y que siempre cambiaban de lugar. Dijo que una sola vez los reclusos pelearon en la cancha de futbol. Relató que al finalizar el horario de visita, le informan que personal de Requisa tenía que sacar a los internos al campo de deportes. Procedió a sacar a tres reclusos de un pabellón y tres internos de otro pabellón. Dijo que el agente le trajo las boletas de bajada. Fue así que sacaron a tres presos del pabellón 1, los requisaron y luego sacaron a tres internos del pabellón 3 e hicieron el mismo procedimiento. Afirmó el testigo que quedó en su lugar, porque no podía dejar su celaduría. Fue en ese momento que dijo escuchar gritos y pudo observar que gritaban desde la Jefatura de Turno, por lo que procedió a cortar el tránsito y reintegrar a los internos que estaban en el patio, a sus respectivos pabellones. Manifestó que cuando la pelea finalizó, el personal de requisita lo sacó de la cancha. Manifestó que nunca vio ningún video sobre la pelea, pero si supo que el agente filmó la gresca ese día con la filmadora del penal y no vio que ningún agente este filmando la riña con sus celulares. Aclaró que no es amigo personal de S., como así también dijo que en ningún momento supo que los internos pelearían y mucho menos que haya habido apuestas por parte del personal de la Unidad.

Terminada la pelea, dijo que los internos que participaron en la misma, fueron llevados hasta Sanidad para ser revisados y luego volvieron a sus pabellones. Dijo que desconocía si fueron sancionados por dicha gresca. Manifestó el declarante que esa pelea podría haber sido originada por viejos problemas que tenían esos internos entre ellos. Expresó que bajo ningún concepto, escuchó la versión de que ellos bajaron a pelear por orden de S., toda vez que los internos bajaban de manera voluntaria. Mencionó que había dos turnos para bajar a la cancha de fútbol. Explicó que generalmente los internos le piden bajar y él los anota. Aclaró que ese día debía anotar solo a tres internos hasta que salga la segunda tanda. Dijo que cada pabellón tenía una especie de delegado entre los reclusos. Relató que en el pabellón 1ª F, D. del pabellón 3, también recordó que los hermanos B. estaban en la Unidad 35. Informó en el debate que del pabellón 1 salieron F, C. y S. y del pabellón 3, lo hicieron los internos M., D. y D.. Explicó que personal de Requisa lleva la lista a Jefatura y allí se confecciona las boletas de bajada para el campo de deportes. Narró el deponente que cuando traen las boletas de bajada, él anota quienes van a salir a la cancha y de eso dejan constancia en el libro de novedades, pero no recordó si justo ese día lo hizo. No recordó qué es lo que anotaba si el nombre del interno o el número de los que bajaban a la cancha, porque adujo que dejó de ser celador en el año 2103 o 2014. Se le exhibió por Secretaría el libro de novedades que tienen en los pabellones los celadores a fs. 136 a 138 y el propio testigo leyó en voz alta reconociendo que asentó en el libro que a horas 17 ese día bajaron diecisiete internos y que no hubo novedades. No reconoció la firma que rubricaba esa constancia que había leído el deponente. Luego reconoció que ese era el libro de novedades de la Jefatura de Turno. Dijo que se puso que bajarían los diecisiete reclusos, pero en realidad, no se dejó constancia que solamente bajaron seis internos.

El testigo R. O. E. es agente ayudante de 3ª del Servicio Penitenciario Federal. El día de la pelea se encontraba de turno. Tenía la función de celador de los pabellones 2, 4 y 6 de la Unidad 35. Recordó que solo se dio una vez ese tipo de peleas. Contó el declarante, que ese día debían salir 11 internos de esos pabellones a la cancha de deportes. No recordó los nombres de esos internos. Dijo que se elegían entre ellos para bajar a la cancha y luego se le pasaba la lista al personal de Requisa, de ahí a la Jefatura de Turno donde se confeccionaban las boletas de bajada. Relató que por la pelea, dichos internos no llegaron a salir a la cancha de fútbol, puesto que apenas salieron los internos de los otros pabellones, empezaron a pelear. Manifestó que el Inspector de Turno le ordenó que reintegre a los internos al interior de los pabellones, lo hizo como medida preventiva, explicándoles lo que sucedía, puesto que los internos querían salir a ju-

gar fútbol y estaban molestos porque debían volver a sus pabellones. Mencionó que obedeció dicha orden como medida preventiva y trató de hacerles entender a los internos, porqué volvían a sus pabellones habida cuenta de la pelea que se había originado. Agregó el declarante, que ese día se encontraba solo para tres pabellones en cambio, acotó que en la actualidad, existen siete celadores. Explicó que se reintegró primero a los internos del pabellón 2 y luego se procedió a reintegrar a los internos del pabellón 4, procedimiento este, que le llevó unos cinco minutos aproximadamente. Enfatizó que S. jamás organizó peleas, ni apostó al respecto, ni organizó comidas o asados, etc. Al contrario, dijo que con S. se mejoraron las medidas de seguridad, se colocó un scanner, se implementó la boleta de bajada, se colocó un detector de metales en el sector de talleres, entre otras importantes medidas impuestas. Dijo que los internos se molestaban por estas medidas impuestas por S.. Manifestó que alcanzó a ver que los internos empezaban a pelear, pero debido a la distancia en que se encontraba y por la función que cumplía, esto es, reintegrar a los internos del patio interno hacia los pabellones, no pudo presenciar la pelea. Aclaró que la orden de reintegrar a los internos, se la dio el Jefe de Turno O. Finalizó su testimonio, diciendo que se retiró a las 19 hs., cuando llegó su relevo.

El testigo G. A. V. es agente de 2ª del Servicio Penitenciario Federal. Dijo que en el año 2013 estaba prestando servicio en el área de trabajo de la Unidad 35, en la parte de los talleres. Manifestó que en un momento lo llamó el Jefe de Turno de manera urgente, por lo que salió de inmediato y se encontró que en el campo de deporte estaban peleando unos internos. Dijo que en el sector de Requisa, S. le ordenó que se vaya a una de las puertas, por lo que el declarante se fue y se posicionó al lado del agente R. y de A. Aclaró que A. estaba filmando la pelea. Manifestó que es tuvo en esa ubicación hasta que finalizó la pelea y regresó a su lugar de trabajo. Aclaró que no observó a ningún agente filmando con celulares la pelea, ni vio a nadie que estuviera apostando ya sea por la pelea, o por alguna comida, ni nada por el estilo. Mencionó que llegó a la cancha de fútbol, en carácter de refuerzo, ante la situación suscitada. Dijo que sintió gritos de parte del personal, para que los internos dejaran de pelear. Preguntado por las distancias que existen entre las distintas dependencias de la Unidad 35, explicó el declarante que del sector de trabajo hasta Requisa, hay unos ciento cincuenta metros; hasta la cancha de fútbol, unos setenta metros y hasta la Jefatura de Turno, unos veinte metros aproximadamente. Expresó que O. lo llamó y cuando fue, recién empezó a escuchar los gritos y ya estaban peleando los internos. De ahí le ordenó que vaya al otro sector, donde estaba A. Contó que a esa hora, no había internos en los talleres. Aclaró que alcanzó a ver a seis internos peleando a golpes

de puño en la cancha de fútbol y que lo hacían en parejas. Los gritos que escuchó decían “paren”, “dejen de pelear”, etc. También escuchó que a los celadores que reintegraban a los demás internos a los pabellones. Dijo que el personal estaba molesto y nervioso, toda vez que en proporción eran pocos. Aclaró que tenía catorce años de antigüedad en el Servicio Penitenciario Federal. Manifestó que esa fue la única vez que vio una pelea de ese tipo en la cancha de fútbol; más allá que antes hubo diversas peleas en los pabellones, discusiones, algunos empujones, pero no peleas de esa clase.

El testigo R. O. S., de profesión médico, en el año 2013 se desempeñaba como jefe del Área del Servicio de Salud de la Unidad 35. Dijo que cuando él estaba ausente, siempre quedaba el enfermero de turno, que en esa época era R. Explicó que en esos casos, el procedimiento es preguntarle al interno porqué está golpeado, luego se le hace la historia clínica y se extiende el certificado médico. Aclaró que no se investiga el motivo de las lesiones. Con relación al interno V., dijo que si lo recordaba, aunque no tenía bien presente, la patología que lo aquejaba; lo que sí supo, es que dicho interno tuvo un intento de suicidio. Explicó que los informes médicos que elabora, no tienen fuerza vinculante, solo se remitía a informar si el interno cumplía o no con los objetivos y su informe formaba parte de cada área disciplinaria que elaboraba sus respectivos informes. Dijo no haber intervenido en el caso de la pelea en la cancha de fútbol, toda vez que en esa ocasión, el testigo dijo que estaba de licencia por una cirugía que se le había practicado y que recién se reintegró a los tres días del hecho y allí se enteró porque le comentaron lo sucedido. Explicó que generalmente, cuando los internos pelean, son llevados por personal de Requisa hasta Sanidad. Si se trata de lesiones menores, se reserva el diagnóstico y se los cura; si son lesiones graves, los remiten al Hospital. Se confecciona el certificado médico y se le comunica a Jefatura de Seguridad Interna y a Requisa. Dijo que ya sean lesiones leves o graves, siempre se forman expedientes al respecto. Señaló el deponente que tiene una antigüedad de nueve años en la Unidad 35 y que desde su gestión pasaron cuatro directores generales. Dijo que sí recordaba a S. y a su gestión, mencionó que siempre tuvo una buena relación con él y que nunca escuchó quejas de los internos contra S.. No recordaba el testigo si estuvo con personal de la Procuración Sanitaria en el mes de octubre del año 2013. Por Secretaría se le exhibió un informe médico de fs. 159 del sumario administrativo, en el cual, el deponente reconoció su firma inserta al pie del mismo. Se le preguntó si esas certificaciones realizadas en dicho informe, estaban vinculadas con la pelea de los internos en la cancha de fútbol, el declarante contestó que podría ser otras lesiones, diferentes a las provocadas en dicha pelea, aunque después admitió que el informe decía que se

curaron sin tener secuelas, podría ser que sí estén vinculadas a la pelea.

Los dichos de los agentes penitenciarios y la postura esgrimida por la defensa, se encuentra seriamente controvertida en autos, con el registro audio visual colectado que robustece la acusación en contra del encausado y refuerza los testimonios de los internos.

El registro de audio y video exhibido durante el debate e incorporado oportunamente, demuestra que en los primeros cuatro segundos de la filmación se advierte que los internos comienzan a pelear, es decir que se comenzó a grabar antes de que empezara el enfrentamiento.

En efecto, de la reproducción de ese video se puede percibir el ingreso de seis internos a la cancha de fútbol del predio de Colonia Pinto, quienes se dividen claramente en tres parejas y equidistantes una de otra, todo lo cual vienen a apuntalar la idea de pelea organizada y no de una simple “gresca” entre internos, tal como pretendió sostener la defensa indicando que de manera azarosa, participaban dos bandos de internos. No surge esa espontaneidad de aquella observación, sino que se trata de peleas de parejas, lo cual claramente denota organización. En estas peleas se despliegan escenas de golpes de puño y patadas por el lapso aproximado de algo más de cinco minutos, y al cabo del cansancio físico desandado por parte de los internos, ellos mismos deciden dar por finalizada las peleas.

Es así que se desbarata la versión de la defensa: por un lado de que la gresca entre los internos fue un levantamiento al orden espontáneo, ya que la filmación inicia mostrando cuando los internos se dividen en parejas y comienzan a pelear, lo cual comprueba que el evento estaba organizado con antelación, lo que acredita la teoría de la acusación; por otro, no se encuentran constancias de que A. registró la pelea en dos videos, y que en uno de ellos solo se escuchan las voces de alto de los agentes penitenciarios, en razón de que en el video incorporado en autos se muestra el inicio de la lucha hasta que los internos cesan la pelea sin que se escuche grito alguno de los penitenciarios ordenando que se detengan; y por último que los internos hubieran cesado la lucha por orden del personal carcelario, ya que surge de la filmación que desisten por su propia voluntad y por el cansancio, que se retiran del campo de juego solos sin que fuera necesario encausarlos.

La ponderación que estimamos corresponde realizarse del registro de video con imagen y sonido de la pelea mantenida por seis internos de la unidad de Colonia Pinto, es que ese documento objetivamente valorado, no deja el menor margen de duda para colegir que la pelea allí registrada se trató de una jornada boxística organizada. Este documento hecha por tierra gran parte de la versión de los hechos que des-

plegara la defensa del imputado S., y parte de los funcionarios y agentes penitenciarios de Colonia Pinto involucrados en autos, quienes pretendieron aseverar la “generación espontánea” de dicha pelea, causada por las propias desavenencias de criterios o conflictos personales de los mismos internos, es decir “no organizada” por ellos (los integrantes del Servicio Penitenciario), cuando de la atenta compulsa del documento audio visual se puede observar una “llamativa tranquilidad” acaecida en el Penal a la hora en la que producían los hechos. Se puede corroborar un perceptible estado de “calma” mediante la cual desarrollan las peleas, lo cual posibilita la observación por parte de distintos agentes penitenciarios que disfrutaban el “violento espectáculo” ubicados al lado del alambrado de seguridad al estilo “cancha de fútbol”, con una actitud pasiva, de brazos cruzados, caminando sin apuro por los alrededores de la cancha. Expresiones corporales y actitud que evidencian la aceptación de tales hechos e implica la aseveración de la hipótesis de organización y no un acto de indisciplina e inseguridad, tal como se lo pretendió plantear a lo largo de este debate.

No se agota en esto la ponderación del registro audio visual de la pelea acaecida en la cancha de fútbol de Colonia Pinto. Del mismo se percibe un “profundo silencio” que se mantiene durante el desarrollo del enfrentamiento, del cual es posible hasta escuchar el sonido ambiente, del cual resulta perceptible de manera relevante el “trinar de pájaros” que para aquel entonces se despliegan por el aire de la cancha de fútbol de Colonia Pinto o moran en algún árbol cercano a la cancha de fútbol en la que se están llevando a cabo las peleas. El sonido ambiente permite escuchar las expresiones de la respiración de algunos de los internos que en ese momento están llevando a cabo las peleas —al acercarse al agente penitenciario que filmaba sin que este ordenara que se detengan—, los golpes de puño impactando en los cuerpos, se escuchan los pasos por ellos desandados en el fragor de la pelea. Lo que no se escucha, se reitera, por el lapso aproximado de los cinco minutos que duran esas peleas, es la voz de algún funcionario de seguridad de ese establecimiento que diera mando y ordenara “el cese” inmediato de lo que para ellos implicaría, un acto de indisciplina, generador de un eventual e hipotético suceso de inseguridad interna. En cambio, se las arengas de algunos internos que desde su celdas o pabellones observan el violento episodio y que notoriamente se encuentran más alejados del campo de juego que el personal penitenciario, todo lo cual evidencia la “tranquilidad” con la cual se desarrolla la jornada boxística, circunstancia esta que condice más con la conclusión de una clara “organización de este episodio de violencia” y no de un supuesto de “indisciplina” que llevaron a cabo espontáneamente seis internos que participaron de esta pelea y que generó un cuadro de inseguridad y urgencia que

fue sofocado por el “diligente” accionar del personal penitenciario, tal como pretendió aseverar la defensa durante el desarrollo de este proceso.

No se observa urgencia, situaciones de emergencia, ni ningún otro indicador que dicho accionar este presto a ser cancelado por las fuerzas de seguridad que, según el relato de lo manifestado por L., y en particular el “grupo de requisa” debería estar vigente en ese lugar y en ese momento. Al contrario, parece surgir que los internos que vivencian las peleas en la cancha de fútbol son conocedores de la aquiescencia por parte de los guardias de seguridad de lo que para aquel momento está aconteciendo, que todo está controlado, organizado, que no hay riesgo.

Esta percepción y ponderación da por tierra a su vez con algunas expresiones de penitenciarios que aludieron a la gestación espontánea e imprevista de la pelea, dado que varios de ellos explicaron cómo se selecciona a los internos que desean participar del campo de deportes. Se indicó que para ese día habían inscripto 17 internos, pero que al sacar a tres del pabellón N° 1 y a otros tres del pabellón N° 3 e ingresaran estos a la cancha del predio se tomaron a golpes de puño. Esta idea de “espontaneidad” en cuanto a las causas de gestación de la pelea no puede ser pacíficamente sostenida tanto por la evidencia emergente del propio registro audio visual, del cual como ya se indicó emerge una llamativa tranquilidad entre los internos que van a desarrollar la pelea y da la pauta más con un criterio de organización y planificación que con una gestación azarosa de la misma. Es difícil, cuanto no imposible, aceptar que la suerte haya querido que ese día seis internos de la Unidad 35 hayan decidido bajar en primer lugar al campo de deportes haciéndolo en dos grupos de tres y que pacíficamente hayan decidido tomarse a golpes de puño. La espontaneidad y el azar coalicionan con el registro audio visual, y el desempeño de los agentes de seguridad, tal como lo ponderara otro funcionario del Servicio Penitenciario, que no prestaba servicios en la Unidad N° 35, nos referimos a los dichos de J. C. L., quien al serle exhibido el video de la pelea refirió “...que nunca vio una situación así, que lo que se observa es una actitud muy pasiva del personal que no intervienen, lo que le resulta muy extraño”.

Los testimonios de los penitenciarios vertidos en autos dan cuenta de las anomalías acaecidas respecto de la registración documental del suceso de la pelea. Así O. dijo que no se armó parte disciplinario, sino que se inició un expediente informando lo sucedido; y se inició un sumario administrativo por no haber registrado el hecho en Libro de Novedades. Por su parte R., en referencia a las lesiones de C., M. y D., —luego de rectificar su declaración— no pudo explicar por qué firmó un acta en la que se dejaba asentado que las heridas de los internos fueron ocasionadas en la cancha de fútbol, cuando en realidad fueron producto de

la pelea. A su vez, C. tampoco puedo especificar por qué no dejó constancia en el libro de novedades a su cargo la pelea. D. dejó constancias en el libro de novedades de los celadores que bajaron 17 internos y que no hubo novedades, sin embargo ello no ocurrió así. Es así que la versión de los penitenciarios de que se cumplieron los protocolos ante el supuesto de conflicto, no tiene correlato con las inobservancias administrativas que exigen documentar este tipo de sucesos violentos dentro de la institución penitenciaria. Con lo cual se demuestra el manejo administrativo que ostentaban los funcionarios penitenciarios quienes decidían qué registrar, qué hacer y no hacer, que a su vez evidencia su accionar como enderezado a procurar la impunidad ya sea para los organizadores del hecho y sus protagonistas, o para algún segmento de actuación en la cual ellos resultaran partícipes (sentido lato).

Las expresiones de la defensa de S. y de los demás integrantes del Servicio Penitenciario Federal de Colonia Pinto, en el marco de intelección de la teoría de los “actos propios”, fueron quedando aisladas y desprovisitas de correlato fáctico y circunstanciado que permita dar crédito a tales aseveraciones, por lo que conforme tiene dicho nuestro más Alto Tribunal “nadie puede ponerse en contradicción con sus “propios actos” ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (confr. Fallos: 304:1227 y 1602 y sus citas; 314:1459; 323:3765, entre otros), máxime cuando ellos fueron producto de una determinada actitud procesal válidamente adoptada en su oportunidad” (conf. Fallos: 324:3635, considerando 7 de la disidencia de los doctores Petracchi, Boggiano y Bosert, y 331:2799).

Estas irregularidades detectadas durante la celebración del debate y durante todo el proceso se levantan como indicadores de un “hecho mayor” en el cual habrían participado (en sentido lato) al menos gran parte de los testigos convocados a proceso, tal como surge de sus propias declaraciones, de las irregularidades y omisiones documentales en las que ellos habrían incurrido, en las que sin lugar a dudas como se lleva dicho interviniera el enjuiciado S. y por lo menos el grupo de tareas que presto servicios en la unidad de Colonia Pinto el día 29/07/2013 —restando aún esclarecerse si fueron más los sucesos como los acaecidos en autos y sus protagonistas—.

De ningún modo se pretende reprochar a S. y a sus compañeros de trabajo en el SPF, el hecho de “encubrir” u ocultar su propio hecho ilícito, o el suceso en el cual se consideraría que estos habrían participado, pues en nuestro Derecho Penal, el “auto-encubrimiento” no es delito. De lo que se trata es de resaltar las irregularidades que constituyen maniobras —si se quiere lógicas y naturales, y propias del instinto de supervivencia— que se advierten que se realizan, ordenan o cooperan a realizar, tendientes a evitar

ser descubiertos y posteriormente sancionados por el ilícito develado.

La actitud de los compañeros de función de S., que en calidad de testigos comparecieron al debate, se evidencia como errática desde que, si bien “la confesión es la tentación del culpable”, nadie pretende que cuando se conoce un hecho ilícito un individuo en esas circunstancias, se confiese o se rinda a su suerte (y a las evidencias inculpatorias). Para nada se pretende que esas serias circunstancias, se transformen en los únicos indicios incriminantes, desde que, como se destacara, la salvaguarda de la propia integridad —o de su libertad personal— seriamente puesta en crisis es, si se quiere, el lógico derecho natural de todo individuo.

Pero tampoco se puede relativizar esa legítima actividad precautoria, frente al claro indicio de oportunidad que, obviamente, queda evidenciado de esos actos propios por ellos asumidos, que evidencian de manera circunstanciada un claro intento de coordinar acciones, que se advierten como estériles, conducentes a beneficiar a su superior jerárquico y en ello, obtener también su propio beneficio. Resulta notorio —por ilegítimo— que esa actividad, errática, contradictoria, no creíble, no puede ser utilizada como serios indicios para tener alguna incidencia en la acriminación o el reproche del “encubrimiento” de su propio hecho delictual, pues si se quiere, resultan ser mecanismos de autodefensa y autoayuda oxigenantes para lograr la impunidad querida. Pero ello no quiere decir que —si corresponde— no puedan ser utilizados en comunidad con otros elementos de prueba y en especial con el indicio de oportunidad y los que lógicamente se desprenden de él, para conformar un plexo de cargo a fin de acreditar —y reprochar penalmente— el propio ilícito que se intenta ocultar.

Esa actividad tendiente a ocultar lo que realmente ocurrió, evidenciada por los distintos agentes penitenciarios convocados en autos a prestar declaración testimonial, aparecen diáfananamente exteriorizadas al sostener la supuesta situación de inseguridad que se vivió en el Penal de Colonia Pinto por medio de la “espontánea” pelea que desarrollaron los internos S., D., M., D., F. y C. y al haber desplegado, al mando del Jefe de Seguridad Interna, S., las acciones conducentes a lograr contener ese foco de “indisciplina” para que no se propague al resto de la institución.

Las incongruencias prestadas respecto de las omisiones documentales que se corroboraron en la registración de los episodios acaecidos mediante la pelea desarrollada en la cancha de fútbol, la inexistencia de trámites disciplinarios al respecto, todo ello resulta demostrativo de un errático modo de actuar más propio de una apremiante situación de verse comprometidos con la dinámica emergente de los hechos sostenida

por la acusación, circunstancia que apunala la imputación penal formulada en autos y sienta las bases para la prosecución y profundización de la acusación dilucidada en el marco de este debate tendiente a zanjar otros afectados, responsabilidades y complicidades acaecida en el marco de los hechos sucedidos durante el segmento de la gestión del ciudadano C. G. S., como encargado a cargo de la Jefatura de Seguridad Interna de la Unidad N° 35 de Colonia Pinto del Servicio Penitenciario Federal, sito en la provincia de Santiago del Estero.

Este cúmulo de circunstancias, absolutamente convincentes, concordantes y coincidentes, contradicen sus propios dichos, los que se presentan como al menos cuestionables, y aparecen como hartamente suficiente como para poner en cabeza de S., junto a otros compañeros de guardia al momento de los hechos la coautoría funcional en el hecho materia de acusación principal.

Estos elementos probatorios dan solidez al cuadro de convicción de cargo suficiente, para dar por cierto los hechos imputados por el Ministerio Público Fiscal en el marco de los presentes actuados en orden a la comisión de imposición de vejámenes y apremios a detenidos en concurso real previsto y reprimido en los 144 bis Inc. 3 y art. 55 del CP Argentino. En efecto, la valoración armónica de estos testimonios, conjugada con los restantes elementos de prueba sustanciados en autos apunala esta afirmación en cuanto a las exigencias y padecimientos físicos, psíquicos y morales a los cuales fueron sometidos los internos de la unidad penitenciaria del caso.

Como lo indicáramos, S., su defensa técnica y demás compañeros de Colonia Pinto, procuraron sostener como argumento de defensa y de explicación del suceso por el cual se registra el video de la pelea acaecido el día 29/07/2013, la existencia de un acto espontáneo de indisciplina protagonizado por seis internos, que fue controlado por ellos, quienes actuaron conforme a los protocolos de seguridad para no irradiar ese foco de violencia a otras áreas del penal, y de allí un conflicto de inseguridad interna del penal mayor. No solo niegan el hecho, sino que hacen gala de la pericia desarrollada para sofocar el acto de presunta indisciplina. Nada de esto puede ser colegido de las constancias probatorias de autos. Al contrario, tal como si indicara *“ut supra”* surge del registro audio visual una *“espeluznante”* calma mediante el desarrollo de la escena de pugilato entre los internos que permite escuchar los sonidos exteriores, y en modo alguno una situación de urgencia o emergencia, producto de un acto de indisciplina de internos, que muestre alteración en la gestión de la seguridad de la Unidad Penitenciaria de Colonia Pinto. Del registro audio visual examinado no surgen, se reitera durante el lapso de al menos aproximadamente cinco minutos que

dura la pelea *“pedidos de auxilio”*, *“llamados al orden”*, *“orden de cese de pelea”*, ni ninguna otra expresión que pueda ser entendida en tal sentido, esto es la orden o determinación de dar por terminada de manera más breve posible la escena de violencia que se estaba llevando a cabo. Al contrario trasunta del registro audio visual una llamativa *“pax romana”*, más propia con una hipótesis de control y de organización de dicho episodio de violencia por parte de los encargados de seguridad del penal, que de un espontáneo acto de indisciplina, todo lo cual da la pauta, como se indicara precedentemente, la existencia de un *“modus operandi”* de un sistema de gestión ilegal del recurso humano que merece ser reprochado.

Reiteramos, no debemos perder de vista que de las manifestaciones de los distintos internos convocados en autos se evidencia la participación (sentido lato) en el hecho de al menos los agentes penitenciario A., D., un tal apodado *“G.”*, F., V., los hermanos *“C.”* y R., todos quienes de una u otra manera habrían realizado un aporte en el acaecimiento de los hechos, circunstancia por la cual sus manifestaciones deben ser *“justipreciadas”* conjuntamente con los demás elementos de prueba incorporados en autos, entre los que se encuentran los testimonios de los internos y víctimas de los hechos de violencia, como así también de los registros instrumentales y documentales colectados al efecto.

En el presente caso, el accionar desplegado por S., por cuanto habría constituido un *“mero”* quebrantamiento funcional desplegado solo por el imputado, sin la colaboración o participación (sentido lato) de los demás integrantes de la fuerza de seguridad penitenciaria, más la aquiescencia, tolerancia o cuanto menos el total desinterés por el normal desempeño de la misión funcional encomendada de quien revestía en aquel tiempo el cargo de Director de dicha Unidad Penal, implica violentar las reglas de la lógica, y poner en cabeza del imputado S. un diseño y manejo de toda una organización administrativa que en modo alguno podría desarrollarse sin el acompañamiento de otros funcionarios y agentes públicos.

Así las cosas, entendemos entonces, que el conflicto suscitado en el marco de la presente imputación penal ostenta una aparente dificultad de dilucidación dado que viene precedido de una deficiente ponderación de los hechos y su correspondiente encuadre legal, que ha determinado una deficiente selección de elementos de prueba que redundan en la encerrona en la que a la fecha estamos sometidos, ya que en realidad se trata de dilucidar un suceso *“mayor”* vinculado a una matriz organizacional para cometer ilícitos desplegados en una unidad total, y de la cual habrían participado plurales sujetos integrantes de aquella organización.

De los testimonios de los internos que declararon a lo largo del debate, surge la existencia de una con-

vencia entre S. con otros agentes penitenciarios en el destrato a los internos, como así también la sospecha de ilícitas negociaciones de agentes penitenciarios dentro del Penal.

Como ya se aludiera al inicio de esta exposición, se trata de un supuesto de “violencia institucional”, en el que se encuentra comprometido un modelo de gestión institucional que excede “in peius” la hipótesis de conflicto legal seleccionada por el órgano acusador. No obstante ello, y sin perjuicio de señalar, como ya lo indicáramos, la más ajustada calificación que debería entrañar al conflicto de autos, el que podría redundar en las infracciones a los tipos penales de los art. 210, 89, 90 en función de lo normado por el art. 80 inc. 9 (en abuso de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario), 149 bis (coacciones), negociaciones incompatibles con la función pública; en virtud de la vigencia del principio acusatorio receptado por medio de la sanción e implementación parcial del Código Procesal Penal Federal —Ley 27.063 (T.O.), cfr. Art. 2 del CPPF—, y el criterio establecido por nuestro más Alto Tribunal “in re” Amodio, habremos de respetar la formal imputación sostenida por la representanta del órgano acusador.

VI. Calificación legal:

La imputación formulada en el presente proceso penal vino precedida de un doble ponderación de hechos, mediante los cuales se estimó para el “Hecho 1” como configurativo de los delitos de “incumplimiento de los deberes de funcionario Público” previstos y reprimidos en los art. 248 del CPA, y la comisión en concurso ideal del delito de “imposición de Severidades, Vejaciones o apremios ilegales, art. 144 bis inc. 3 del CPA; y para el “Hecho 2” comprendido en el tipo penal de “imposición de Severidades, Vejaciones o apremios ilegales, art. 144 bis inc. 3 del CPA, mediando sobre ambas conductas un concurso real de delitos, art. 55 del CPA, dada la estimación que realiza la acusación sobre el acaecimiento de distintos hechos.

En tal sentido habremos de sostener que no compartimos esta calificación legal que realiza la parte acusadora dado que tal como hemos sostenido a lo largo de la presente exposición entendemos los hechos como configurativos de una mayor conglomerado de acciones que determinarían una distinta calificación legal, pero en virtud de la elección formulada por el órgano acusador al respecto, nos vemos impedido de avanzar en ella, sin detrimento del derecho de defensa y del involucramiento en la acusación.

No obstante ello, entendemos que el correcto encuadre legal que cabe otorgársele a los hechos dilucidados en autos resultan constitutivos del delito de imposición vejaciones y apremios ilegales a detenidos

previsto en el art. 144 bis, inc. 3 del CPA, calificados por la utilización de violencia y amenazas, dos hechos —conforme la imputación formulada por el Ministerio Público Fiscal— que concurren de manera material conforme la regla del concurso real de delitos, art. 55 del CPA, dada la estimación que realiza la acusación sobre el acaecimiento de distintos hechos. Ello en función de la sanción e implementación parcial del Código Procesal Penal Federal —Ley 27.063 (T.O. 2019)—, que consagra —en esencia— un sistema acusatorio de derecho (conf. art. 2, CPPF) y concretamente lo normado en el art. 307 de esa legislación de forma, y lo dispuesto por la CSJN *in re* “Amodio”: “los jueces solo podrán resolver lo que haya sido materia de debate. No podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores y deberán absolver en el caso en que ambos así lo requieran”.

Relativo al delito de Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público previsto y reprimido en el art. 248 del CPA que se imputa a C. G. S., ello toda vez que desempeñando la función pública en su carácter de funcionario penitenciario y como tal encargado de la guarda y cuidado de las personas privadas de su libertad a los fines de la resocialización, habría omitido llevar a cabo la realización de actos propios de su función y para la cual el nombrado estaba designado, incumplimiento este que más allá del resultado que se vio materializado, implicó una lesión formal al normal desenvolvimiento de la administración pública, y en particular el normal cumplimiento y legalidad de los actos que como funcionario público está obligado a realizar. En efecto, repárese que el bien jurídico protegido por la norma, genéricamente es la Administración Pública, pero específicamente se protege el cumplimiento normal y legal de los actos de los funcionarios públicos. La norma prevé 3 formas típicas (dos comisivas y una omisiva) en las que un funcionario público puede cometer abuso de autoridad: 1) Cuando el Funcionario Público dicte resoluciones u órdenes contrarias a las leyes o la Constitución Nacional, 2) Cuando el Funcionario Público ejecute órdenes contrarias a la Constitución Nacional o las leyes, y 3) cuando no ejecute las leyes cuyo cumplimiento se incumbe.

VI. A) El tipo penal del art. 144 bis, inc. 3 del CPA:

Lo central de esta figura penal radica en que la misma, siguiendo la inteligencia de Ricardo Núñez, y la mayoría de la doctrina, no se trata de la tutela de las relaciones entre la autoridad y un detenido o preso, sino de las que surgen en todo acto de “la autoridad” en presencia del particular cualquiera que sea la ocasión en que se produzca, circunstancia que se podría dar en el supuesto de marras, toda vez que las víctimas de autos vivenciaron su proceso de agresión en un contexto de severa restricción a la autodetermi-

nación, encontrándose alojados dentro del Servicio Penitenciario.

La delictuosidad de la mortificación como ofensa a la libertad individual, no solo existe como circunstancia o modalidad de una privación lícita o ilícita de la libertad personal, sino también como circunstancia o modalidad de cualquier acto que lesione el derecho de los particulares a no ser sujetos pasivos de actos funcionales vejatorios o compulsivos, lo que ya constituye, según la tesis de la ley, un atentando contra la libertad del individuo, que tiene derecho a permanecer libre de esas conductas. (Ricardo Núñez, *Abusos Funcionales Lesionadores de la Libertad Personal*, p. 55, T. V).

Es allí, donde precisamente van a dar lugar las órdenes, las exigencias, los ultrajes y atropellos a los cuales fueron expuestas las víctimas de autos. Lo que la norma penal en estudio revela en trato como vejaciones implican molestias, persecuciones, malos tratos o padecimientos.

Las vejaciones pueden consistir actos humillantes que puedan perjudicar psíquicamente a la persona. Creus agrega que se ataca también la dignidad o el respeto que la persona merece como tal (Carlos Creus, *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Astrea, p. 302). En síntesis, vejar a otra persona significa maltratar, molestar, perseguir a uno, perjudicarlo o hacerle padecer.

Por apremios ilegales hay que entender los rigores que son usados para forzar a una persona a confesar, a declarar algo o a influir en sus determinaciones. El apremio ilegal va más allá que el vejamen, toda vez que lo que se intenta es obtener una confesión o declaración, violando de este modo a todas luces el artículo 18 de la Constitución Nacional. Aclara Solana que: "...en la vejación se busca humillar, en el apremio ilegal se buscará, ilegalmente, una declaración o confesión". Según Aguirre Obarrio, es la acción y efecto de apremiar, y apremiar, en la segunda y tercera acepciones que el diccionario da a este vocablo, es oprimir, apretar, compeler y obligar a uno, con mandamiento de autoridad, a que haga alguna cosa.

La diferencia sustancial con el vejamen, reside en que este apunta principalmente a vilipendiar a la persona y tiene su fin en la humillación en sí misma, mientras que en los apremios la conducta que puede ser vejatoria, persigue que el sujeto pasivo haga o diga algo.

En cuanto a las conductas contenidas en la norma, tenemos que "vejar" implica mal tratar a una persona, molestarla, perjudicarla; y "apremios" refiere a rigor, es que son usados para obligar a una persona a confesar o declarar algo o tener injerencias en sus determinaciones.

Estos elementos se patentizan en el caso de autos. En efecto, el cúmulo de elementos de prueba incorporados al proceso, permiten aseverar la existencia de un grupo de personas entre los que se encuentran el imputado C. G. S., quienes revisten la calidad de funcionarios públicos, dada su condición de integrantes del Servicio Penitenciario Federal, sujetos estos que resultaron como activos en los hechos objeto de la presente investigación, quienes sometieron a un grupo de internos alojados en el Servicio Penitenciario Federal de Colonia Pinto a ilícitas exigencias que constituyeron actos de degradación humana. Estos actos consistieron en obligar a H. G. a cometer una accionar contrario a su voluntad bajo amenaza de ser perjudicado en su avance en sistema de la progresividad o ser trasladado a otras jurisdicción; y obligarlos a llevar a cabo peleas con otros internos con la finalidad de obtener por medio de ellas, mejores calificaciones en sus registro de tratamiento disciplinario para, de esta manera, obtener mejores beneficios tanto adentro del penal, como así también en el proceso administrativo de resocialización.

Estas incursiones en peleas organizadas en dicha unidad penitenciaria acciones por los cuales los internos eran retribuidos con mayores beneficios de trato en dicha unidad penal, o más amplias prerrogativas de libertad, constituyó la instalación de un sistema alternativo de legalidad y de valores, subvirtiéndose aquellos que emergen de los postulados de la ley 24.660.

La mayoría de los testimonios de autos, dan cuenta el acaecimiento de este particular modo de hacer sufrir que se suministró como regla de mensuración de la conducta humana, y las consecuencias que debían padecer quienes decidían no aceptar las condiciones de subsistencia que impartía el imputado S.

Por ello, no queda más que concluir que por medio del accionar desplegado por el aquí imputado y demás integrantes del Servicio Penitenciario Federal, en su carácter de encargados del proceso de tutela, resguardo y reestructuración de personas, desplegaron actos de ilegítima naturaleza, conducentes a mortificar o tornar aún más inhumano el padecimiento propio que ya implica la mera situación de encontrarse privado legalmente de la libertad. Es así que, en tal contexto de vulnerabilidad, si impusieron ilícitos padecimientos psíquicos, morales y físicos, originados en espurias motivaciones lo cual redundando en los efectos contraproducentes que la misma ley de ejecución penal prevé salvaguardar; nos referimos a los procesos de incardinación de valores estatuidos por medio del art. 1 de la ley 24.660, circunstancia que reviste a la conducta enjuiciada del ciudadano S. como flagrantemente digna de reproche penal.

Tiene dicho el Tribunal Máximo de la República Argentina que "...el art. 144 bis, inc. 2, del CP, reprime

al funcionario público que, desempeñando un acto de servicio, cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicares apremios ilegales. Esta descripción, a la que resultan *prima facie* adecuados los hechos de la causa, presupone también un abuso de autoridad, y es de aplicación preferente tanto respecto de la norma común del art. 248 del CP., porque contiene una amenaza de pena sensiblemente más grave que estas últimas... (Fallo: Dino Ricardo Code-martz y Otros, del 3 de marzo del año 1987).

De ello entendemos que por mediar entre ambas figuras un concurso aparente de tipos, por vía del principio de especialidad, la figura del art. 248, en la especie, se encuentra contenida en la previsión del supuesto que ostenta relevancia penal por medio del art. 144 inc. 3 del CPA.

VI. B) Relativo a la figura de torturas:

En el marco de la presente investigación y tal como han quedado establecidos los hechos objetos de investigación, han aparecido distintos testimonios, entre los que se encuentran los representantes de la Procuraduría Penitenciaria de la Nación Lic. A. R. G. y Dr. S. C., como así también la referencia realizada sobre esta figura legal por parte de la Sra. Fiscal de Instancia al momento de realizar su alegato de bien probado, quienes de distinta manera aludieron a la adjetivación o calificación de los hechos vivenciado el día 29/07/2013 como calificables en el delito de “Tortura” lo que determina realizar una breve consideración respecto de ello.

Este reproche que se encuentra previsto y reprimido en el art. 144 ter, quater y quinquies del CP de la Nación y presupone para su configuración, tanto la exigencia normativa del tipo de que el sujeto pasivo se encuentre “legítima o ilegítimamente” privado de su libertad.

Dicha figura legal si bien tiene una cierta vinculación con los modelos legales escogidos como programas de conflictividad aplicables en el caso de autos, aquella figura legal constituye una entidad de criminalidad penal mayor dado el más importante contenido de injusto que ella presupone, la que está dada por una mayor afectación a la dignidad de la persona humana. Al respecto Daniel Rafecas afirma que el tema de la diferenciación con los apremios ilegales es uno de los puntos más difíciles de dilucidar. La idea, afirma, de acuerdo a los textos internacionales, especialmente el de la Convención, es la gravedad. El problema está en qué se considera grave. Y señala: “Solo podemos decir, en homenaje al principio de *lex certa* (que rige más allá de lo aberrante que sea el hecho punible), que allí donde el acto atentatorio de la dignidad haya pasado cierto umbral de intensidad o ensañamiento que lo tornan manifiestamente grave, insoportable a los ojos de la comunidad y de los preceptos constitucionales que la

representan, tal acto encaja sin lugar a dudas en el tipo de Torturas del artículo 144 tercero, Código Penal; su dilucidación, en cada caso en particular, estará en manos del juez, de su criterio...”

Frente a la dificultad de discernir la aplicación de ambas figuras, y en función del temperamento escogido por la representante del Ministerio Público Fiscal, y de los postulados emergentes de la sanción e implementación parcial del Código Procesal Penal Federal —Ley 27.063 (T.O. 2019)— en donde se consagra —en esencia— un sistema acusatorio de derecho (cfr. Art. 2, del CPPF), habremos de estar a la calificación escogida y peticionada como aplicable por el órgano acusador.

No obstante ello, y compartiendo incluso la valoración del MPF respecto de que nada impide corroborar la correspondencia en el caso de autos transgresiones a derechos fundamentales y en ello la incidencia a la afectación de derechos humanos, ya que el tratamiento que recibieron los internos de autos en la unidad de Colonia Pinto consistió en la imposición de tratos crueles, humillantes y degradantes, clasificación esta que se encuentra recogida en documentos de protección a los derechos humanos, que forman parte del sistema americano de protección a los derechos humanos.

Llegados a este punto, y toda vez que del devenir de este proceso ha quedado evidenciado que funcionarios públicos pertenecientes al servicio penitenciario habrían llevado a cabo actos funcionales lesivos para la integridad física de las personas, su honor, dignidad. Por medio de tales actos se habría visto afectada la integridad física y la dignidad de personas que se encuentran a cargo del Estado privadas de su libertad ambulatoria en procesos que procuran ser de internalización de normas, ello mediante acciones realizadas de manera deliberada y sistemática, en virtud de un criterio de gestión ilícita del recurso humano. esta circunstancia que ya fuera ponderada mediante el modo como han quedado calificados los hechos, habrá de ser ponderada objetivamente como un mayor contenido del injusto penal dada la gravedad del mismo, en razón de lo cual se eleva la “justipreciación del injusto” por sobre el mínimo de las escalas penales de las figuras en trato, a lo que se deberá reparar en especial atención al momento del establecimiento de pena.

No obstante el reconocimiento expuesto en cuanto a afectación de derechos contenidos en documentos de protección a los derechos humanos, y en cuanto a la hipotética configuración de los mismos en un ilícito de responsabilidad internacional, es necesario afirmar la distinción de dicha circunstancia con lo que respecta a un crimen de “lesa humanidad”, para lo cual debe estarse a la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con remisión a lo dictaminado por el Señor Procurador General de

la Nación “in re” “Recurso de hecho deducido por Juan Francisco Bueno Alves y Carlos A. B. Pérez Galindo (querellantes) en la causa “Derecho, René J. s/ incidente de prescripción de la acción penal —causa N° 24.079”— de fecha 11 de julio de 2007, a cuyos términos nos remitimos en mérito de la brevedad.

VI. C) Antijuridicidad:

Ahora bien, corresponde analizar el estrato de la “antijuridicidad penal”. En este sentido, cabe señalar que la imputación penal de la conducta enrostrada al imputado S. se presenta como lesiva del ordenamiento jurídico y como tal, causante de “un injusto penal” y constitutivo de “un mal” para la sociedad, dado que no se avizoran en el marco de este proceso —más allá del esfuerzo argumental realizado por la defensa para demostrar ello— la existencia de circunstancias que hayan resultado eximentes de ilegalidad o que resulten permisos, justificaciones o fomento por parte del Derecho, en virtud de algún principio superior que pudiere salvaguardar algún bien jurídico mayor o el principio de coexistencia pacífica, por la cual algunas de las distintas conductas analizadas pudiera resultar fomentada o amparada por el ordenamiento jurídico.

Ya hemos indicado que la alegación a la situación de emergencia y urgencia realizada por S. y su defensa técnica, que habría dado lugar a la necesidad de llevar a cabo los hechos tal como lo realizó y que sustentó en este proceso su exculpación, no configura un supuesto de necesidad que otorgue mandato de legalidad al segmento de acción que resulta relevada por la norma penal, por lo que la misma deviene manifiestamente antijurídica por las razones *ut supra* referenciadas.

Resulta evidente su participación (en sentido lato) activa, en carácter de autor respecto de la figura delictiva que se le endilga, aseveración esta que se evidencia a poco de analizarse su postura exculpatoria. En efecto, el imputado S., como argumento de defensa, procuró sustentar una situación espontánea de indisciplina por parte de los internos que llevaron a cabo las peleas que forman parte de la imputación de autos, extremo este que, del cúmulo de elementos de prueba diligenciados y producidos en autos, quedó palmariamente desbaratado.

Las condiciones personales del imputado de autos, en cuanto surge de su legajo de formación personal una extensa carrera de profesionalización en la fuerza penitenciaria, más la propia estrategia de exculpación escogida, resultan demostrativas de la capacidad de aseguir el valor que emerge del ordenamiento jurídico, frente a la imputación que se le reprocha. En tal sentido, y realizando una valoración paralela en la esfera de lo profano respecto de su conducta, no quedan dudas de que el ciudadano C. G. S. podía captar el disvalor de la conducta atribuida en su contra, como

así también la importancia o valor que dicho accionar y función aportan para la vida social y de la cual el ordenamiento jurídico en general, y la ley penal en particular, resultan herramientas de protección y cohesión social.

Surge así, que mediante el concreto accionar enlaidado a su conducta, por la exteriorización de ella y en las concretas circunstancias en las que quedó establecido que ella se realizó, S. podría haber obrado conforme a Derecho. Sin embargo, se decidió a actuar en contra del ordenamiento jurídico, núcleo del reproche jurídico que en esta oportunidad se le formula y que es configurador de la culpabilidad en su acepción normativa.

Reiteramos, no se advierten en autos causales de justificación, ni se desprenden supuestos de legítima defensa, ejercicio de un derecho, ni estado de necesidad justificante que legitimen la conducta del imputado S. ventilada en este proceso penal.

Vinculado a los ilícitos sobre los cuales se emparenta la “tortura”, los “tratos cueles” “inhumanos” o “degradantes”, por la trascendencia que estos revisten y su expansión de efectos hacia la cultura, deviene necesario puntualizar lo siguiente. La cuestión aquí planteada no está ni de lejos circumscripita solamente al problema de la tortura. Se trata de un tema que hunde sus raíces en la concepción de sociedad que presupone la construcción de todo Derecho, en cuestiones morales como la naturaleza de la fuerza vinculante de la distinción entre el bien y el mal, y que dependerá notoriamente de la postura filosófica de la que se parta en torno de la condición humana, y su atribución de libertad frente al medio social en el cual se desenvuelve.

En tal sentido, se parte aquí de una concepción antropológica del hombre como un ser dotado de capacidad de decisión más allá de lo que el medio exterior que lo rodee fije como pautas sociales a cumplirse. Se parte de la certeza de que los sistemas de normas aplicadas socialmente son convencionales y por ende relativos, se basan en la comunidad que las promueve y por lo tanto, en un mundo pluralista y heterogéneo. Sin embargo, como sostiene Bauman, este relativismo no se puede aplicar a la capacidad humana para distinguir lo correcto de lo erróneo. Esta capacidad viene dada, de la misma manera que la constitución biológica humana, por las necesidades fisiológicas y los impulsos psicológicos. En todo caso, el proceso de socialización (incluso en aparatos de poder) consiste en manipular esta capacidad de distinción entre correcto y erróneo, pero no en su producción (1).

La sustancia de esta capacidad innata en el ser humano configura deberes hacia el prójimo, que prece-
de a todo interés, y tiene bases mucho más profundas

que los mecanismos societales, como las estructuras de dominación o la cultura. Más bien, los mecanismos de socialización comienzan su influjo cuando esta estructura ya está allí (2), pero no pueden hacer desaparecer, por ej., la capacidad para oponerse, escapar y sobrevivir a este procesamiento, de forma que en última instancia, la autoridad y la responsabilidad de las elecciones residen donde lo hacían en un principio: en cada ser humano (3).

“Sabemos...” —afirma Bauman— “...que existe una forma de considerar la elemental condición humana que hace explícita la universalidad de la repugnancia ante el asesinato, la inhibición contra el hecho de producir sufrimientos a otro ser humano y el impulso de ayudar a los que sufren” (4).

Desde esta perspectiva, no hay modo entonces de justificar el cumplimiento de órdenes cuya carga de abyección, de repulsa moral, es ostensible e inocultable.

Es sobre esta base filosófica, antropológica y sociológica que puede sostenerse el paradigma jurídico que impera de modo dominante: un derecho humano fundamental, como es el derecho a no ser torturado, a no ser pasibles de tratos crueles, inhumanos o degradantes, no puede suspenderse ni retirarse nunca, bajo ninguna circunstancia, sin importar la sospecha que recaiga sobre una persona. En efecto, frente a estos hechos, a su abyección, a la gravísima afectación a bienes jurídicos fundamentales, ninguna razón puede eliminar el injusto, ni siquiera el supuesto salvamento de valores considerados superiores, razones de Estado, situaciones de emergencia o de excepción, etc., pues de superarse esta barrera, se perdería para siempre el punto de vista ético social que regula los conflictos entre distintos intereses en pugna en el marco del Estado de Derecho.

Justificar la tortura, los tratos crueles inhumanos, degradantes, constituiría una instrumentalización del hombre, la negación de su condición humana, y solo podría entenderse en el marco de una sociedad en donde el Estado sea considerado un fin en sí mismo, y las personas, objetos sacrificables en su nombre. La tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, no es una violación cualquiera de los derechos humanos, su prohibición está en el núcleo básico de la civilización y la racionalidad. Atenta contra la esencia de la condición humana. Si se abandona su carácter absoluto, antes o después, se estará renunciando inevitablemente a ella. Un Estado no puede combatir a un supuesto delincuente, o repensar la formación de sus fuerzas de seguridad, violando las normas que él mismo ha impuesto para la paz social ya que con ello pierden sustento el respeto a los valores y derechos fundamentales del ser humano cuya preservación ha costado muchas vidas a través de los siglos (5).

En sustento de las afirmaciones precedentes, es menester recordar que la prohibición de la tortura y los malos tratos fueron proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y desde entonces constituye un Derecho positivo internacional no derogable, un Derecho que no admite su suspensión ni siquiera en situaciones de estado de excepción.

Ya desde el origen, el legislador internacional denegó toda posibilidad de justificar el empleo de la tortura. En el Proyecto de Convención para la supresión de la tortura, confeccionado por la Asociación Internacional de Derecho Penal que se reunió en Siracusa, Italia, se rechazó expresamente eximentes tales como cumplimiento de un deber (especialmente relacionado con la obediencia de órdenes) o estado de necesidad para justificar la tortura (6).

De allí, que en el art. 2 de la citada Convención Internacional contra la Tortura se niega eficacia justificante a su imposición bajo supuestas “...circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna, a cualquier otra emergencia pública...” (inciso 2°), así como tampoco “...podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura” (inciso 3°).

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratado internacional vinculante para los Estados parte, aprobado por la ONU en 1966 y preeminente sobre derechos civiles y políticos, en vigencia a partir de 1976, estableció en su art. 7° que no podrá suspenderse ninguna disposición que prohíba la tortura ni los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 4) (7).

Ahora bien, más allá del Derecho Convencional, el reconocimiento de la prohibición de la tortura constituye una norma de Derecho Internacional Consuetudinario y la prohibición es, por ende, una norma imperativa del Derecho Internacional General, vinculante para todos los Estados, sean o no parte en los tratados que contengan la prohibición.

Esta prohibición jurídica universal está basada en el consenso filosófico universal de que hechos como la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes constituyen una práctica repugnante e inmoral, y es aplicable en todas las circunstancias, sin excepción de ninguna clase, y no puede suspenderse jamás, ni siquiera en tiempo de guerra o de emergencia pública.

Lo que los instrumentos internacionales vienen a resaltar de la prohibición universal consuetudinaria ya vigente son “...las razones históricas que han llevado a su actual regulación, la conciencia de que es pre-

cisamente en el marco de supuestos excepcionales cuando los derechos más fundamentales son masivamente violados; y lo injustificable, en cualquier caso, del desconocimiento de la dignidad humana” (8).

Pero ello también se ve reflejado en las leyes y reglamentos, nacionales y locales, dirigidos a regular la actuación de funcionarios policiales y penitenciarios.

Así el art. 9 de la ley 24.660 consagra que “[l]a ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder”.

Y como son los tribunales internacionales los encargados de guiar la interpretación de las cláusulas que integran los tratados internacionales de derechos humanos (9), nada mejor que traer a colación aquí lo que sentenció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el pronunciamiento conocido como “Barrios Altos” del 14/03/2001. Pues allí expresamente consagró la inadmisibilidad de “...el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura...” prohibida —entre otras prácticas aberrantes— por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (10).

Vinculado a la protección de los derechos humanos, la Convención Interamericana precisa, en su artículo 3°, que son responsables del delito de “tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes”: a) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan, y b) las personas que, a instigación de los funcionarios o empleados públicos, ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices. Con fundamento en ese numeral, el delito de “tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes”, requiere la intervención de un funcionario o empleado público, ya sea que actúe como autor material o como autor intelectual, o que incumpla con el deber de impedir el delito pudiendo hacerlo. No se dice expresamente en el texto legal que también puede actuar como cómplice, pero dado que comete el delito si no lo impide pudiendo hacerlo —por la calidad de garante que tiene en virtud de ser servidor público—, es obvio que actuando como cómplice —esto es auxiliando al autor— necesariamente estará incumpliendo el deber jurídico de evitar el delito. En efecto, auxiliar a otro —al autor— a cometer un delito implica que no se está haciendo nada por evitar tal delito, pues incluso se está prestando ayuda para su comisión, y esta deviene de tal entidad que resulta necesaria.

Por ello, y dada la identidad de consecuencias con las que la ley penal conmina tales supuestos de intervención de personas en el delito, en casos como los autos, y en aplicación razonada del derecho convencional vigente, deviene estéril ahondar en discusiones en torno a la naturaleza jurídica de uno y otro protagonista del delito (en el sentido lato), dada la equiparación de la consecuencia penal.

VI. D) Culpabilidad:

En cuanto al estrato inherente a la “culpabilidad” del imputado, creemos que la imputación deviene plenamente reprochable. En este sentido se destaca lo percibido “de visu” durante el desarrollo de la audiencia de debate, se evidencia que el imputado de auto supra referido, en primer lugar poseía la capacidad psíquica para adecuar su conducta conforme al ordenamiento jurídico; de allí que habría podido captar el mandato de legalidad que emerge de la conflictividad penal del tipo legal atribuido a su conducta. Esta circunstancia, la de poseer antropológicamente, tanto por sus condiciones cognitivas y volitivas, la facultad de aseguir, aprehender el mandato prohibitivo de la norma penal, mediante la acción en contrario, el imputado se desentendió del mandato de legalidad que emerge del ordenamiento jurídico. Actuó adoptando una posición de auto referencia o autónoma en cuanto a la ponderación de sus propias normas, actuando bajo su propio estándar normativo, circunstancia por la cual esta conducta deviene manifiestamente reprochable, dado que sus distintos modos de actuar implicaron un manifiesto desinterés por las normas que estructuran y rigen la vida social y el cargo de funcionario que ostentaba, evidenciando así una manifiesta desaprensión para con el ordenamiento jurídico, lo que da sólido fundamento al reproche de culpabilidad.

No podemos dejar de manifestar la circunstancia evidenciada en autos por la cual se puede colegir que el imputado S. en su carácter de Jefe de Seguridad Interna de la Unidad de Colonia Pinto, tenía a su cargo el despliegue administrativo para llevar a cabo con la totalidad de los internos alojados, todos los actos conducentes a lograr el proceso de incardinación de valores o la modificación de patrones de conducta por parte de personas en conflicto con la ley penal.

Ello surge de los postulados normativos estatuidos en la ley 24.660, y en particular en su art. 1 en cuanto a la manda de “...lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.” Sigue el artículo indicado que: “...El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”.

Esta relevante tarea asignada por ley a los funcionarios de seguridad encargados de velar por el cumplimiento de aquella finalidad, fue precisamente la tarea incumplida por el imputado S., quien decidió llevar a cabo actos ilícitos contrarios a aquellos postulados, suscitando, en contraposición a los mandatos de ley, la adopción de otros valores sub-culturales, circunstancia esta que por su relevante rol funcional y por la entidad de los hechos suscitados, eleva la magnitud del reproche.

VI. E) Autoría y participación:

En el caso concreto de marras, entendemos que el imputado S. debe responder en calidad de autor, dado que el nombrado en su calidad de Jefe de Seguridad Interna de la Unidad de Colonia Pinto, ya sea valiéndose de otros agentes funcionales o por directivas por el mismo impartidas, hizo posible el desarrollo de las peleas acaecidas en el campo de deportes de la Unidad de Colonia Pinto y compeler al interno G. a realizar actos bajo amenazas, dando las órdenes administrativas internas para dicho cometido, como así también ganando la voluntad de los distintos internos. Así surge que S. tuvo en sus manos el poder de configuración central del hecho, circunstancia esta que lo ubica en la titularidad del rol de autor del ilícito enrostrado en su contra. (art. 45 del CPA), ello sin perjuicio de las manifestaciones “*ut supra*” aludidas en cuanto a la existencia de una matriz mayor de reproducción de violencia que funcionaba en la Unidad Penitenciaria de Colonia Pinto y de la cual han surgido “complicidades” y “encubrimientos” que habrán de ser dilucidados.

VII. Individualización de la pena:

VII. 1) Consideraciones generales: el análisis tendiente a establecer el quantum de pena aplicable al acusado, con arraigo en las pautas mensurativas, tanto objetivas como subjetivas, constituye el momento culmine del proceso penal y el acto más trascendente del mismo, puesto que conlleva la más grave respuesta que contiene el sistema jurídico en un Estado de derecho. Bajo este paraguas cualquier determinación debe hallarse debidamente justificada y realizarse conforme las prescripciones legales preestablecidas, es decir, bajo las pautas de determinación fijadas por los artículos 40 y 41 de la ley penal, atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes particulares, a la naturaleza de la acción y el medio empleado, la edad, la educación y costumbres de cada uno del mismo, sus conductas precedentes y demás parámetros previstos en el referido art. 41.

En este sentido se ha dicho que “...el sistema argentino (al igual que el alemán) se limita en las disposiciones relativas a la determinación de la pena a enumerar alguno de los posibles factores a tener en

cuenta al fijar la pena, sin pretender agotarlos, y sin establecer de antemano si ellos configuran atenuantes o agravantes, y en qué medida atenúan o agravan la pena. El juez no recibe ninguna directiva explícita que lo guíe en cuanto a cómo deben ser valorados esos factores.” (D'Alessio, A. J. - Divito, M.A., Código penal comentado y anotado, T. I, ps. 422 y ss., Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2011). De ello se desprende que la debida fundamentación que como tribunal estamos compelidos a realizar en la aplicación concreta de la pena nos exija explicar cómo se han ponderado los distintos factores, pautas o circunstancias establecidos en la normativa, es decir, si en el caso concreto fueron valorados en favor (atenuante) o en detrimento (agravante) del imputado.

Independientemente de lo expuesto, importa además destacar que en la determinación del monto de la pena es esencial tener en cuenta los fines de prevención general positiva, como forma de buscar la estabilización del sistema normativo afectado o, si se prefiere, la vigencia de la prohibición de conductas gravemente dañosas sobre aquellos bienes jurídicos esenciales de una sociedad. Ello, con límite en la aplicación de la pena, como justa retribución del acto culpable, respetuosa de la dignidad del ciudadano.

En consonancia a las merituaciones precedentes, corresponde entonces determinar la pena en el caso concreto; empresa esta que abarca la difícil tarea judicial de mensurar la cuantía de la sanción, dentro de los límites legales, o sea, que la pena debe guardar proporción en primer lugar, con el grado de culpabilidad por el hecho cometido y, al mismo tiempo, dicha pena debe ser ajustada a la gravedad del ilícito penal. Lo aquí analizado, supone que se le impone un límite al poder punitivo, el cual deriva del principio de culpabilidad por el hecho. Para ello, se debe partir de la siguiente premisa: la pena es la consecuencia del delito y necesariamente, debe el delito reflejarse en su determinación. Delito y pena, no pueden ser conceptos separados en forma tal, que nada diga el uno acerca del otro, puesto que uno es el antecedente necesario de la otra, y esta a su vez, la consecuencia natural del anterior. Ergo, este Tribunal advierte que la pena se determina conforme el grado del injusto y de la culpabilidad (Zaffaroni, Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte general, T. V., p. 291, Ediar, 1997, Bs. As.).

La doctrina ha sostenido que “el fundamento de la pena, está dado por el ilícito culpable y que la peligrosidad, representa solo un hecho correctivo dentro de un margen de pena ya justificado, ya merecido. A su vez, la peligrosidad, no puede ser entendida como reprochabilidad por un estado peligroso, sino simplemente, como la necesidad de tomar en cuenta al graduar la pena, cuáles serán las consecuencias desde el punto de vista de la prevención especial. Esto, no es más que una aplicación particular del principio de

proporcionalidad: dentro de un Estado de derecho, no es posible lograr una finalidad utilizando un medio que terminará causando más daños de lo que se pretende evitar” (Ziffer, Patricia, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 1 y 2, p. 192 y ss. Ad-Hoc, 1996, Bs. As.).

Tampoco podemos olvidar al esquema de límites que imponen las garantías sustanciales, como las de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, ultima ratio, exterioridad, lesividad, etc. hay que añadirles los límites que también emergen de las garantías procesales como el debido proceso, la defensa en juicio y el principio acusatorio (CSJN, *in re* “tarifeño”, “Cáseres”, “Mostaccio”) que impera en nuestro diseño constitucional y procesal vigente. Con absoluta razón Luigi Ferrajoli nos ha enseñado que las garantías penales y procesales son esencialmente garantías negativas, dirigidas a limitar el poder punitivo en defensa de las libertades individuales (Ferrajoli, Democracia y Garantismo, Ferrajoli, Luigi, Democracia y Garantismo, p. 67, Ed. Trotta, Madrid, 2010; Derecho y Razón, p. 335, Ed. Trotta, Madrid, 2009 —novena edición—.).

VII. 2) Consideraciones particulares:

Habiendo fijado posición respecto a los aspectos generales a tener en cuenta respecto de la fijación concreta de la pena, vamos a detenernos ahora a analizar y sopesar en concreto las pautas de mensuración contenidas en los artículos 40 y 41 del código penal. Para establecer la magnitud del injusto y el grado de reprochabilidad del mismo tomaremos en cuenta:

a) La naturaleza de la acción, los medios empleados, extensión del daño, es decir, los indicadores del grado de afectación del bien jurídico tutelado. En este punto, se evalúa la manera de actuar del acusado con relación al tipo penal.

b) La culpabilidad del acusado, siempre enderezada a la pura culpabilidad del hecho —o sea, del acto—, que es la única constitucionalmente admitida. Hablamos de aquella garantía que nos obliga a establecer además del daño producido el vínculo subjetivo con el autor, ya que no hay posibilidad de adjudicar y consecuentemente mensurar responsabilidad penal allí donde no es posible establecer la capacidad de autodeterminación del sujeto. No se trata de un reproche de su personalidad, sino de determinar a los efectos del reproche de su conducta, la posibilidad de que su personalidad le ha brindado para actuar de modo diferente a como lo ha hecho.

VII. 2.- a) Iniciando el análisis sobre la individualización de la pena que corresponde aplicar en este caso, partimos de la base que C. G. S. no cuenta con antecedentes penales, lo que constituye una pauta in-

soslayable de disminución de su monto dentro de la escala prevista.

Por esta razón, consideramos razonable y ajustado a derecho que la falta de antecedentes haya sido tomada en cuenta por la Fiscalía en sus alegatos, situación que nos desobliga a atenuar más aún la concreta fijación de la pena, pues ello constituiría un doble beneficio respecto de una única causal de atenuación.

VII. 2.- b) En lo que respecta a aquellas condiciones que nos llevan a determinar la pena en coincidencia con la solicitada con la fiscalía, tomamos particularmente en cuenta que el condenado C. G. S., al momento de la comisión de los hechos era una persona de mediana edad, es decir, con experiencia de vida y madurez suficientes que le permitían motivarse conforme a derecho. Específicamente tenía 38 años de edad y además —lo que es más determinante aún— contaba con un alto grado de educación —estudios primarios, secundarios y terciarios completos y cursando la carrera de abogacía—, es decir, tenía un alto grado preparación.

Vamos a hacer un punto aparte aquí para señalar que estos elementos personales en los que reparamos fueron considerados como componentes personales previstos en la ley, pero se lo hace dentro del marco del principio del derecho penal de acto, por cuanto se tratan de datos vinculados con la magnitud del injusto y el grado de reprochabilidad del agente.

Es evidente que una persona madura, con experiencia de vida y debidamente formada, tiene para sí muchas motivaciones para orientar su comportamiento conforme a derecho. Según Zaffaroni, la edad no puede jugar de otra manera que como indicadora del grado de madurez de la persona y del grado de asentamiento de ciertas características de su personalidad, que harán más fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida. (Zaffaroni, E.R. - Alagia A. - Slokar A., Derecho penal parte general, Ed. Ediar, p. 1053).

De todas maneras, a la edad del condenado hay que añadirle un elemento más que debería haber coadyuvado a la evitación de la conducta prohibida y que, precisamente por esa circunstancia, es también tomada como parámetro para la fijación del tope de la pena solicitada por el Ministerio Fiscal. Apuntamos al nivel de preparación del condenado S., quién durante el debate describió, y así quedó acreditado, que se trataba de un funcionario altamente calificado para el ejercicio de su rol dentro del servicio penitenciario, pues ese sofisticado estándar de formación debió servirle como un obstáculo insorteable para la ejecución de los hechos por los que fue acusado, los que, conforme ya se ha valorado en la prueba de los hechos y su participación, quedaron plenamente acreditados en este debate.

Sin querer ser reiterativos estamos compelidos a indicar que su elevado nivel formativo debió destacarlo como profesional cuyo accionar se ajustara no solo a las expectativas normativas que surgían del rol que detentaba dentro del servicio penitenciario, sino también a esas idénticas expectativas resocializadoras que tiene la sociedad en su conjunto y los internos que se encuentran cumpliendo pena dentro del servicio penitenciario. No tenemos duda, en este sentido, que S., dadas sus especiales aptitudes, se encontraba en una calificada posición de custodio de los bienes jurídicos afectados por los delitos, por lo que su determinación a cometerlos y los daños producidos deben serles reprochados como agravante en la mensuración atento a su deber incrementado de protección y con mayor razón cuando está probado que los hechos por los que fue condenado fueron organizados, pergeñados y premeditados por el nombrado (grado de participación).

Si nos apoyamos en la efectiva correlación que tiene que existir entre el grado de reprochabilidad (culpabilidad) del agente y la respuesta punitiva (proporcionalidad), advertiremos que el Sr. S. no solo que pudo comprender la criminalidad de aquello que estaba haciendo, sino que, dada su edad, madurez, experiencia, profesión y especiales conocimientos, esa capacidad de comprensión era calificada y por lo tanto nos impone el deber de acceder al máximo de la pena solicitado por la fiscalía.

VII. 2.- c) Pero esta determinación del máximo solicitado está también avalada por la naturaleza inhumana de las acciones específicas por las que se lo declaró culpable. Sabía que actuaba a sobre seguro. Efectivamente se logra ver, a través de los dos episodios por los que fue acusado y condenado, una matriz donde lo que primaba era la obtención de beneficios a partir del acatamiento de las imposiciones vejatorias u opresivas (apremios), siempre sujetas a amenazas de perder beneficios o ser objeto de un castigo abusivo e ilegal, dispuestas insidiosamente por S.. este conocía perfectamente quienes eran objeto de su ataque: personas en condiciones de encierro institucional cuyas posibilidades de desobedecer las órdenes ilegales —propias del sistema ilegal impuesto por S.— eran de hecho absolutas dado que se hallaban en una condición de vulnerabilidad total.

Hubo, y sobre este punto no tenemos ninguna duda, un manifiesto aprovechamiento de la condición de encierro, aislamiento y necesidad de los internos atacados. Su necesidad estaba atada a su futuro dentro de la institución, esto es, la posible obtención de beneficios o, como contracara de una misma moneda, impedir castigos (traslados a otros penales, informes perjudiciales, etc.) que surgieran a partir de cualquier insubordinación las exigencias abusivas (ilegales) del condenado S..

Los internos no estaban en una posición que les permitiera ejercer su libertad de decidir o no acatar. En definitiva, entendemos que S. actuó a sobre seguro, aprovechándose, cual si se tratara de un rufián y no de un funcionario público limitado por regular cumplimiento de la ley, del estado de indefensión de los internos víctimas propia del debilitamiento que nace del encierro, aislamiento y la desesperación por contar con informes benévolos dentro del régimen penitenciario. Es innegable que la cárcel produce limitaciones en la personalidad de los internos, pero si estas limitaciones además están condicionadas al solo arbitrio de un funcionario autoritario entonces esa debilidad se profundiza.

Reiteramos que ninguna de las víctimas estaba en condiciones óptimas para poder enfrentar las presiones inhumanas y amenazantes impulsadas por el condenado. En este esquema, descartamos la producción voluntaria de los hechos por parte de los internos, tal como se ha dejado entrever, puesto que, en las condiciones en las que ellos se hallaban, cualquier consentimiento se encontraba viciado.

Por otra parte, observamos también la frialdad y el cálculo con el que actuó el incoado. En el debate se habló de pasividad para detener la agresión entre los internos, la realidad de las pruebas mostró que esa pasividad era cálculo, tanto calculó S. que hasta hubo tiempo, lo que fue bien subrayado por la fiscal en su alegato de clausura, para producir desde el vamos (antes del comienzo mismo de las agresiones) un video que registrara aquello que iba a suceder.

Este cuadro de situación nos autoriza a sostener que la penalidad se agrava cuando la naturaleza de las acciones ofensivas consumadas por el agente (el funcionario S. en este caso), además de haber sido fríamente planificadas, disminuyen las posibilidades de defensa de la víctima, lo que bien puede traducirse en impotencia para repeler el aprovechamiento o su propia cosificación (deshumanización).

VII. 2.- d) En cuanto a lo que estrictamente atañe a la extensión del daño y el peligro causados, resaltamos la cantidad y gravedad de las lesiones producidas a diferentes bienes jurídicos, los que van más allá de los bienes protegidos por los tipos enrostrados. Por supuesto que tomamos en cuenta que la imposición de la escala penal in abstracto ya trae insita una ponderación de la gravedad de la afectación del bien protegido, pero en este caso puntual, según nuestro convencimiento, la magnitud del ataque excede a ese estándar prefijado y, por ese motivo, puede ser valorado como agravante en la individualización de la pena a aplicar. Así lo ha entendido la sala IV de la CFPP (autos “Agosti, Carlos J. s/ casación”, 26/04/2007, D. J. 2007-3-640).

Es evidente que en ambos hechos se ha afectado la libertad, como aquella posibilidad de las víctimas de autogobernar sus propias acciones, aun en condición de encierro penitenciario. Sobre el primer hecho no cabe duda alguna de la existencia del ataque, puesto que se lo coaccionó, a manera de vejación, a H. G. a realizar una acción no querida voluntariamente y que, conforme lo señaló en su propia declaración, hasta lo podía poner en peligro.

En lo que concierne al segundo hecho, la gravedad se profundiza debido a la cantidad de ataques ocasionados. En este sentido consideramos que, independientemente que de la calificación de la acusación no surge la existencia de un concurso material de hechos, los daños deben considerarse particularmente por cada uno de los sujetos que fueron obligados a pelarse entre sí (C., S., M., D., D. y F.), produciéndose adicionalmente lesiones en el cuerpo de algunos de ellos (en el caso, por ejemplo, del interno D., sufrió una fractura). Tenemos entonces la producción de un daño a la libertad de cada uno de los internos a lo que hay que sumarle las lesiones sufridas por cada uno de ellos durante esas peleas urdidas por S., quien además controló que efectivamente se concretaran.

Tanto la vejación como los apremios producidos en el primero y segundo hecho tienen una agravante que si bien tampoco fue tomada en cuenta por la fiscal para calificar el delito, sí puede ser considerada al momento de la determinación de la pena. Todos los hechos de maltrato y apriete fueron realizados bajo amenazas de las víctimas de perder beneficios o ser perjudicados en sus calificaciones o, incluso, ser trasladados hacia otro penal.

Tampoco nos resulta indiferente el hecho que los internos tienen solamente indispuesta su libertad ambulatoria, pero no así la libertad inherente a su condición de sujetos dignos. Cada uno de los reclusos víctimas del salvaje ataque producido por S. goza de todos los derechos y garantías que le concede su condición de hombres con capacidad de autodeterminarse, por supuesto que —como ya se dijo— con las limitaciones propias de su condición de encierro.

Recordemos que tanto la CADH, como el PIDCP, reconocen que derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (arts. 5. 2 y 10. 1 respectivamente).

Es necesario traer aquí a colación al Maestro Cordobés, Ernesto Garzón Valdez, cuando nos enseña que: “Los derechos humanos o fundamentales (civiles, políticos y sociales) —que incluyen en lo que he llamado “coto vedado” a las decisiones mayoritarias— forman parte esencial de un diseño constitucional adecuado para lograr la concreción de las exigencias del respeto

a la dignidad humana. Cuando estos derechos tienen vigencia queda bloqueada la posibilidad de tratar a una persona como medio. Su otorgamiento y respeto no es un acto de benevolencia por parte de quien o quienes detentan el poder, sino una exigencia básica en toda sociedad que pretenda ser decente. Por ello, la concesión de estos derechos no se suplica sino que se exige. No cabe tampoco agradecerla sino más bien indignarse cuando tal no es el caso... Cuando se lesiona la dignidad de las personas al negárseles los derechos que todo ser humano puede y debe moralmente reclamar para evitar ser convertido en objeto o quedar animalizado, la caridad o la solidaridad no son recurso adecuados. Si se apela a ellas es porque algo no funciona en el ámbito de la vigencia de los derechos humanos. Andar por el mundo agradeciendo actos de caridad o de benevolencia es andar encorvado dependiendo del talante del ocasional generoso. No deja de ser significativo el hecho de que quien mendiga suela hacerlo con la cabeza gacha, como si quisiera disculpar su existencia y que su vocabulario básico se reduzca a los verbos pedir y agradecer. Por el contrario, el reconocimiento de la dignidad personal es lo que permite andar erguido.

Las garantías jurídicas del respeto a la dignidad humana pueden, por ello, ser consideradas como “categorías del orgullo de ser personas”, como podría decirse parafraseando a Ernst Bloch” (Garzón Valdés, Ernesto, Dignidad, Derechos Humanos y Democracia, en Revista de Derecho Penal, 2009-1, Consecuencias Jurídicas del Delito, ps. 29/30, Ed. Rubinzal Culzoni).

Desde la perspectiva abordada no se puede dejar de valorar como agravante, al instante de justipreciar la cantidad de pena, la conducta insidiosa y vil, atentatoria contra la más elemental condición humana de los internos víctimas, de quién tenía a su cargo el control de los reglamentos carcelarios que, como lo manda el art. 1 de la ley 24.660, tienen por finalidad procurar la adecuada reinserción social de los condenados. Dicha finalidad, además, tiene amparo convencional y constitucional (art. 75, inc. 22°) desde que tanto la CADH (art. 5.4°) y el PIDCP (art. 13.3°). El PIDCP es muy elocuente al respecto “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados.”

Este fin de prevención especial positiva fue destacado sin cortapisas por nuestra CSJN en el caso “Maldonado” (Fallos: 328:4343, ver considerando 23). Allí se sostiene: “Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad este dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) ...exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial.”

Pero, además, la cárcel debe cuidar a sus internos y no mortificarlos (art. 18 CN) y si bien ello justifica la imposición del castigo previsto en el tipo por el cual fue condenado, la extensión del daño permite que sea sopesado adicionalmente como agravante en esta ocasión, pues es inadmisibles que allí se reproduzca la injusticia, se brutalice a los presos, se alimente el rencor entre ellos y se convierta en una máquina alienante que produzca más daño. Como bien lo destaca Vivian Stern, no podemos aceptar que en un futuro lejano las personas que miren para atrás y reflexionen sobre lo que pasa hoy en nuestras cárceles se pregunten cómo pudieron hacer eso a otros seres humanos en nombre de la justicia (Creando criminales, las cárceles y las personas en una sociedad de mercado, p. 195, Ed. Ad Hoc).

Por último, en relación a los bienes jurídicos afectados no podemos desconocer que también se ha afectado la regularidad del funcionamiento de la administración pública y la legalidad de sus actos.

VII. 2.- e) Sobre la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir, ya hemos anticipado en la valoración del probatorio y también en el subapartado b) de esta cuestión (individualización de la pena), asumimos, con la certeza que se nos exige, que está representada por la concepción despótica de considerarse el condenado por encima de los reglamentos, la ley, la constitución y los tratados internacionales sobre la materia (art. 75, inc. 22). Dentro del penal, la ley era él y consecuentemente se motivaba en esa concepción, por cierto, profundamente intolerante, antidemocrática y antirepublicana, para imponer un sistema de valores personal y corrupto, lo que lo autorizaba a aplicar premios y castigos según su propia concepción, lo que no puede ser tomado de otra manera que no sea agravar su situación al momento de la determinación de la pena.

En este sentido, se ha sostenido que “...la futilidad del motivo como reveladora de un alto grado de culpabilidad, en tanto permite apreciar en el sujeto un total desinterés en motivarse en la norma...” (Fleming, Abel - López Viñals, Pablo, Las penas, p. 383, Ed. Rubinzal Culzoni).

VIII. 2.- f) Finalmente emerge como un claro limitante para el tribunal, el impedimento de fijar una pena superior o más grave que la que fuera solicitada por el Ministerio Público Fiscal. Las garantías del debido proceso, la defensa en juicio y, esencialmente, el principio acusatorio que surge del diseño constitucional, nos veda razonablemente lo que autoriza el art. 401 de la ley procesal vigente.

Por lo expuesto se estima justo y proporcional, en concordancia con lo solicitado por la Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal, imponer al con-

denado C. G. S. la pena de tres años y tres meses de prisión e inhabilitación por seis años y seis meses, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de por ser autor penalmente responsable del delito de Imposición de vejámenes y apremios ilegales a internos del Servicio Penitenciario Federal, dos hechos (consignados como primero y segundo) previsto y reprimido por el Art. 144 bis. Inciso 3 del CP, conforme se considera (arts. 12, 26, 29 Inc. 3°, 40, 41, 42 del CP y 531 del CPPN);

VIII. Remisión actuaciones

Finalmente y a los efectos de salvaguardar la garantía del “debido proceso adjetivo”, como su consustancial “defensa en juicio” y la garantía que prohíbe la auto incriminación consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, se pone a disposición piezas procesales pertinentes para remisión a la sede del Ministerio Público Fiscal, a los efectos de que se evalué la adopción de un temperamento requirente en contra de los nombrados M., O., A., D., R., E., L., F. y C., en orden a la valoración aquí desarrollada.

Respecto de los testimonios de los agentes penitenciarios de la Unidad N° 35 y toda vez que los mismos, del cuadro probatorio desarrollado en autos, se erigen coordinados en sostener el acaecimiento de los hechos de un modo distinto al configurado por este Tribunal durante el desenvolvimiento de la presente acción penal pública, resultando coincidente en consecuencia con la narrativa de los hechos propugnada por la defensa del imputado S., en igual sentido que el párrafo precedente, se habrá remitir copia de los mismos y su remisión al Ministerio Público Fiscal a los efectos de que formule formal requerimiento de imputación penal en orden a la presunta comisión de los delitos de “Encubrimiento” y “Falso Testimonio”, previstos y reprimidos en los art. 277 y 275 del CP de la Nación, en orden a las consideraciones de hecho y de derecho aquí desarrolladas.

Por lo que el Tribunal resuelve: I. No hacer lugar al planteo de nulidad deducido por la defensa técnica del imputado, conforme se considera (Art. 166 y ccdtes. del CPPN); II. Condenar a C. G. S., DNI ..., de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de tres años y tres meses de prisión e inhabilitación por seis años y seis meses, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de imposición de vejámenes y apremios ilegales a internos del Servicio Penitenciario Federal, dos hechos (consignados como primero y segundo) en concurso real, previsto y reprimido por el Art. 144 bis, Inciso 3 del CP, conforme se considera (arts. 12, 26, 29 inc. 3°, 40, 41, 42, 55 del CP y 531 del CPPN); III. Poner a disposición del Ministerio Público Fiscal las actuaciones en relación a la totalidad del perso-

nal perteneciente al Servicio Penitenciario Federal de Santiago del Estero, que cumplió funciones en los días en que ocurrieron de los hechos descriptos autos (hechos uno y dos) por la posible comisión de delitos perseguibles de oficio. IV. Diferir, para el momento en que se encuentre firme la sentencia, por vía incidental y previo consentimientos de las víctimas en autos, el tratamiento de las reparaciones requeridas por el Ministerio Público Fiscal, con las debidas vistas a los organismos correspondientes según el caso. V. Diferir la regulación de honorarios profesionales del Dr. Enrique Troncada para su oportunidad. VI. Comunicar la presente sentencia al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y al Servicio Penitenciario Federal. VII. Protocolícese, hágase saber. — Juan C. Reynaga. — Enrique Lilljedahl. — Mario E. Martínez.

(1) Cfr. Bauman, Zygmunt: *Modernidad y Holocausto*, trad. de Ana Mendoza, Ed. Sequitur, Madrid, 1997, pp. 242-243.

(2) Ídem, p. 249.

(3) Íbidem, p. 243.

(4) Íbid., p. 251.

(5) “Nada legitima al Estado a atacar por su parte la dignidad humana del que se presume delincuente porque su superioridad moral frente a este reside, precisamente, en que no utiliza los mismos medios [...] no se ubica a su mismo nivel” (cfr. Roxin, Claus, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, trad. de Justa Gómez Navajas, en NDP, 2004/B, Del Puerto, Bs. As., 2004, p. 553).

(6) Cfr. Maqueda Abreu, p. 471.

(7) Además, estipula normativas vinculadas a la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos (art. 2°), el derecho a la vida (art. 6°), el derecho a la libertad y seguridad de las personas (art. 9°), el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente y con el respeto debido a la dignidad humana (art. 10°) y el derecho a un juicio justo (art. 14°).

(8) Cfr. Rodríguez Mesa, p. 18.

(9) CSJN *in re*: “Girolidi”, Fallos: 318:514, entre muchos otros.

(10) Corte IDH, caso “Chumbipuma Aguirre y otros d. Perú”, más conocido como “Barrios Altos”, sentencia de 14/03/2001, par. 41. Ver asimismo la Interpretación de la Sentencia de Fondo, Art. 67 de la CADH, del 03/09/2001.

ABUSO SEXUAL MEDIANTE VIOLENCIA

Supervisor que manoseó a una mujer que prestaba servicios de limpieza en un hospital. Ponderación de la prueba. Sentencia condenatoria. Diez meses de prisión en suspenso.

1. — La sentencia que condenó por el delito de abuso sexual mediante violencia a un hombre que, en su calidad de supervisor, llamó a una mujer que prestaba servicios de limpieza en un hospital a un sector sin cámaras de seguridad y la manoseó en los pechos y glúteos debe confirmarse, pues, una vez establecida la fiabilidad del testimonio de la víctima, si a ello se aúna un cuadro cargoso como el reseñado, si se descarta además la posibilidad de tratarse quien denuncia de una persona fabuladora o la existencia de animosidad para con el imputado, se logra entonces reunir elementos que evaluados de manera integral refinan el plexo probatorio y alcanzan a sustentar un pronunciamiento condenatorio.

2. — No es posible demandar de la víctima de una agresión sexual que segundos después del evento traumático narre lo acontecido con una identidad terminológica milimétrica, ni menos aún que reitere a los distintos testigos en su integridad cada uno de los detalles del ataque recibido. Tampoco lo es achacarle ligeras deformaciones en el relato por terceros producto de haber sido transmitido de boca en boca, cuando en lo que atañe a su propia narración, en momento alguno evidenció contradicciones. Se trata de matices que no perjudican la credibilidad de la víctima, ni la pertinencia y razonabilidad de aquello que *ella* ha dado por cierto.

CNCasCrim. y Correc., sala II, 02/06/2021. - V., L. A. s/ abuso deshonesto.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/65761/2021]

Expte. n° CCC 047772/2011/TO02/CNC001

Buenos Aires, 2 de junio de 2021.

Resulta:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 18 de esta ciudad, con la actuación unipersonal del juez Pablo García de la Torre, en lo que aquí interesa resolvió: “I. CONDENAR a L. Á. V., de las demás condiciones personales obrantes en autos, por ser autor penalmente responsable del delito de abuso sexual mediante violencia, a la pena de DIEZ MESES DE PRI-

SIÓN EN SUSPENSO Y COSTAS (arts. 26, 29 inc. 3°, 40, 41 y 119, primer párrafo del Código Penal y 400, 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)."

II. Contra esa resolución, la defensa oficial del imputado interpuso recurso de casación, que fue concedido y oportunamente mantenido ante esta instancia.

III. La Sala de Turno de esta Cámara le otorgó a la presentación de la parte el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

IV. Luego de resultar sorteada esta Sala II para intervenir, en el término de oficina el defensor ante esta instancia amplió los fundamentos ¿¿ cfr. art. 466, CPPN.

V. Superada la etapa prevista por el art. 468, CPPN, tuvo lugar la deliberación (culminada a través de medios digitales), tras lo cual se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Considerando:

El doctor *Morin* dijo:

1. Motiva la intervención de esta Sala la impugnación efectuada por la defensa oficial del imputado V. en los términos del art. 456, inc. 2°, CPPN, respecto del decisorio del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 18 de esta ciudad, que condenó al nombrado a la pena de diez meses de prisión cuya ejecución se dejó en suspenso, por considerarlo autor del delito de abuso sexual mediante violencia (cfr. art. 119, primer párrafo, del Código Penal).

Es dable recordar que para así decidir el juez de la anterior instancia tuvo por probado que: "el día 26 de noviembre de 2011, a la 1:45hs aproximadamente, L. Á. V. abusó sexualmente de E. J., mediante el manoseo en los pechos y glúteos de la nombrada, haciéndose tocar su pene por aquella, en el sector "medicina familiar" sito en el primer piso del Hospital Italiano, ubicado en la calle Gascón 450 de esta ciudad.

En efecto, el día en cuestión la damnificada realizaba tareas de limpieza en la planta baja del citado hospital, cuando recibió un llamado a su radio Nextel de parte del acusado, que era su supervisor, quien le solicitó que se presentara en el sector "medicina familiar".

La damnificada se dirigió hacia ese sector y al llegar advirtió que la oficina estaba con la luz apagada y la puerta entreabierta, no obstante lo cual ingresó y al intentar encender la luz, el encartado que estaba en su interior le dijo que no lo hiciera a la vez que se la abalanzó abrazándola, tacadole sus pechos y glúteos por sobre las ropas al tiempo que la besaba y le hizo tocar su pene.

La nombrada J. forcejeo con V., sacándose de encima para salir presurosa de dicha oficina'.

1.1. La recurrente tachó de arbitraria la valoración de la prueba efectuada por el a quo a fin de dar por acreditada la citada plataforma fáctica, vicio que a su parecer habría derivado en la paralela vulneración del principio de inocencia y su derivado *in dubio pro reo* (arts. 18, CN, y 3, CPPN).

Objetó que la declaración de J. fuera suficiente para alcanzar certeza con relación a la efectiva ejecución del acto por V. y para cimentar el pronunciamiento de condena (cfr. arts. 398 y 404, inc. 2, CPPN).

Amén de reconocer la posibilidad de que un determinado hecho pueda ser probado mediante un testimonio único, esgrimió que en el caso el relato de la nombrada no habría sido analizado con rigurosidad ni confrontado adecuadamente con las evidencias restantes y, en particular, con algún elemento de convicción objetivo, ajeno a la mera apreciación de los sentenciantes, que tuviera virtualidad para vencer la duda. Adujo que ello se torna exigible en estos supuestos, máxime cuando en el caso la única testigo guarda interés en el resultado de la causa. Citó jurisprudencia en apoyo de su posición.

Añadió luego que pese a (presuntamente) haber tenido lugar los eventos en un lugar reservado, había otras personas en las proximidades realizando sus actividades de rutina que nada oyeron, aun cuando se trata de un espacio caracterizado por el silencio y J. dijo haber gritado. Subrayó que los restantes deponentes no solo se limitaron a narrar lo que les fue referido por aquella, sino que lo habrían hecho de manera disímil entre sí y con el relato de la propia víctima.

Reparó en ese sentido, a modo de ejemplo, en que la testigo S. manifestó que la damnificada dijo que el imputado la llamó y había querido "avanzar sobre ella", sin hacer mención a manoseos u otros actos.

Los deponentes C. y B., por su parte, declararon que J. les transmitió que el encausado la habría encerrado, cuando aquella no aludió a este extremo, sino que mencionó que V. se le "abalanzó" y no le permitió encender la luz.

Destacó que, de otra parte, el testigo R. —cuya declaración fue incorporada por lectura—, apuntó que al confrontar al encartado este predicó su inocencia por lo cual, al igual que la denunciante, mantuvo en todo momento una versión conteste, que para la parte debió haber primado.

Puso igualmente de resalto lo alegado por su defendido en el sentido de que el obrar de J. se habría motivado en su disconformidad con los llamados de aten-

ción que aquel como supervisor le había efectuado, extremo que el tribunal de mérito juzgó no acreditado por no existir constancia de sanciones. La recurrente subrayó que, sin embargo, V. no aludió a reprimendas escritas, sino a haberle realizado advertencias verbalmente en reiteradas ocasiones, incluido el día en el que habrían tenido lugar los hechos aquí pesquisados, con motivo de no haber firmado la planilla de ingreso y encontrarse la denunciante utilizando el celular de manera incesante en horario laboral.

La defensa conjetura que ante el temor de que su asistido informara acerca de estos incumplimientos y en consecuencia ser despedida, J. habría resuelto formular la acusación que derivó en las presentes actuaciones.

El representante del imputado reparó también en los llamados telefónicos que esta última dijo haber recibido por parte de su supervisor fuera del horario laboral, en varias ocasiones ante la presencia de su entonces pareja B., lo cual este último ratificó. Señaló que, no obstante ello, fueron probados documentalmente tan solo cinco intercambios telefónicos, todos de muy breve duración y en horario laboral, lo cual revelaría la falta de credibilidad del testimonio de J.

Añadió que si bien la perito N. le otorgó verosimilitud a su relato, en el debate explicó que se trata de un concepto teórico, de una valoración o impresión, que para la defensa no puede constituir la certeza que una condena reclama, ni aun bajo los más laxos parámetros y de amplitud probatoria que guían la valoración en supuestos como el aquí investigado.

Solicitó, en consecuencia, la absolución de su asistido.

1.2. En el término de oficina, el defensor Claudio Martín Armando mantuvo los agravios y fundamentos expuestos en el recurso oportunamente interpuesto por su colega de la anterior instancia, e insistió en que un análisis razonable, conglobado y coherente de la prueba debió haber conducido a afirmar la inocencia de su pupilo, por estricta aplicación del principio in dubio pro reo.

En esa dirección citó doctrina, y trajo a colación tramos del voto del entonces juez Niño en el precedente “Pinto” de esta Sala II (Reg. n° 672/2016), respecto del cual a su vez recordó lo expresado por el colega Sarabayrouse en el sentido de que “no basta con que el juez de mérito se convenza de la efectiva realización de un hecho sino que, además, debe justificar racionalmente esa convicción, de tal forma que excluya cualquier vacilación”, criterio al que adherí y que, por cierto, no es posible más que compartir.

Al igual que el defensor de la anterior instancia, resaltó que la condena reposa de manera prácticamente exclusiva en los dichos de J., que presentan divergencias con los de la testigo S. quien, además, mencionó que “nunca había tenido inconvenientes con V., quien siempre la había tratado con un respeto total, tratándola de ‘usted’, así como ellas lo trataban a él”, y que había trabajado con aquel tres o cuatro años, siempre en el turno noche (cfr. fs. 432).

Reiteró también la supuesta discordancia entre el relato de la damnificada y el de B. apuntada en la presentación primigenia, y agregó que el testigo C. sostuvo que el vigilador (P.) le había referido que una chica había dicho que V. “la había encerrado en una habitación”, no obstante lo cual de ningún tramo de la deposición de J. emerge el dato del encierro.

Insistió asimismo en la falta de acreditación de los presuntos llamados extralaborales que el encartado le habría efectuado a la nombrada, conforme a lo referido por esta. Postuló que ello desvirtúa la calidad y veracidad de su testimonio.

Acto seguido citó doctrina y jurisprudencia relativa a la arbitrariedad de sentencia, a las exigencias que pesan sobre el análisis de un testigo único, y al estándar probatorio para supuestos de violencia sexual.

Recordó por último lo expresado por su asistido en cuanto a que J. “hacía dos meses que había entrado a trabajar al servicio del Hospital Italiano, pero que había pasado más tiempo enferma con parte médico que trabajando. Que un día se había accidentado y, sin comunicárselo a él que era el encargado, se había dirigido a la ART. Que él pasaba las faltas y a los tres o cuatro días se había enterado. Que le habían dicho que J. había sentido un dolor en la columna limpiando con una máquina. Que posteriormente el dicente le había dicho que tenía que avisar dado que él como encargado debía dar parte a la empresa. Explicó que después de eso J. había vuelto a faltar, y él le había dicho que si seguía faltando iba a tener que pedir que le trajeran a otra persona. Que en esos dos meses que había trabajado con ellos, J. había faltado fácilmente diez días”. Dijo así también que “cuando faltaba, algunas veces llevaba justificativo pero otras no. Que las veces de la ART habían tenido justificativo, pero otro día él la había llamado y J. le había dicho que el marido le había llevado a los chicos, sin presentar justificativo alguno”, y que “el día de la denuncia J. había llegado tarde y se había ido directamente, sin avisarle, a Plan de Salud. Que él le había dicho que fuera a Medicina Familiar y que cuando terminara fuera a limpiar el patio y el Policlínico”.

Arguyó que si bien la sentencia repara en la ausencia de pruebas respecto de las “observaciones” efectuadas por V. a J., tales como un registro de sanciones, al

presentarse un escenario de dichos contra dichos, la determinación del a quo habría invertido la carga probatoria y contrariado el principio de inocencia, el derecho de defensa en juicio y las reglas del debido proceso legal (arts. 18 y 75, inc. 22, CN; 8.1 y 8.2, CADH; 14.1 y 14.2, PIDCyP). Ello así, por cuanto habría asignado menor valor a lo expresado por su pupilo, pese a que la narración de la denunciante no fue conteste en sí misma, ni en relación con los restantes testimonios.

Concluyó que la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba y el in dubio pro reo imponen que se case la sentencia recurrida y se dicte la absolución de su asistido, lo que así reclamó.

2. Los cuestionamientos reseñados se dirigen a impugnar la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de juicio a fin de tener por acreditada la acusación que pesa sobre V., sin perjuicio de que, en el supuesto de verificarse, puedan reconducir a la vulneración de garantías de carácter sustantivo.

Reiteradamente he señalado que los lineamientos trazados por la CSJN en el fallo “Casal” (Fallos: 328:3329) exigen extremar el examen en esta instancia, evaluación de la que en principio quedan exceptuadas las circunstancias fruto de la intermediación y la oralidad por su carácter único e intransferible. Dada la condición revisora de la Cámara, empero, no es dable efectuar un estudio autónomo de las constancias del juicio, sino atender a la justeza y suficiencia de la respuesta brindada a la recurrente por el a quo, que aquí se impugna.

Así, a fin de validar la atribución que se formula al encartado, el juez García de la Torre ponderó centralmente la declaración brindada por la víctima. En el debate J. narró que al momento de los hechos trabajaba para la empresa de limpieza “Los Soles”, que brindaba ese servicio en el Hospital Italiano. Contó que ese día se encontraba limpiando la sala de recepción ubicada en la planta baja, cuando V. la llamó por radio y le dijo que fuera al sector de medicina familiar, que se emplazaba en el entrepiso. Indicó que al ingresar la oficina se encontraba sin luz, y que cuando intentó encenderla el acusado le dijo que no lo hiciera y se le abalanzó, tocándole los genitales y los pechos por debajo de la ropa, quiso besarla y le hizo tocar con una de sus manos su pene. Explicó que tras forcejear logró salir de la situación y se dirigió al sitio en el que se hallaban sus compañeras M. S. y L., en el sector consultorios de atención. Preciso que al verla llorando le preguntaron que le había ocurrido, y que les contó, para luego llamar a su ex pareja, L. B., quien le dijo que se comunicara con el 911. Añadió que también le transmitió lo acontecido a una persona de seguridad que se cruzó en el patio, que la llevó ante el supervisor, a quien a su vez le narró lo que había pasado con V.. Aclaró que nunca tuvo problemas laborales con este último, que a veces la llamaba fuera del horario

laboral y le hablaba de cualquier cosa, que muchas de esas llamadas las recibió delante de B. Señaló que V. la habría hecho ir al sector de medicina familiar porque ahí no existen cámaras de filmación.

La sentencia realiza luego un repaso del testimonio de C. S., quien en la audiencia dijo que era compañera de trabajo de la damnificada, y que el día de los hechos pesquisados J. le contó a otra compañera, M. S., que V. se le había abalanzado en el sector de medicina familiar, lo cual se corresponde con lo declarado por la víctima. Agregó que la vio muy nerviosa y que creía que después J. se había ido con una persona de seguridad, aspecto también coincidente con lo expresado por la denunciante. Finalmente, requerida para esclarecer el punto, precisó que ella escuchó junto a Mirta lo que contó la damnificada.

V. C., quien también brindó su testimonio, es la persona de seguridad a la que han aludido las declaraciones reseñadas previamente. Refirió en el debate que, en efecto, se desempeñaba como encargado de seguridad de la empresa Falcon S.A., que prestaba ese servicio en el Hospital Italiano, y que el día del suceso pesquisado le avisó del episodio a un vigilador de apellido P. Señaló que entrevistó a J., quien le contó acerca del manoseo por parte de V. en el sector de medicina familiar; puntualizó que estaba llorando y que se la notaba muy angustiada. Reconoció por último el memorándum de fs. 41 como el que labró de mano propia, conforme a las exigencias de la empresa de seguridad para este tipo de casos; indicó que allí volcó el relato efectuado por la damnificada. El sentenciante tuvo en cuenta que el testigo fue confrontado con una expresión asentada en su declaración en la etapa de instrucción (fs. 68 vta.) en punto a que le parecía “raro” el estado de J.; valoró que, sin embargo, en el juicio aseguró que bajo ningún punto de vista quiso significar que mintiera o inventara sobre el hecho.

Al deponer el nombrado C. P., relató que ese día se encontraba en el portón de materiales, cuando vio pasar una chica que lloraba, acompañada por otras dos. Les preguntó qué había pasado y no le quisieron contar, pero reclamaron la presencia del supervisor C., con quien se comunicó; precisó que fue este último quien finalmente habló con J..

L. B., al momento de los hechos pareja de la damnificada, declaró, en sentido conteste con los distintos testimonios que se han ido repasando y que fueron evaluados por el juzgador, que la madrugada del 26 de noviembre de 2011 recibió un llamado de aquella, que estaba llorando, le dijo que le había pasado algo, estaba muy alterada. Narró que entonces fue hasta el hospital y ahí le contó lo que había ocurrido con su supervisor, que la había manoseado en distintas partes del cuerpo.

Por último se oyó en el debate a la licenciada C. N., quien tras ratificar su informe de fs. 165 en cuanto al carácter verosímil del relato de J., explicó que a fin de determinar ese punto se realiza un análisis entre discursos, cotejando los dichos con declaraciones anteriores, que en el caso coincidían, de modo que desechó que existiera fabulación. Dijo haber igualmente detectado que la víctima podía describir el hecho contextualizado en tiempo y espacio con resonancia afectiva acorde con el relato.

En cuanto a las evidencias incorporadas por lectura, el juez del tribunal oral consideró lo expresado por A. P. R. (fs. 67), quien dijo que en esa época se desempeñaba como supervisor general del Hospital Italiano, en donde J. realizaba tareas de limpieza. Contó que al concurrir al nosocomio el 27 de noviembre por la mañana se enteró por boca de la propia J. lo que le había ocurrido con V., y lo narró en términos análogos a los vertidos por aquella en el debate. R. agregó que de inmediato confrontó al imputado, quien le dijo que él no tenía nada que ver y que en la madrugada del 26 de noviembre J. se había retirado del hospital.

Este cúmulo probatorio se complementó con el informe de la Brigada Móvil de Atención a las Víctima de Violencia Sexual, que suscribieron la asistente social A. M. y la psicóloga M., ante quienes la damnificada también narró lo acontecido, una vez más de manera coherente con el modo en el que lo hizo en el juicio (cfr. fs. 7/8).

A ello se añadió el aludido informe de la psicóloga del Cuerpo Médico Forense C. N. de fs. 165/168, donde al igual que en el debate concluyó que en el relato de J. no se advertía tendencia a la fabulación y resultaba verosímil. Como repercusiones socioafectivas la profesional constató: desborde de angustia con propensión al llanto, vivencias de asco, actitud de alerta e hipervigilancia, reacciones evitativas fóbicas, trastorno del sueño, falta de apetito, circunstancias todas ellas compatibles con episodios de victimización sexual.

Ante la contundencia del plexo probatorio precitado, en el marco de su declaración indagatoria el encartado negó la acusación que se le formula. Dijo que J. por defectos en el cumplimiento de sus tareas. En resumidas cuentas, tal como lo hace su defensa ante esta instancia, el inculcado pretendió hacer ver que J. habría inventado los hechos para rehuir de las advertencias por su inconducta laboral.

Al analizar este conjunto probatorio de manera conglobada, el colega del tribunal oral juzgó que resultaba bastante para alcanzar certeza tanto en relación con la materialidad del hecho, como respecto de la responsabilidad de V. por su comisión.

Tuvo en cuenta la particularidad que presentan los casos de abuso, que suelen tener lugar en la intimidad y exentos de la vista de terceros, y la necesidad de allí derivada de evaluar la prueba con un criterio más amplio. Citó jurisprudencia al respecto y recordó que así lo impone la ley n° 26485 de Protección Integral de las Mujeres.

Repasó entonces que en el presente caso se cuenta con un relato único y homogéneo de la damnificada a través de los años y en los diferentes actos de la instrucción y el debate (cfr. actas de fs. 6, 7, 20), que en todos los casos y a lo largo del tiempo J. mantuvo una versión uniforme, que le permitían adquirir convicción acerca de la veracidad de lo denunciado por aquella. Destacó en particular por su coherencia narrativa el acta labrada el mismo día del hecho por el supervisor C. (fs. 41), en la que a pocas horas de ocurrido la víctima efectuó una exposición conteste con las subsiguientes hasta la última en el juicio oral. Trajo a colación a continuación distintos precedentes que refieren a la posibilidad de sustentar la convicción en un testimonio único, bajo determinadas condiciones.

En sentido opuesto a lo esgrimido por la asistencia técnica de V., se realizó en el caso un examen pormenorizado de la declaración de J., en cuanto a su coherencia interna y su solidez, que la caracterizaron a lo largo del proceso. A ello el sentenciante aunó como dato probatorio de importancia la simultaneidad de las manifestaciones de J. con la ocurrencia del hecho que la tuviera por víctima; esto es, que no transcurrieron varios días hasta que formuló la denuncia, sino que lo hizo en forma inmediata, de manera espontánea y sin premeditación, no solo mediante un llamado al 911, también contándose a sus compañeras, al responsable de la vigilancia y a su pareja, con lo cual concluyó que no era posible aventurar que la víctima hubiera inventado la historia con el ánimo de perjudicar al imputado, como sugieren este último y su defensa. Reparó en que no se trata de una circunstancia menor, pues “no estamos en presencia de una víctima que tardara días en exteriorizar el hecho, conducta qué podría dar cabida a la idea que contó con tiempo para construir una historia ficticia y de ese modo tejer una confabulación contra V. Es más, quienes la vieron en el momento manifestaron que estaba turbada emocionalmente, Suarez dijo que la vio “nerviosa”; C. mencionó en el debate que se le acercó “llorando”, lo que coincidió con la visualización que tuvo el vigilador P. al ver pasar a una mujer llorando acompañada de otras dos, engarzando esto con los dichos de B. al que la víctima llamó y aquel notó que J. estaba muy alterada y llorando”. Agregó en ese sentido que incluso durante el recuerdo del hecho en la audiencia de debate, el relato de la damnificada fue interrumpido por el llanto.

Amén de señalar que tampoco una eventual demo-
ra en formular la denuncia hubiera debilitado per se

el testimonio de la víctima, lo cierto es que la evaluación del *a quo* se evidencia sin lugar a dudas como una derivación lógica de la prueba rendida en el debate, ajustada a las exigencias trazadas por la razonabilidad y la sana crítica, que el intento defensorista no logra derribar.

El sentenciante insistió en que a la expresión espontánea de J. y a la coherencia de sus manifestaciones a través del tiempo, se suma el estado emocional reflejado por los distintos testigos, circunstancias que en conjunto impiden avalar que lo denunciado por aquella no hubiera sido genuino. Más aún, la resonancia afectiva se mostró acorde a lo explicado por la experta N.

De otra parte, y en lo que atañe a las observaciones que V. le habría hecho a la víctima, el juez del tribunal oral observó que de la planilla de fs. 249 surgen únicamente las ausencias registradas, pero no así constancia documental alguna de que por ellas o por otras inconductas hubiera sido sancionada, motivo por el cual entendió que no era posible acreditar las alegaciones del imputado. Ante ello sus representantes en esta instancia han puesto de resalto que V. no hizo mención de sanciones escritas, sino de apercibimientos verbales, pero lo cierto es que cualquiera fuera el caso no existen evidencias que logren conmover una acusación probada mediante un caudal probatorio firme, ni que alcancen a opacar la credibilidad de la víctima.

Al igual que lo ha hecho en su presentación recursiva, la defensa aludió en el debate a la buena conducta de V. durante su desempeño laboral; sin embargo, como atinadamente advierte el juzgador, ello no resulta impedimento para que la quebrantara con la comisión del presente acto, toda vez que la conducta precedente de una persona no constituye garantía estricta de que continuará comportándose de igual modo, y el hecho enjuiciado es prueba de ello.

Finalmente, en lo que concierne a los llamados que J. dijo que el imputado le habría efectuado fuera del horario laboral, y que su defensa subraya que no han sido probados, efectivamente el sentenciante tuvo en consideración esta eventualidad; no obstante lo cual valoró que, por un lado, no hace a la prueba directa del hecho juzgado y, por el otro, esto fue refrendado por L. B., quien al deponer ya no era pareja de la damnificada y de cuya veracidad no existían elementos objetivos para dudar. Enfatizó también en que la insistencia de la defensa en punto a que solo habrían sido cinco llamados los efectuados por V. a J., para así desacreditar a la víctima quien refirió que la llamaba en varias ocasiones fuera del horario laboral, “no le quita ni le agrega nada al hecho investigado, ya que precisamente aquellas pudieron ser las llamadas a las que se refirió J. en su declaración, sin que la misma pudiera cuantificar en números concretos cuantas comunicaciones fueron”. A más de compartir la apre-

ciación del *a quo* cabe agregar que “cinco llamados” encuadran en el concepto de “varias comunicaciones” referido por la denunciante y refrendado por su entonces pareja y las constancias documentales, en una relación laboral que, como J. mencionó en su deposición, no alcanzaba a un mes de duración; señaló, en efecto que a la fecha del hecho “no hacía mucho tiempo que estaba en el Hospital Italiano, que no llegaba a un mes”.

Aquí no se trata de “dichos contra dichos” como pretende la recurrente, sino de prueba de cargo categórica que no logra ser contrarrestada por la hipótesis defensorista. Frente a la contundencia de las evidencias colectadas y debidamente evaluadas por el colega de la anterior instancia, la defensa se ha limitado, por lo demás, a aludir ante esta instancia a presuntas divergencias —que no son tales— entre el relato de la víctima y el de los testigos que tuvieron ocasión de oírla momentos después de ocurridos los hechos o que se enteraron del episodio, y depusieron en el debate. No es posible empero demandar de la víctima de una agresión sexual que segundos después del evento traumático narre lo acontecido con una identidad terminológica milimétrica, ni menos aún que reitere a los distintos testigos en su integridad cada uno de los detalles del ataque recibido. Tampoco lo es achacarle ligeras deformaciones en el relato por terceros producto de haber sido transmitido de boca en boca, cuando en lo que atañe a su propia narración, en momento alguno evidenció contradicciones. Se trata de matices que no perjudican la credibilidad de la víctima, ni la pertinencia y razonabilidad de aquello que el *a quo* ha dado por cierto. Ello así, contrariamente a lo que pretende la defensa, por la correspondencia entre la prueba de cargo nodal constituida por el testimonio de J., signado por su coherencia en el tiempo, y refrendado en sus distintos tramos por las restantes declaraciones recibidas en el debate de personas que si bien naturalmente no presenciaron directamente el ilícito, pudieron dar cuenta de los extremos que lo rodearon de manera análoga a lo referido por aquella. A lo expuesto se añade, por último, la verosimilitud del relato de J. afirmada por la experta en su informe técnico y ante el tribunal oral, el informe conteste de la Brigada Móvil de Atención a las Víctimas de Violencia Sexual de fs. 7/8, y el registro de las llamadas anteriormente aludido.

A mayor abundamiento cabe recordar que en cuantiosos precedentes de esta Sala —a los que hago remisión— me referí a la particularidad y al carácter dirimente que tiene el testimonio de la víctima en estos supuestos; tal el caso, por ejemplo, de los fallos “Lamaestre” (Reg. n° 796/2017) y “De Rosa” (Reg. n° 691/2017).

En el mismo orden de ideas, en el caso “La Giglia” (Reg. n° 686/2017), compartí el posicionamiento del

juez Sarrabayrouse con relación a la posibilidad de emitir un pronunciamiento condenatorio con la declaración de un testigo único. Se explicó que nuestro sistema admite esa alternativa bajo determinadas prescripciones, sin perjuicio de lo cual la eventual condena que en esos supuestos recaiga no puede derivar sin más de los dichos de el/la denunciante, sino de un riguroso examen intrínseco de aquellos y de su correlato con evidencias externas que permitan corroborar la hipótesis acusatoria más allá de toda duda razonable, como afirma la recurrente.

Ahora bien, una vez establecida la fiabilidad del testimonio de la víctima, si a ello se aúna un cuadro cargoso como el que ha sido reseñado con precedencia, si se descarta además la posibilidad de tratarse quien denuncia de una persona fabuladora o la existencia de animosidad para con el imputado —como ocurrió en el caso—, se logra entonces reunir elementos que evaluados de manera integral refinan el plexo probatorio y alcanzan a sustentar un pronunciamiento condenatorio.

Las circunstancias mencionadas permiten afirmar que no se encuentra fundada la tacha de arbitrariedad del pronunciamiento, por lo cual voto por rechazar el recurso intentado.

3. En el término de oficina el defensor ante esta instancia petitionó que, para el caso de resolverse el presente de un modo adverso al solicitado por la parte, se exima a su asistido del pago de las costas procesales, en el entendimiento de que “tuvo razón plausible para litigar” y una interpretación contraria aparejaría la violación al derecho de defensa en juicio, al derecho de propiedad — en tanto la imposición de costas importa un perjuicio de carácter patrimonial— y del derecho al recurso (cfr. art. 8.2 “h”, CADH y 14.5 PIDCyP).

Sin embargo, no se advierten ni la recurrente ha dado razones vinculadas con el caso concreto que justifiquen apartarse del criterio fijado por el código de procedimiento penal nacional en su art. 531, que indica que los gastos del juicio deben ser soportados por la parte vencida.

4. En consecuencia, voto por: RECHAZAR el recurso interpuesto por la defensa del imputado L. Á. V. y CONFIRMAR la resolución impugnada en todo cuanto fue materia de agravio; con costas, atento al resultado del presente (arts. 456, inc. 1 y 2, 463, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

El doctor *Días* dijo:

Que adhiero a la solución propuesta, por comparir en lo sustancial los fundamentos expuestos por mi colega Daniel Morin.

Tal es mi voto.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal *Resuelve*:

Rechazar el recurso de casación interpuesto por la asistencia técnica de L. Á. V. y confirmar la resolución impugnada en todo cuanto fue materia de agravio; con costas, atento al resultado del presente (arts. 456, inc. 1 y 2, 463, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

Se deja constancia de que el juez Daniel Morin emitió su voto en el sentido indicado pero no suscribe la presente en cumplimiento de las Acordadas n° 4, 6, 7, 8, 10 y 27, todas del 2020, CSJN, y las Acordadas n° 1, 2, 3 y 11/2020 de esta Cámara; y de que en virtud de la solución a la que arribaron sus colegas, el juez Sarrabayrouse se abstuvo de votar, de conformidad con lo establecido en el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, B.O. 02/10/2017).

Regístrese, comuníquese mediante oficio electrónico al tribunal de la instancia —quien deberá notificar personalmente al imputado—, y notifíquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100; Acordadas 14/2020 CSJN, y 7/2020 de esta Cámara). Remítase la causa oportunamente, una vez concluida la feria judicial extraordinaria (cfr. acordada n° 8/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). — *Horacio L. Días*.

CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ

Defraudación. Legitimación del heredero legítimo.

La plataforma fáctica descripta en la denuncia, a modo de hipótesis, podría constituir una circunvencción de incapaz que, de verificarse, no solo habría perjudicado directamente a la víctima —de 100 años y a quien se habría producido un considerable menoscabo en su patrimonio—, sino también a su sobrina, al verse afectado el acervo que le correspondería de no haber otros con mejor derecho. Es que el heredero legítimo puede resultar particular ofendido, aun cuando al momento de la comisión del hecho solo tuviera un derecho en expectativa [1].

CNCrim. y Correc., sala VI, 31/05/2021. - U., R. M. y otros s/ querellante.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68552/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en “Guichandut, Carlos M.”, 09/04/1987, AR/JUR/1033/1987, sostuvo que el heredero legítimo o testamentario es el “otro” que puede resultar ofendido por el delito de circunvencción de incapaz, en razón de la disminución del acervo hereditario que implicaría el abuso.

CCC 31649/2020/CA2

2ª Instancia. - Buenos Aires, mayo 31 de 2021.

Considerando:

I. Convoca la atención del Tribunal el recurso de apelación interpuesto por los Dres. Roberto Durrieu, Lautaro Elorz y Norberto Nicolás Giletta, contra el punto I del auto del pasado 30 de abril que no los tuvo por querellantes, en representación de G. M. D.

II. Previo adentrarnos en la cuestión traída a estudio, es necesario recordar los sucesos que dieron origen a la investigación y que fueran descriptos por la Fiscalía de la siguiente manera: “se inicia la presente a raíz de la denuncia que realizara G. M. D. ante la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Fuero en calidad de apoderada de su tía la Sra. A. M. D. —de 100 años de edad—, en principio contra R. M. U. y S. F. R. como coautores, y J. P., J. P. y N. J. T. V. S. en calidad de partícipes.

Concretamente, manifiesta que los nombrados resultan ser coautores de una defraudación como consecuencia del desapoderamiento mediante argucias y maquinaciones del único inmueble propiedad de su mandante y del consecuente perjuicio patrimonial que le causaron, plan que habría sido pergeñado por el denunciado F. R. en connivencia con U. y, con el probable auxilio de J. y J. P., y del escribano V. S.

Ello es así, dado que se aprovecharon del estado de su tía, propio de su centenaria edad y del cuadro de COVID-19 que cursaba, para convencerla a mal vender su vivienda al irrisorio precio de U\$S 200.000 al abogado y vecino F. R., cuya operación fue suscripta por el notario N. J. T. V. S. En el marco de tal desapoderamiento, el comprador F. R. habría entregado los dólares simulando el pago por la venta, para luego ser guardados en una caja de seguridad que le hicieran abrir a D., con U. como autorizada para el acceso, en el Banco ... —sito en ...—. Al día siguiente de la internación de la víctima, la encartada extrajo el dinero de la mencionada caja, como también realizó extracciones de la cuenta en pesos que tenía D. en la misma sucursal y de la cuenta de la S. M. S. d. V., valiéndose de un poder notarial que le otorgara la anciana D. a

U., con la participación de la escribanía ‘G.’, donde trabajaría J. P.

La denunciante expuso que todos o alguno de los imputados se habrían quedado con el dinero que supuestamente pagó F. R. por ese inmueble, removiendo de ese modo el dinero del patrimonio de su tía procurando finalmente garantizar el ocultamiento de toda la maniobra y asegurar su éxito con la posible muerte de mi tía (dado que fue internada por COVID-19), única entonces legitimada para perseguir criminalmente a los imputados.

Siguiendo con el relato, G. D. expresó que concurrió a la S. M. S. d. V., en donde su tía posee cuenta y notó que entre el día 1 y el 22 de junio del actual, la imputada U. extrajo la suma de \$320.000 y al serle consultado sobre dicho extremo, esta mujer le respondió que tenía anotado en qué lo utilizaba.

Luego de ello, y por ser apoderada de su tía en la cuenta que esta posee en el Banco M., se presentó en la sucursal N° 506, solicitó los últimos movimientos de las cuentas, advirtiendo que se habían realizado numerosas extracciones por cajeros. También tomó conocimiento que con fecha 12 de junio su tía había contratado la caja de seguridad N° ... ubicada en la casa central de la entidad bancaria.

Agregó la denunciante se enteró que su tía tenía COVID-19 positivo al día siguiente de la internación y por dichos de G. P., porque según Ureña su tía no quería que le avisara, como tampoco permitía que el Sanatorio ... le brindara información, porque había presentado su poder de representación.

La mandante expuso que finalmente el día 9 de julio su tía fue dada de alta y al llevarla con su marido C. A. de regreso al departamento, J. P. se negaba a entregarle las llaves, hasta que por temor a que llamara a la policía se las devolvió. Una vez dentro del inmueble, solicitó la presencia de un cerrajero —SA— para que cambiara la cerradura por una nueva, y este le dijo que la misma ya era nueva y recién colocada.

A partir de ese momento, comenzó a visitar a su tía todos los días, y con el correr del tiempo, esta le contó que tenía una caja llena de dólares que N. (U.) se los había robado, como así también dinero y objetos valiosos, que guardaba en su hogar, como ser mexicanos de oro.

Explicó que a raíz de los dichos de su tía le preguntó sobre la procedencia de los dólares, a lo que le respondió que los mismos eran el producido de la venta de ese departamento y que no sabía por qué lo había hecho, pero que el comprador era un hombre bueno que la dejaría vivir allí.

Ante ello, el día 12 de julio convocó a la escribana C. I. para revocar el poder que su tía le había entregado a la imputada y otorgará uno en favor de ella y su esposo A. Luego este concurrió al departamento de portería a fin de pedir las llaves de la caja de seguridad, la tarjeta de débito y el testimonio del poder, siendo atendido por U., quien se negó a lo solicitado.

Aclaró que posteriormente su marido fue increpado por el Sr. J. P. [...].

Al día siguiente hábil fue al Banco ... y solicitó los movimientos de la totalidad de las cuentas de su tía, notando que el día 12 de junio habían depositado U\$S 200.000.

El día 16 de julio pasado, junto a la escribana antes referida se apersonó en la entidad bancaria, y al abrir la caja de seguridad, notaron que la misma estaba vacía.

Ante ello, al revisar el detalle de los movimientos de la caja, constató que el día 22 de junio mientras la damnificada se encontraba internada, la imputada extrajo la suma de \$80.000 de la cuenta de la SMSV, y accedió a la caja de seguridad del Banco ... [...]

III. La plataforma fáctica descripta, a modo de hipótesis, podría constituir una circunvención de incapaz que, de verificarse, no solo habría perjudicado directamente a A. M. D. —de 100 años de edad y a quien se habría producido un considerable menoscabo en su patrimonio—, sino también a su sobrina, G. M. D., al verse afectado el acervo que le correspondería de no haber otros con mejor derecho.

Es que el heredero legítimo —como en este caso— o testamentario pueden resultar particulares ofendidos, aun cuando al momento de la comisión del hecho solo tuviera un derecho en expectativa.

Al respecto, recordamos que el artículo 174, inciso 2° del CP establece que sufrirá prisión de dos a seis años “el que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor de un incapaz, declarado o no declarado tal, ara hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo”.

Se ha señalado que “el otro” a que alude la norma como sujeto sobre quien puede también recaer el daño que la acción de la firma del documento importa es el damnificado por el delito” (ver de esta Sala, aunque con una integración parcialmente diferente, causa N° 55.488/15/1 “Romero, C. L.”, resuelta el 20 de febrero de 2018, donde se citó: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, Parte Especial, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2009, T. 7, p. 384).

Asimismo, que ese “otro” es el sujeto pasivo de la afectación patrimonial que aparece cuando no coincide con el incapaz afectado por la maniobra, siendo innegable que posee carácter de damnificado (ver, de esta Sala, aunque con una integración parcialmente diferente, causa N° 42.841 “Auge, C. S.”, resuelta el 21 de diciembre de 2011, donde se citó a Zaffaroni, Eugenio, “Circunvención o abuso de menores e incapaces”, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 133).

Siguiendo esta línea, resulta aplicable al caso la doctrina que surge del fallo plenario N° 19 de esta Cámara “Guichandut, Carlos María” (del 09/04/1987), en el que se sostuvo que “el heredero legítimo o testamentario es ‘el otro’ que puede resultar ofendido por el delito de circunvención de incapaz (inc. 2°, art. 174, Cód. Penal), en razón de la disminución del acervo hereditario que implica el abuso”.

Entonces, en la medida que de acreditarse la materialidad de la conducta denunciada traería aparejado una disminución del derecho sucesorio que correspondería a G. M. D. —sobrina de A. M. D.— en su carácter de heredera legítima, su pretensión de ser tenida como parte debe ser atendida.

En mérito a lo expuesto, y sin perjuicio de que eventualmente el juez, las intime para que unifiquen la representación de acuerdo con los artículos 85 y 416 del CPPN, el Tribunal resuelve: revocar el punto I del auto del pasado 30 de abril y tener por parte querellante a G. M. D., representada por los letrados apoderados designados a tal fin, quedando sujeta a la jurisdicción, a las resultas del juicio y por constituido el domicilio indicado. Regístrese, notifíquese y devuélvanse las presentes actuaciones al Juzgado de origen, sirviendo lo proveído de muy atenta nota de envío. Se deja constancia que el juez Ignacio Rodríguez Varela, subrogante de la Vocalía N° 8, no interviene en la presente en virtud de lo previsto en el artículo 24 bis del CPPN. — *Magdalena Laíño.* — *Julio M. Lucini.*

PROCEDIMIENTO PENAL

Lesiones leves. Agresión de un hijo a un padre. Procesamiento. Nulidad del requerimiento de elevación a juicio.

1. — El contexto de conflicto preexistente avala —a título indiciario— la hipótesis planteada por la víctima acerca de que fue golpeado por su hijo, de modo que corresponde estimar alcanzado el juicio de probabilidad contemplado por el art. 306 del Cód. Proc. Penal.
2. — En tanto la validez del dictamen emitido por la fiscalía depende de que el procesamiento haya

sido consentido o, en su caso, confirmado por la cámara de apelaciones, se estima configurada una afectación a la garantía de la defensa en juicio (arts. 18 de la CN y 168 del Cód. Proc. Penal). En consecuencia, corresponde declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio formulado por el Ministerio Público Fiscal (del voto del Dr. Divito)

3. — Si el procesamiento ha sido finalmente apelado, se configura una nulidad virtual o tática en función de que aquella requisitoria supone cuanto menos la homologación del auto de mérito positivo por la alzada (arts. 346 y 347 del mencionado digesto adjetivo); además de que se avalaría una improcedente causal de interrupción del curso de la prescripción de la acción penal, extremo que, ciertamente, obra en perjuicio del imputado (del voto del Dr. Cicciaro).

CNCrim. y Correc., sala VII, 28/05/2021. - T., C. A. S/ procesamiento. Lesiones leves.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/80226/2021]

CCC 30822/2018/CA3

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

El doctor *Divito* dijo:

I. Tras analizar los cuestionamientos del recurrente y las evidencias recogidas, se estima que corresponde homologar el temperamento de reproche adoptado en los términos del artículo 306 del Código Procesal Penal.

En tal sentido, se pondera que E. F. T. narró que el 19 de mayo de 2018, aproximadamente a las 20:00 y en circunstancias en que ingresaba a su domicilio, fue sorprendido por su hijo C. A. T., quien lo insultó y le asestó un golpe de puño en el rostro, que provocó que cayera al suelo, donde aquel le aplicó varios puntapiés en el cuerpo.

Agregó el damnificado que logró ingresar a su domicilio y requerir el auxilio policial, concurriendo la inspectora Noelia Soledad Toconas, quien convocó a una ambulancia del SAME que lo trasladó hasta el Hospital ... (fs. 2).

Los dichos de la víctima fueron avalados por el informe médico agregado a fs. 12, en el que se consignó que en el examen corporal se hallaron “excoriaciones en [el] dorso de ambas manos, [la] región malar derecha y [el] arco superciliar izquierdo”, que tenían un día de evolución y se observan en las fotografías glosadas a las actuaciones.

Del mismo modo, en la respectiva historia clínica se detalló que el herido presentaba “aliento alcohólico...traumatismo facial con herida arco superciliar izquierdo pómulo y ambas manos excoriaciones, traumatismo de cráneo sin pérdida de conciencia”, en tanto que el Cuerpo Médico Forense informó que “las lesiones son de importancia leve, con un tiempo probable de curación e incapacidad menor de treinta días a contar de la fecha de su producción”, cuyo mecanismo determinante sería “golpe y/o choque con o contra cuerpo duro” (fs. 60).

Tales constancias permiten otorgar, al menos en esta etapa, mayor credibilidad a la versión del damnificado que a la brindada por su hijo, en tanto pese a que se ha constatado que aquel presentaba aliento etílico al tiempo de llegar al hospital, la diversidad de excoriaciones que padeció desmerece la posibilidad de que hubieran sido provocadas por un tropiezo con juguetes o cuando el causante interpuso sus manos para contener un supuesto ataque de su padre.

Por lo demás, el contexto de conflicto preexistente avala —a título indiciario— la hipótesis planteada por E. F. T. acerca de que fue golpeado, de modo que corresponde estimar alcanzado el juicio de probabilidad contemplado por el artículo 306 del Código Procesal Penal.

II. Sin perjuicio de lo expuesto, se advierte que en el punto IV del auto apelado, se dispuso “notifíquese y, firme que sea comuníquese, y remítanse las actuaciones a la Fiscalía Criminal y Correccional N° 61 a los fines previsto[s] en el art. 215 en función del art. 196 del CPPN”.

Con motivo de ello, el 14 de abril de 2021 la defensa fue notificada del auto de procesamiento de su asistido, en tanto el día 15 de ese mes, es decir, con antelación al recurso de apelación que interpusiera esa parte el 19 de abril de 2021, la fiscalía formuló el requerimiento de elevación a juicio de las actuaciones, que fue incorporado al día siguiente al sistema de gestión “Lex 100”.

Tal acto procesal, que también precedió a la concesión del recurso contra el auto de mérito y la intervención de esta Sala, gravitó en la subsistencia de la acción penal (art. 67, inc. “c”, del CP) con afectación a los intereses del imputado, al interrumpirse el curso de la prescripción mediante una requisitoria de elevación a juicio intempestiva, ya que se presentó antes de que el procesamiento pudiera ser revisado, tal como procuró la defensa al interponer la apelación.

De tal modo, en tanto la validez del dictamen emitido por la fiscalía depende de que el procesamiento

haya sido consentido o, en su caso, confirmado por la cámara de apelaciones (cfr., de esta Sala, causa N° 39.311, “Ochoa, M. A. y otros”, del 22 de septiembre de 2010), se estima configurada una afectación a la garantía de la defensa en juicio (arts. 18 de la CN y 168 del Cód. Proc. Penal).

Cabe agregar que en modo alguno resulta aplicable a este supuesto la manda del artículo 353 del canon ritual, ya que la norma no alude a una eventual apelación sino a los recursos pendientes ante la Cámara Federal de Casación Penal, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, o la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esto es, a los recursos que no revisten carácter ordinario.

En consecuencia, corresponde declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio formulado por el Ministerio Público Fiscal el 15 de abril de 2021.

El doctor *Cicciaro* dijo:

El procesamiento dictado en la instancia anterior debe ser homologado, puesto que en el voto que antecede se han desarrollado acabadamente los fundamentos que permiten compartirlo.

Otro tanto ocurre con la invalidez del requerimiento de elevación a juicio, en razón de su intempestividad y de la inaplicabilidad al caso de lo dispuesto en el art. 353, segundo párrafo, del Código Procesal Penal.

Como lo he sostenido oportunamente, si el procesamiento ha sido finalmente apelado, se configura una nulidad virtual o tácita en función de que aquella requisitoria supone cuanto menos la homologación del auto de mérito positivo por la alzada (arts. 346 y 347 del mencionado digesto adjetivo); además de que, como bien lo señala el juez Divito, se avalaría una improcedente causal de interrupción del curso de la prescripción de la acción penal, extremo que, ciertamente, obra en perjuicio del imputado (de esta Sala, causa N° 39.311, “Ochoa, M.”, del 22 de septiembre de 2010).

Por lo expuesto, esta Sala resuelve: I. Confirmar el auto de procesamiento dictado respecto de C. A. T., en cuanto fuera materia de recurso. II. Declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio formulado por la fiscalía el 15 de abril de 2021. Notifíquese y efectúese el pase electrónico al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de respetuosa nota de remisión. El juez Mariano A. Scotto no interviene por aplicación de lo dispuesto por el artículo 24 bis, *in fine*, del Cód. Proc. Penal. — *Mauro A. Divito*. — *Juan E. Cicciaro*.

REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL FUERO PENAL

Omisión de la firma de la querellante en el escrito de apelación interpuesto contra el sobreseimiento del imputado. Sentencia que declara mal concedido el recurso. Disidencia.

1. — La omisión de la firma de quien debía presentar el escrito no puede ser suplida por la del letrado patrocinante que no ejercía su representación, puesto que cabe reputar a dicho acto como inexistente e insusceptible de convalidación posterior.
2. — Por regla general el patrocinante no está facultado para realizar actos procesales por la querellante que excedan los de mero trámite salvo que actúe como apoderado o invoque y acredite la figura del gestor de negocios prevista en el art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, lo que no ha ocurrido en el presente caso, en el que siquiera fue esgrimida tal posibilidad.
3. — Toda vez que la querella no ha dado razones de por qué ha omitido suscribir la apelación articulada, ni tampoco el letrado ha invocado la figura del gestor procesal (art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) —la que más allá de su procedencia, podría haber sido aludida al momento de interponer el recurso de apelación, justificando algún grave y legítimo impedimento de la parte—, corresponde declarar mal concedido el recurso interpuesto.
4. — A fin de no incurrir en un excesivo formalismo que conllevaría a conculcar los derechos de la querellante, a una tutela judicial efectiva y a recurrir, y pudiendo causar agravio a la parte la decisión cuestionada, toda vez que pone fin al proceso, corresponde, previo a resolver, intimar a los letrados de la querellante para que dentro del plazo de 5 días hábiles de notificado subsane la omisión de la firma de aquella en la impugnación interpuesta, firma que —a fin de resguardar la salud de la parte y su letrado, en tanto contacto interparte motivada en la presencialidad— podrá ser inserta en los documentos en su lugar de residencia —debiendo guardarla— y enviarla por cualquier medio informático al letrado para que este pueda subir las presentaciones electrónicamente al sistema Lex 100 (del voto en disidencia del Dr. Lucero).

CNCrim. y Correc., sala I, 13/05/2021. - F., M. A. s/ sobreseimiento - recurso mal concedido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68518/2021]

CCC 2003/2019/CA1

2ª Instancia. - Buenos Aires, mayo 13 de 2021.

El doctor *Rimondi* dijo:

De la compulsa de las presentes actuaciones advierto que el escrito de apelación no ha sido suscripto por la querellante M. E. F. o, en su defecto, por un apoderado con poder especial, sin que una posterior ratificación pueda suplir tal defecto.

En este sentido, la omisión de la firma de quien debía presentar el escrito no puede ser suplida por la del letrado patrocinante que no ejercía su representación, puesto que cabe reputar a dicho acto como inexistente e insusceptible de convalidación posterior (CNCP, Sala IV, causa N° 2926, “Gatto”, rta. el 15/10/2001; en la misma línea, más recientemente de esta Sala I, causa N° 34.014/2020/7/1, “Vilotta”, rta. el 10/05/2021).

Por regla general el patrocinante no está facultado para realizar actos procesales por la querellante que excedan los de mero trámite salvo que actúe como apoderado o invoque y acredite la figura del gestor de negocios prevista en el artículo 48 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, lo que no ha ocurrido en el presente caso, en el que siquiera fue esgrimida tal posibilidad.

En este sentido, esta Sala con una conformación parcialmente diferente, ha dicho que: “Sin embargo, tras examinar el legajo advertimos que el escrito de apelación carece de la firma del querellante..., motivo por el cual la impugnación deducida debe ser declarada mal concedida toda vez que quien se encuentra habilitado a recurrir es el querellante, mas no el letrado patrocinante de dicha parte (*in re*: cN° 22.848, “Aguirre Saravia”, rta. el 08/03/2004; cN° 23.096, “Meza”, rta. el 10/03/2004; cN° 23.370 “Argañaraz”, rta. el 14/04/2004, entre muchas otras). El letrado patrocinante, como tal, no puede actuar en forma autónoma, a diferencia de quien actúa como apoderado por poder especial, como exige el art. 418, CPPN.

Entonces, toda vez que la querella no ha dado razones de por qué ha omitido suscribir la apelación articulada (...), ni tampoco el letrado ha invocado en esta la figura del gestor procesal (art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) —la que más allá de su procedencia, podría haber sido aludida al momento de interponer el recurso de apelación, justificando algún grave y legítimo impedimento de la parte—, corresponde declarar mal concedido el recurso interpuesto por el Dr..., dejándose sin efecto la audiencia dispuesta en autos (...).” (*in re*: causa N° 70291/14, “Defrancischi”, del 11 de noviembre de 2016).

En consecuencia, considero que corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación deducido por la querella y dejar sin efecto la fecha de establecida para presentar el memorial en los términos del art. 454 del CPPN, para el 17 de mayo próximo.

Finalmente, dada la solución que propongo, el tramamiento de la solicitud efectuada por la defensa (en el escrito presentado el 12/05/2021, a las 15:59 horas), en cuanto peticionó que se rechace, o bien, se tenga por desistido el recurso de apelación deducido por la querella, ha devenido abstracto, lo que así habrá de declararse.

Así voto.

El doctor *Lucero* dijo:

Tal como surge de la compulsa del expediente digital, varias presentaciones fueron realizadas por los letrados patrocinantes Dres. Edith Rojas y Patricio Bochatay, sin haber sido suscriptas por su patrocinada M. E. F., —como ser, el recurso que nos ocupa, y las presentaciones de fs. 372/372 y 400/402, en las que se aportó análisis de la prueba incorporada al legajo y se peticionó que se convoque a los imputados a declarar en los términos del art. 294 del CPPN, entre otros—.

Si bien el Dr. Patricio Bochatay, quien suscribió digitalmente el escrito de apelación, no ha invocado expresamente la figura del gestor de negocios establecida en el artículo 48 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación al concretar dicho acto, lo cierto es que teniendo en cuenta el contexto marcado por la emergencia a raíz de la pandemia de Covid-19 que se encuentra transitando nuestro país desde hace más de un año —que implicó en el pasado que se impusieran restricciones en la circulación de la población para evitar que el virus se propague, destacándose que en la actualidad se han ido incrementado nuevamente los controles a fin de preservar la salud de los ciudadanos—, entiendo que su presentación deben interpretarse como una actuación del letrado patrocinante en calidad de gestor de negocios y, por lo tanto, será admitido el letrado en ese rol.

Bajo esta directriz, no puedo dejar de soslayar que en un primer momento se instauró el aislamiento social preventivo y obligatorio, establecido mediante la ley N° 27.541 y los decretos nros. 260 del 12 de marzo de 2020 y su modificatorio, 287 del 17 de marzo de 2020, 297 del 19 de marzo de 2020, 325 del 31 de marzo de 2020, 355 del 11 de abril de 2020, 408 del 26 de abril de 2020, 459 del 10 de mayo de 2020, 493 del 24 de mayo de 2020, 520 del 7 de junio de 2020, 576 del 29 de junio de 2020, 605 del 18 de julio de 2020, 641 del 2 de agosto de 2020,

677 del 16 de agosto de 2020, 714 del 30 de agosto de 2020, 814 del 25 de octubre de 2020, 875 del 7 de noviembre de 2020, 956 del 30 de noviembre de 2020, y luego se dispuso el distanciamiento social dispuesto a través del 1033 del 21 de diciembre de 2020, 4/2021 del 8 de enero de 2021, 67 del 29 de enero de 2021, 235 del 8 de abril de 2021, 241 del 15 de abril de 2021 y 287 del 30 de abril de 2021, y sus normas complementarias.

Además, el sistema informático de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, denominado Lex 100, no dispone de herramientas que permitan la registración de los particulares para actuar en un proceso, pues esa potestad únicamente la tienen los letrados que han cumplido con una serie de protocolos para operar mediante un usuario, y no se ha informado de la implementación de dispositivos especiales en ese sentido.

Frente a ello, y a fin de no incurrir en un excesivo formalismo que conllevaría a conculcar los derechos de la querellante, M. E. F., a una tutela judicial efectiva y a recurrir, contemplados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros cuerpos legales, y pudiendo causar agravio a la parte la decisión cuestionada (art. 449 del CPPN), toda vez que pone fin al proceso, corresponde, previo a resolver, intimar a los Dres. Edith Rojas y Patricio Bochatay para que dentro del plazo de 5 días hábiles de notificado subsane la omisión de la firma de la querellante en la impugnación interpuesta, firma que —a fin de resguardar la salud de la parte y su letrado, en tanto contacto interparte motivada en la presencialidad— podrá ser inserta en los documentos en su lugar de residencia —debiendo guardarla— y enviarla por cualquier medio informático al letrado para que este pueda subir las presentaciones electrónicamente al sistema Lex 100. Más tarde, cuando la situación sanitaria y epidemiológica lo permita, en clave de la absoluta desaparición de disposiciones restrictivas de circulación y reunión de los poderes ejecutivos local y nacional que puedan dificultar conseguir la mentada firma en original, el letrado deberá hacerse de ese escrito con el objetivo de cumplir con el apartado 5) del Anexo II “Protocolo de Actuación” de la Acordada N° 31/2020 de la CSJN.

De no cumplir con la presentación, bajo estos postulados, en el plazo indicado, se tendrá por no presentada la presente apelación.

Por el contrario, si se cumple con ese paso, concluyo que corresponde ingresar al fondo del asunto a efectos de resolver sobre el sobreseimiento dictado, fijándose la audiencia pertinente.

Así voto.

El doctor *Scotto* dijo:

Ingresando al análisis del recurso apelación presentado solo por el letrado patrocinante, comparto los argumentos expuestos por el doctor *Rimondi* en su voto, por lo que adhiero a su propuesta de declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto, y consecuentemente suspender la fecha dispuesta a los fines del art. 454 del CPPN.

Por el mérito que ofrece el acuerdo que antecede, el tribunal resuelve: I. Declarar mal concedido el recurso de apelación deducido por la querella, contra la resolución dictada el 14 de abril de 2021, mediante la que se dispuso el sobreseimiento de los imputados M. A. Fenoglio y E. J. Tanos, por aplicación de lo dispuesto en el inciso 3°, del art. 336 del CPPN; II. Declarar abstracto el tratamiento de la presentación efectuada por la defensa en su presentación del 12 de mayo de 2021, a las 15:59 horas. Se deja constancia de que el Dr. Mariano Alberto Scotto ha sido designado para subrogar en la vocalía N° 14. Asimismo, que en función de la emergencia sanitaria dispuesta por el DNU 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, las prórogas 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, 235/2021, 241/2021 y 287/2021 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* (en disidencia). — *Mariano A. Scotto*.

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Defraudación por retención indebida. Requisitos. Ofrecimiento económico de reparación del daño. Alcance.

La suspensión del juicio a prueba no exige una reparación integral, porque para eso se encuentra la acción civil resarcitoria que conserva la parte presuntamente damnificada en caso de no aceptar el ofrecimiento realizado. Sería absolutamente desacertado interpretar que la regla que el legislador estableció requiere una reparación, de modo integral, de un daño causado por la comisión de un delito que no se ha comprobado. Lo que el legislador está reclamando es que el imputado, a través de una oferta de reparación del hipotético daño

causado —reparación que, por lo demás, no necesariamente tiene que ser de carácter económico— muestre a través de esta oferta una “voluntad superadora del conflicto” y, precisamente, esta circunstancia es la que el Juez debe analizar a la hora de decidir si la oferta de reparación cumple con la exigencia del tercer párrafo del art. 76 bis del Cód. Penal.

CNCas. Crim. y Correc., sala III, 13/05/2021. - B., F. s/ defraudación por retención indebida.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68818/2021]

Causa N° CCC 76538/2017/TO1/CNC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 13 de 2021.

Los doctores *Magariños y Huarte Petite* dijeron:

Que en la resolución impugnada se consideró como obstáculo para la concesión del instituto solicitado que no se encontraba satisfecho el requisito previsto en el artículo 76 bis, tercer párrafo del CP en punto a la razonabilidad del ofrecimiento económico de reparación del daño.

La cuestión del término “hipotético daño causado” resulta central para determinar si la interpretación del tercer párrafo del artículo 76 bis del CP formulada en la resolución impugnada luce ajustada a lo que la norma establece.

La norma expresamente refiere que “Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente”, siendo esta última parte fundamental para determinar cuál es la interpretación correcta de la regla y, en este sentido, esta Sala ya ha abordado la cuestión en los precedentes “Seminario” (causa N° 29.443/2011/TO1/CNC2, caratulada “Seminario, Carolina y otros/ estafa”, reg. N° 1073/2017; rta. 24/10/2017) y “Adomeit” (causa N° 35543/2010/TO1/CNC1, caratulada “Adomeit, Rainer G. s/ defraudación”; reg. N° 363/2016; rta.: 10/05/2016 - voto de la mayoría). Allí se expresó que debe partirse de la base de que el instituto no exige una reparación integral, porque para eso se encuentra la acción civil resarcitoria que conserva la parte presuntamente damnificada en caso de no aceptar el ofrecimiento realizado. Se sostuvo que interpretar la regla en cuestión en el sentido en el cual se pretende en la decisión cuestionada supone quebrantar el principio de inocencia, al tratarse, como se dijo, de un hipotético daño causado, por la hipotética comisión de un delito.

En consecuencia, sería absolutamente desacertado interpretar que la regla que el legislador estableció requiere una reparación, de modo integral, de un daño

causado por la comisión de un delito que no se ha comprobado.

Lo que el legislador está reclamando es que el imputado, a través de una oferta de reparación del hipotético daño causado —reparación que, por lo demás, no necesariamente tiene que ser de carácter económico— muestre a través de esta oferta una “voluntad superadora del conflicto” y, precisamente, esta circunstancia es la que el Juez debe analizar a la hora de decidir si la oferta de reparación cumple con la exigencia del tercer párrafo del artículo 76 bis del Código de fondo.

En el caso, respecto de la oferta de reparación conviene relevar que los hechos objeto del proceso tuvieron lugar entre fines del año 2017 y principios del año 2018, imputándosele al señor B. la retención indebida de ciertos elementos que ya han sido devueltos o secuestrados, razón por la cual no permanecen estando en su poder.

Asimismo, cabe destacar que el imputado triplicó en una segunda oportunidad el ofrecimiento de reparación inicial y que, si bien se advierte una disparidad entre este y el perjuicio que la parte querellante entiende corresponde en el caso, el conflicto de fondo que subyace es de corte netamente patrimonial, siendo que la suspensión del juicio a prueba no es la instancia pertinente para discutirlo, máxime cuando esa parte mantiene la vigencia plena de la acción civil correspondiente para continuar con ese reclamo.

De esta manera, se advierte una errónea interpretación del *a quo* acerca de qué es lo que la norma ha establecido y, por lo tanto, con base en una ajustada interpretación de lo que la ley determina, entienden que la oferta de reparación ofrecida por el imputado aparece como razonable en los términos que acaban de expresar, razón por la cual corresponde en el caso casar la resolución recurrida y conceder la suspensión del juicio a prueba solicitada.

La doctora *Llerena* dijo:

Que, en atención a la mayoría de fundamentos de los colegas preopinantes, se abstiene de emitir voto en virtud de lo dispuesto en el artículo 23, último párrafo del CPPN.

En consecuencia, esta Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, resuelve: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar y revocar la resolución impugnada y, en consecuencia, conceder la suspensión del juicio a prueba a F. B. por el término de un año y seis meses, término durante el cual el imputado deberá fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato. II. Tener por razonable el ofrecimiento de

\$15.000 (quince mil pesos) en concepto de reparación económica, debiendo el presunto damnificado indicar si acepta o no la reparación ofrecida; sin costas (artículos 27 bis, 76 bis y ter del CP y 470, 530 y 531 del CPPN). Se hace constar que los jueces Alberto Huarte Petite y Patricia Llerena participaron de la deliberación por medios electrónicos y emitieron su voto en el sentido indicado, pero no suscriben la presente por no encontrarse en la sede del tribunal (Acordadas 3/2020, 4/2020, 7/2020 y 11/2020 CNCCC, 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 de acuerdo a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Acordada 27/2020), sirviendo la presente de atenta nota de estilo. No siendo para más, firma el juez por ante mí, de lo que doy fe. — *Mario Magariños. — Alberto Huarte Petite. — Patricia Llerena.*

FAVORECIMIENTO A LA EVASIÓN

Persona aprehendida menor de edad. Atipicidad de la conducta. Sobreseimiento.

1. — Asiste razón a la defensa al sostener la atipicidad de la conducta reprochada al imputado, en tanto un menor no es el sujeto “detenido o condenado” por cuya evasión la norma castiga al funcionario público encargado de su custodia y favoreciere dicho accionar en los términos del art. 281, primera parte del Cód. Penal.
2. — En tanto la facilitación de evasión que se le atribuyó al imputado fue en relación con una persona que, dada su condición de menor de edad —aspecto indiscutido— no podía considerarse que estuviese detenida —ni condenada—, la conducta reprochada deviene atípica.

CNCrim. y Correc., sala V, 07/05/2021. - M. B., N. O. s/ procesamiento.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63611/2021]

CCC 37.386/2017/CA2

2ª Instancia. - Buenos Aires, mayo 7 de 2021.

Considerando:

I. La defensa de N. O. M. B. apeló la decisión adoptada el 27 de octubre de 2020, mediante la cual se dispuso el procesamiento del nombrado en orden al

delito de favorecimiento a la evasión (artículo 281, primera parte, del CP).

Al respecto, la recurrente cuestionó —nuevamente— el procedimiento que culminó con la aprehensión del menor T. G. A. R., respecto del cual proclamó su nulidad.

Luego, planteó la atipicidad de la conducta de su asistido por considerar que el sujeto activo del delito que se le reprochaba debía estar válidamente “detenido o condenado” calificación procesal que, a su entender, no detentaba R.

Por último, adujo que la figura discernida “requiere de la decisión y voluntad del autor de promover la irregular salida de los internos” aspecto que, según sus críticas, no se halla acreditado.

En atención a lo ordenado en el legajo, la defensa presentó a través del “Sistema de Gestión Lex 100” el memorial sustitutivo de la audiencia oral. Por su lado, la representante de la Fiscalía General de Cámara N° 3, solicitó se homologue la resolución impugnada. De este modo, la causa quedó en condiciones de ser reuelta.

II. Los cuestionamientos de la recurrente vinculados con la atipicidad del accionar de su asistido serán admitidos.

Como primera cuestión, cabe destacar que las críticas referidas a la —pretendida— invalidez del procedimiento policial por el cual el menor resultó aprehendido en el marco de la causa N° 36.738/17, del Juzgado Nacional de Menores N° 5, ya fueron analizadas por este Tribunal en ocasión de resolverse la incidencia de nulidad respectiva el pasado 4 de marzo, a cuyos fundamentos cabe remitir.

Es prudente recordar que de las constancias del legajo surge que los oficiales de la policía de la Ciudad de Buenos Aires S. L. E. R. (fs. 145), F. G. S. (fs. 150) y A. Á. V. (fs. 151), acorde a las obligaciones y facultades que les impone el artículo 184 del CPPN, el 19 de junio de 2017 aprehendieron a R., en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, oportunamente valoradas.

También se verifica en el caso que al corroborarse la minoridad del nombrado se dio inmediata intervención al magistrado a cargo del Juzgado Nacional de Menores N° 5, quien dispuso las medidas plasmadas en el acta que en copia luce a fs. 151 vta. (cfr. Ley 22.278).

Asimismo, de las constancias de la causa surge, que, tras la consulta jurisdiccional de rigor, se solicitó una ambulancia del SAME cuya médica a cargo, Dra. G. T., al examinar al menor diagnosticó “control clínico” y se lo trasladó al Hospital General de Agudos José

María Penna (fs. 151 vta.), desde donde, finalmente, habría escapado.

En tales condiciones, tal como se anticipó, asiste razón a la defensa al sostener la atipicidad de la conducta reprochada a M. B. en tanto un menor —como era el caso de R.— no es el sujeto “detenido o condenado” por cuya evasión la norma castiga al funcionario público encargado de su custodia y favoreciere dicho accionar en los términos del artículo 281, primera parte, del CP.

En efecto, desde el punto de vista material, la privación de la libertad es el punto común entre la prisión preventiva de los adultos y la internación de los menores dispuesta en el marco de la ley 22.278 en una institución de régimen cerrado (aun cuando en este supuesto no llegó a concretarse).

Jurisprudencial y doctrinariamente se admite una equiparación *in bonam partem* —limitada a ese aspecto únicamente—, para reconocer a los menores similares garantías procesales que las previstas para el régimen penal de detención de los aquellos (CSJN, Fallos: 328:4343).

Sin embargo, la situación es distinta al momento de tener que evaluar penalmente, frente a la fuga del menor, la actuación de quien lo custodiaba.

Esta circunstancia exige poner el acento en las sustanciales diferencias entre una y otra situación, y aplicar un criterio restrictivo, porque de lo contrario se desembocaría en una interpretación analógica en contra del imputado, prohibida por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En base a ello, en tanto la facilitación de evasión que se le atribuyó a M. B. fue en relación a una persona que, dada su condición de menor de edad —aspecto indiscutido— no podía considerarse que estuviese detenida (ni condenada), la conducta reprochada deviene atípica.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal resuelve: revocar la decisión puesta en crisis y sobreseer a N. O. M. B., de las restantes condiciones personales obrantes en autos, con la mención de que la formación de este sumario no afecta el buen nombre y honor del que gozare (artículo 336, inciso 3°, del CPPN). El juez Rodolfo Pociello Argerich no interviene en la presente en virtud de lo establecido en el artículo 24 bis, último párrafo, del CPPN al haberse conformado la mayoría. Notifíquese a las partes, hágase saber al juzgado mediante DEO y remítase a través del Sistema de Gestión Lex-100, sirviendo la presente de atenta nota. — *Ricardo M. Pinto. — Hernán M. López.*

FACULTADES DE LA VÍCTIMA

Sobreseimiento. Improcedencia del recurso de apelación.

La apelación resulta improcedente, en la medida en que el auto de sobreseimiento no se encuentra comprendido entre aquellas decisiones respecto de las cuales el art. 80, inciso h), del Cód. Proc. Penal, autoriza a la víctima a pedir su revisión —solo se refiere a la desestimación y al archivo—, extremo que se confirma en razón de que la citada reforma operó sobre el art. 180 del citado cuerpo legal, ello es, en relación con decisiones liminares del proceso y no en torno a resoluciones que suponen el desarrollo de la actividad investigativa, como lo es el dictado de sobreseimiento.

CNCrim. y Correc., sala VII, 06/05/2021. - O., M. P. y otros s/ estafa procesal.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/50855/2021]

CCC 55901/2019/CA1

2ª Instancia. - Buenos Aires, mayo 6 de 2021.

En la inspección formal autorizada por el art. 444 del Código Procesal Penal, se advierte que O. M. no se ha constituido como parte querellante.

En tales condiciones, su apelación resulta improcedente, en la medida en que el auto de sobreseimiento no se encuentra comprendido entre aquellas decisiones respecto de las cuales el art. 80, inciso “h”, del CPPN, autoriza a la víctima —que en tal condición, con el patrocinio del doctor Alejo Ezequiel Blanco, articuló la impugnación— a pedir su revisión —solo se refiere a la desestimación y al archivo—, extremo que se confirma en razón de que la citada reforma operó sobre el art. 180 del citado cuerpo legal, ello es, en relación con decisiones liminares del proceso y no en torno a resoluciones que suponen el desarrollo de la actividad investigativa, como lo es el dictado de sobreseimiento —art. 337— (de esta Sala, causas números 10793/2019, “Cornejo, M.” del 11 de abril de 2019, 54.003/2019, “Simón, J.” del 17 de octubre de 2019 y 78.656/2019, “Moran, A.” del 18 de marzo de 2020).

Por ello, la concesión del recurso ha sido errónea (artículo 444 *in fine* del CPPN), extremo que así se declara.

Notifíquese y efectúese el pase electrónico al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de remisión.

El juez Mariano A. Scotto no interviene en aplicación de lo dispuesto por el artículo 24 bis, *in fine*, del Código Procesal Penal. — *Mauro A. Divito. — Juan E. Cicciano.*

FALLECIMIENTO DEL QUERELLANTE

Efectos. Continuación por parte de los herederos universales.

El fallecimiento del querellante, posterior a su legitimación, no extingue la acción ya ejercida. Ciertamente es que el derecho a querellarse es personalísimo del damnificado, pero nada obsta a que, después de ejercido, pueda ser continuado por los sucesores universales de la querelante.

CNCrim. y Correc., sala I, 06/05/2021. - F., J. s/ denegatoria de ser tenida parte querellante.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68806/2021]

CCC 74733/2017/CA1

2ª Instancia. - Buenos Aires, mayo 6 de 2021.

Considerando:

La presente tiene su génesis con la denuncia efectuada por A. J. P., en fecha 12 de diciembre de 2017, quien refirió ser socia de la empresa I. SRL, constituida en el año 1975 por M. M. F. y A. F.

Que en 1995 se modificó estatuto societario, quedando los socios S. G. (33,33%), M. M. F. (23,33%), J. C. F. (23,33%), S. F. (10%) y la denunciante (10%). En dicha oportunidad, se estableció que la dirección y administración de la firma quedaría a cargo de los hermanos M. M. y J. C. F., siendo este último cónyuge de la denunciante, pero que a la muerte de este último —21 de junio de 1996—, todas las funciones quedaron en cabeza del primero de los nombrados.

Que, a partir de ese momento, P., fue relegada en su participación hasta quedar excluida de la empresa, ya que no hubo más convocatorias a reuniones de socios o liquidación de dividendos.

Refiere la denunciante que A. F.— socio fundador de I. SRL— y R. M. I. —empleado de I. SRL— constituyeron una nueva firma denominada N. P. SA, la cual posee idéntico objeto social que I. SRL. Agregó que los únicos socios actuales de N. P. SA resultan ser S. L. y M. H. F., hijos de M. M. F.

A su vez, indicó que la firma I. SRL resultaba titular de la marca “Nivel 10”, pero conforme surgía de los registros del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, INPI, había sido cedida a N. P. SA. La misma suerte corrieron las marcas “N. T. 10”, “15 m.” y “B.”, cedidas a favor de S. L. y M. H. F.

Que el abogado de la denunciante compareció a la sede social de I. SRL junto con su escribano en varias

oportunidades —la primera con fecha 01/07/2016— a los efectos de lograr que le fueran exhibidos los libros y estado contables, resultando infructuoso. Que inició un expediente en el fuero comercial para lograrlo —Expte. N° 27.368/16—, pero el apoderado de la empresa se presentó indicando que se habían extraviado los libros societarios con fecha 15/12/2016.

Concretamente, la denunciante sostuvo que, N. P. SA opera fraudulentamente en lugar de I. SRL, utilizando sus marcas, su inmueble y toda su infraestructura, para obtener las ganancias de su giro comercial de su actividad, sin tener que liquidarlas a los socios de I., lo cual constituye un perjuicio respecto de su patrimonio y que se renueva en cada ejercicio anual.

El 2 de marzo de 2018, A. J. P., fue tenida por parte querellante (cfr. fs. 34, del expediente digital).

Con fecha 14 de diciembre de 2020, J. F., hija de la denunciante, aportó de manera digital un testimonio librado por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 75, en el que se dejaba constancia de que el proceso sucesorio correspondiente a la Señora A. J. P. (DNI N° ...) —fallecida en fecha 9 de noviembre de 2019 en la Ciudad de Buenos Aires— había sido iniciado conjuntamente por sus hijos, J. F. (titular del DNI N° ...), D. F. (titular del DNI N° ...), y por su cónyuge superviviente L. B. (titular del DNI N° ...).

Asimismo, en esa presentación, F., basándose en su carácter de heredera forzosa de P., solicitó continuar con el rol de querellante que oportunamente se le había reconocido a su madre. Sostuvo que la lesión a los derechos patrimoniales de su progenitora, en base a los cuales se le había reconocido la legitimación activa en las presentes actuaciones, resultaban transmisibles por sucesión y, por ende, los sucesores podían continuar el rol de querellantes por la afectación de los mismos.

Por su parte, la magistrada de grado no hizo lugar a tal pretensión porque consideró que J. F. no resultó particularmente ofendida por el hecho ilícito bajo estudio y, en consecuencia, que carece de un perjuicio directo, no resultando suficiente la afectación de un derecho en expectativa que le correspondería por tratarse de una presunta heredera de A. J. P., por lo que su presentación no cumple con los requisitos a los que alude el artículo 82 del CPPN, para ser tenida como parte.

Llegado el momento de resolver, consideramos que los agravios de la recurrente merecen ser atendidos, por lo que habremos de revocar la resolución impugnada.

En efecto, estimamos que el fallecimiento de A. J. P., posterior a su legitimación, no extingue la acción ya ejercida. Ciertamente es que el derecho a querellarse es personalísimo del damnificado, pero nada obsta a que, después de ejercido, pueda ser continuado por

los sucesores universales de la querellante (*in re*: 53.406/18/1 “Baque, R. A.” rta. 14/10/2020).

Con la presentación de J. F., del 14 de diciembre de 2020, manifestó su voluntad de suceder en el rol procesal a su madre.

Que con fecha 5 de febrero del corriente año, el magistrado del Juzgado Nacional en lo Civil N° 75 declaró la apertura del juicio sucesorio ab intestato de A. J. P., designando como administradora provisional de los bienes del sucesorio a J. F. Así, por imperio del art. 2337, Cód. Civil y Com., se encuentra investida como sucesora de pleno derecho, por lo que la continuidad de la legitimación activa se encuentra justificada.

Por las razones esbozadas *ut supra*, estimamos que se debe revocar el auto del 12 de febrero pasado y tener a J. F., en el rol procesal que previamente le fuera reconocido a su progenitora, dado su carácter de sucesora universal de P.

En consecuencia, el Tribunal resuelve: Revocar el auto de fecha 12 de febrero pasado y tener por parte querellante a J. F., con el patrocinio letrado de los Dres. Federico E. Ramírez y Juan Pablo De Feo, quedando sometida a la jurisdicción del tribunal y resultados del proceso (art. 82, 419 y 455, CPPN). Se deja constancia que la jueza Magdalena Laiño subrogante en la vocalía N° 14 a la fecha de la audiencia, no interviene en la presente por hallarse abocada a las tareas de la Sala VI de esta Cámara y por haber logrado mayoría con el voto de los suscriptos. Asimismo, en función de la emergencia sanitaria dispuesta por el DNU 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, las prórrogas del aislamiento social obligatorio establecidos por los Decretos 325, 355, 408, 459, 493, 520, 576, 605, 641, 677, 714, 754, 792, 814/2020 del Poder Ejecutivo y 875, 956, 1033/20, 4, 67, 125, 168, 235, 241 y 287/2021 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. Notifíquese mediante cédula electrónica conforme a lo dispuesto por la acordada 38/2013 de la CSJN y comuníquese mediante DEO. — Jorge L. Rimondi. — Pablo G. Lucero.

DETENCIÓN DE PERSONAS

Requisa personal. Averiguación de antecedentes. Orden de captura vigente. Orden judicial de detención.

1. — La interceptación en la vía pública para identificar a eventuales transeúntes no constituye una detención en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional, ni una privación de la libertad a la que se refieren los arts. 7° de la CADH y 9° del PIDCP, porque en el marco de

un empleo razonable y proporcionado a las circunstancias, se trata en principio de una actividad ordinaria en un policía en función de vigilancia; no implica una injerencia estatal significativa y, por ende, no podría resultar alcanzada por las exigencias del art. 284 del Cód. Proc. Civ. y Com., toda vez que ello redundaría en el cercenamiento del legítimo ejercicio de las fuerzas de seguridad en su rol de prevención general de los delitos.

2. — Se descarta que la intervención del agente policial haya constituido un acto viciado de nulidad, pues actuó en respuesta a la actitud elusiva desplegada por las personas a las que observó en la vía pública de manera adecuada. Esa interceptación no constituyó una detención, lo cual se evidencia claramente por el hecho de que los acompañantes de quien fuera demorado pudieron retirarse sin inconvenientes cuando determinó que no poseían impedimentos; y al establecer la orden de captura dictada en contra de aquel, el juzgado correspondiente confirmó que “era de interés y se encontraba vigente”. De este modo, la detención no debe analizarse bajo la óptica del art. 284 del Cód. Proc. Penal ya que se encuadra en las previsiones del art. 282, al estar dictada por una autoridad judicial de acuerdo con el consecuente art. 289.

3. — Si la requisita —mínimamente intrusiva— se ajustó a lo previsto por el art. 230 bis del Cód. Proc. Penal en la medida en la cual se efectuó en la vía pública, estuvo destinada a asegurar la integridad física de los preventores y eventuales transeúntes y se justificó por circunstancias previas o concomitantes que razonablemente permitían suponer que uno de los demorados portaba elementos relacionados con un suceso delictivo —intentó ocultar las llaves del rodado— y esto motivó la breve indagación que permitió su hallazgo; lejos está de constituir un interrogatorio vedado en los términos del art. 184, inciso 10 del ordenamiento adjetivo; y no corresponde juzgar la situación de acuerdo al art. 284, Cód. Proc. Civ. y Com., ya que una orden judicial sustentó la restricción de la libertad y el demorado ya estaba afectado a la captura preexistente. Una vez que se determinó el secuestro vigente del rodado, los preventores se contactaron con el organismo jurisdiccional de turno.

CNCrim. y Correc., sala IV, 30/04/2021. - S., D. D. s/ nulidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/13288/2021]

CCC 12115/2021/3/CA3

2ª Instancia. - Buenos Aires, abril 30 de 2021.

Considerando:

I. El oficial O. J. A. (fs. 8/vta.) declaró que el 17 de marzo pasado estaba en la intersección de Avenida ... y ... cuando observó a tres sujetos que, al verlo, se alejaron aceleradamente “mirando todo el tiempo hacia atrás” (fs. 8). Ante tal situación, los interceptó para identificarlos y pudo establecer que uno de ellos, D. D. S., tenía una orden de captura vigente.

En ese contexto, con el auxilio del oficial mayor S. L., procedió a su registro preventivo momento en el cual habría intentado deshacerse de la llave de un automóvil marca Citroën sobre el cual manifestó que no tenía su documentación y que se hallaba estacionado a unos metros de allí, en ... Una vez junto al rodado determinó que tenía vigente su secuestro por una denuncia de robo. Consecuentemente, y previa consulta con la autoridad judicial, se detuvo a S. y se incautó el automóvil.

II. En primer término, la interceptación en la vía pública para identificar a eventuales transeúntes no constituye una detención en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional, ni una privación de la libertad a la que se refieren los artículos 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque en el marco de un empleo razonable y proporcionado a las circunstancias, se trata en principio de una actividad ordinaria en un policía en función de vigilancia; no implica una injerencia estatal significativa y, por ende, no podría resultar alcanzada por las exigencias del artículo 284 del Cód. Proc. Penal de la Nación, toda vez que ello redundaría en el cercenamiento del legítimo ejercicio de las fuerzas de seguridad en su rol de prevención general de los delitos (Sala IV, causa N° 14.636/20/1, “Quiroz”, resuelta el 5 de febrero de 2021).

En el caso concreto, A. actuó en respuesta a la actitud elusiva desplegada por las personas a las que observó en la vía pública de manera adecuada. Esa interceptación no constituyó una detención, lo cual se evidencia claramente por el hecho de que los acompañantes de S. pudieron retirarse sin inconvenientes cuando determinó que no poseían impedimentos (cfr. fs. 1/2 y 8/vta.).

Al establecer la orden de captura dictada en su contra, el juzgado correspondiente confirmó que “la misma era de interés y se encontraba vigente” (fs. 8 vta.). De este modo, la detención no debe analizarse bajo la óptica del artículo 284 del CPPN ya que se encuadra en las previsiones del artículo 282, al estar dictada por una autoridad judicial de acuerdo al consecuente artículo 289.

III. En tanto se ha descartado que la intervención inicial del agente policial haya constituido un acto viciado de nulidad, solo corresponde examinar la legalidad de los actos posteriores.

Tanto A. (fs. 8/vta.) como L. (fs. 1/2) manifestaron que en la inspección física y preventiva a S. —luego de determinar la orden de captura en su contra— intentó deshacerse de las llaves de un automóvil. Al preguntarle por tal acción afirmó que no poseía su documentación e indicó espontáneamente dónde estaba estacionado.

Así, la requisita —mínimamente intrusiva— se ajustó a lo previsto por el artículo 230 bis del CPPN en la medida en la cual se efectuó en la vía pública, estuvo destinada a asegurar la integridad física de los preventores y eventuales transeúntes (cfr. artículo 92 de la Ley 5688 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y se justificó por circunstancias previas o concomitantes que razonablemente permitían suponer que S. portaba elementos relacionados con un suceso delictivo. A su vez, el intento de ocultar las llaves del rodado motivó la breve indagación que permitió su hallazgo. Tal temperamento, lejos de constituir un interrogatorio vedado en los términos del artículo 184, inciso 10 del ordenamiento adjetivo, se respalda en el propio artículo 230 bis que autoriza a “inspeccionar los efectos personales” que lleven consigo y agrega que lo es, precisamente, “con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo”.

Una vez que también se determinó el secuestro vigente del rodado, los preventores se contactaron con el organismo jurisdiccional de turno. En consecuencia, nuevamente, no corresponde juzgar la situación de acuerdo a los parámetros del artículo 284, ya que una orden judicial sustentó la restricción de la libertad. De todas maneras S. por entonces ya estaba afectado a la captura preexistente.

IV. En su descargo sostuvo que fue conducido a la Comisaría Vecina 9B en donde A. y otros dos oficiales no identificados lo coaccionaron para que dijera dónde estaba el automóvil, diciéndole que de lo contrario lo “iban a arruinar” (cfr. declaración indagatoria de S.), indicando por ello la ubicación.

Los elementos de ponderación obrantes en el legajo dan cuenta de otra secuencia, por lo que los hechos que se alegan como parte de la pretensión nulificante no pueden llevar a dicha conclusión. Ello sin perjuicio de las medidas que el juez *a quo* pueda ordenar y la defensa requerir en la causa principal para corroborar la versión del imputado.

En virtud de lo expuesto y en la medida en que las nulidades procesales se orientan hacia un ámbito restrictivo que tiene como regla general la estabilidad de los actos, tratándose de un remedio de carácter excepcional que solo resulta procedente ante vicios sustanciales o cuando se vulneran garantías constitucionales (Sala IV, causa N° 29.741/20/44, “Benítez”, resuelta el 15 de marzo de 2021, entre otras), toda vez que no se ha verificado irregularidad alguna que conlleve la afectación de garantías constitucionales o derechos fundamentales que justifiquen la sanción pretendida, el Tribunal resuelve confirmar el auto dictado el pasado 12 de abril en todo cuanto fuera materia de recurso. Notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen. Sirva lo proveído de muy atenta nota de envío. Se deja constancia de que el juez Julio Marcelo Lucini integra esta Sala conforme la designación efectuada mediante el sorteo del 9 de diciembre de 2020 en los términos del artículo 7 de la ley 27.439 y que también lo hace el juez Hernán Martín López, por sorteo del 19 de febrero pasado, mas no interviene por verificarse lo dispuesto en el último párrafo del artículo 24 bis del CPPN. — *Ignacio Rodríguez Varela.* — *Julio M. Lucini.*

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

Habeas corpus. Restricciones a la libertad ambulatoria en contexto de pandemia. Uso desmedido de DNU. Respeto al principio republicano de gobierno. Procedencia de la acción con el único propósito de exhortar al Poder Ejecutivo a enviar un proyecto de ley al Congreso Nacional y a los legisladores a discutir y sancionar la norma.

1. — Corresponde hacer lugar a la acción de *habeas corpus* con el único propósito de exhortar al Poder Ejecutivo nacional a que concrete el envío de un proyecto de ley al Congreso Nacional y a los legisladores para que se discuta y sancione una ley que permitirá de forma clara y precisa regular los derechos que son constitucionalmente reconocidos de acuerdo a lo estipulado en el art. 28, Constitución Nacional, arts. 27 y 30 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y OC 6/86 de la Corte IDH.
2. — Dada la gravedad, repercusión, afectación de las medidas y su incidencia directa en cuestiones de política sanitaria, entendemos necesario fijar un plazo de 15 días para que, con la actuación coordinada de ambos poderes, se ajuste el orden legal de respuesta a la pandemia de acuerdo con el criterio que surge de este pronunciamiento.

3. — Actualmente el Poder Ejecutivo continúa recurriendo, con un uso desmedido, al dictado de los DNU en los que se invoca la emergencia derivada de la pandemia del COVID-19 para pretender justificar la necesidad de suspender, restringir y alterar el normal y libre ejercicio de ciertos derechos (art. 14 de la Constitución Nacional). A esta altura ya no es posible sostener que la herramienta legal utilizada sea respetuosa del principio republicano de gobierno (art. 1° de la Carta Fundamental) y de todo Estado de derecho.
4. — Esta novedad por extensión de la situación que nuestro país —y el mundo— padece podría haberse canalizado adecuadamente ya sea a través de la declaración del estado de sitio (art. 99, inciso 16 de nuestra Carta Magna) o bien por la sanción de una ley por parte del Congreso Nacional que instaure cláusulas mínimas y operativas con sustento en criterios epidemiológicos y sanitarios para dar correcto abordaje a las limitaciones de la libertad ambulatoria de los ciudadanos. Por cierto, tampoco los legisladores tomaron la iniciativa que contemplan los arts. 23 y 75, inciso 29 de la Constitución Nacional.
5. — Respecto a los agravios que en concreto han manifestado los presentantes, vinculados con las medidas que afectan el derecho a reunión, la posibilidad de transitar en el horario de 20:00 a 6:00 y circular en transporte público, corresponde señalar que no se advierten irrazonables ni desproporcionados los límites impuestos de manera colectiva, tanto en relación a la situación particular alegada, como teniendo en miras el fin general que persiguen evitar, el colapso del sistema sanitario y proteger la vida e integridad física de los habitantes de la Nación.

CNCrim. y Correc., sala VI, 30/04/2021. - A. F., A. y otros s/ *habeas corpus*.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11753/2021]

CCC 16115/2021/CA3 - CA2

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 30 de 2021.

Considerando:

I. Interviene el Tribunal en la apelación interpuesta por el Dr. Christian Alberto Cao, el Dr. Isaac Wieder y el Defensor Público Oficial contra los puntos I y III del auto que rechazó la acción de *habeas corpus* y el planteo de inconstitucionalidad de los DNU 235/2021 y 241/2021. También, el Dr. Ricardo De Lorenzo im-

pugnó el punto II que declaró la incompetencia territorial en relación a las acciones de S. E. M. G., J. M. A., M. E. B., L. J. B., A. R. y A. A. S.

II. Mediante el dictado de los DNU 235/2021 y 241/2021 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional limitó, a través de distintas medidas, la libre circulación de las personas.

Debe entonces establecerse como punto de partida en el marco del instituto que nos ocupa que lo que aquellas decisiones comprometen no es otra cosa que la libertad ambulatoria de quienes habitan en las distintas jurisdicciones del país donde resultan aplicables las medidas de restricción.

Así, los presupuestos de la pretensión resultan comunes a todos los casos, con la salvedad de algún perjuicio que, a título individual, ha sido invocado por los peticionantes (tal como ocurre en las acciones de clase, cuyo encuadre legal debe ser el del art. 43, conforme la doctrina que emana del precedente “Halabi” de la CSJN, Fallos: 332:111).

Se ha postulado en la audiencia desarrollada en la anterior instancia, que no se advierte una amenaza cierta a la libertad ambulatoria dado que “no se encuentran detenidos ni existe una orden que lo disponga, en tanto solo tras verificarse una infracción se haría la consulta al juez penal de turno”.

Tal razonamiento, del modo en que se ha plasmado, se exhibe como una falacia circular que —como tal— no logra demostrar ni la veracidad ni la falsedad de la premisa de la que parten.

Pero al margen de tal defecto argumentativo, como presupuesto de admisibilidad se establece la “limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente” (art. 3, inciso 1°, Ley 23.098), de modo que primeramente deba decirse que la norma no efectúa ninguna referencia respecto a una privación de la libertad en términos de detención.

Y la restricción a la circulación nocturna —en algunos ámbitos de 20:00 a 06:00 y en otros de 00:00 a 06:00—, acompañada no solo del ejercicio del poder de policía, sino de la particular integración que suponen todas estas disposiciones en los elementos dogmáticos de las figuras del CP —aspecto que destaca el propio decreto en tanto se ocupa de adelantar esa interpretación de los tipos penales previstos en los arts. 205 y 239—, sin dudas supone ya una limitación real y concreta a libertad ambulatoria de los ciudadanos.

El paso siguiente del análisis lógico-jurídico es establecer si los decretos en cuestión satisfacen los

requisitos de “orden escrita de autoridad competente”, como reclama la Ley 23.098 y, a ese fin, el enfoque debe dirigirse a las atribuciones que emanan del artículo 99, inciso 3° de la Constitución Nacional; esto es, a su aspecto formal.

Entonces, debe reconocerse que en marzo del 2020 se verificó una excepcionalísima situación que, por lo subrepticio y abrupto de su naturaleza, obligó a instaurar medidas de carácter extraordinario a través del dictado de los decretos de necesidad y urgencia N° 260/2020 y 275/2020, disponiéndose a través de este último el aislamiento social preventivo y obligatorio.

El Congreso Nacional en ese entonces no se hallaba sesionando y lo apremiante del contexto referido —provocado por la pandemia del Covid-19— justificó las limitaciones a los derechos que consagra nuestra Carta Magna en pos de brindar una respuesta eficaz a la crisis.

Y en esos términos lo entendió esta Cámara al resolver planteos similares al que ahora se trae a estudio (CCC, causa N° 19.200/20 “Kingston”, resuelta por la Sala Integrada de Hábeas Corpus el 21/03/2020, entre muchos otros).

Pero desde aquella sorpresiva situación han transcurrido 13 meses, sin que el Congreso Nacional dictara una ley específica en la que mediante “cláusulas gatillo” se establezcan parámetros que, consensuados por los representantes de todas las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sirvan de base a la imposición posterior de restricciones a derechos como las que aquí se examinan.

El análisis actual, a pesar de la calamitosa realidad sanitaria, no puede —ni debe— desatender el alcance ciertamente restrictivo que los constituyentes del año 1994 asignaron a este resorte catalogado como de necesidad y urgencia. Lo contrario importaría, prácticamente, negar las bases constitucionales sobre las que se erige todo estado de derecho y que nunca deben dejar de ser norte de todo gobierno (Alfonsín, Raúl R., “Núcleo de coincidencias básicas”, LA LEY 1994-D, 824 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales T. I, 01/01/2008, 873, cita online: AR/DOC/15901/2001).

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder” (Fallos: 321:2288, “Antinori, Osvaldo R. c. Estado Nacional, resuelta el 25 de agosto de 2008).

A esos efectos, “cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia

del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto (Fallos: 338:1048, “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional”, del 27 de octubre de 2015).

Y esta misma fue la línea interpretativa trazada por el Máximo Tribunal a partir del precedente “Verrocchi” (Fallos: 322:1726), en el cual estableció expresamente que “el texto nuevo es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989. En efecto, el párrafo tercero del inc. 3°; del art. 99, dice: ‘Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlo, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros’”.

En particular sentido, del voto del Ministro Boggiano surge que: “Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones, puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a este dar respuesta a las circunstancias de excepción”; excepcionalidad esta que, como se dijera, a esta altura parece, al menos, difícil de sostener.

El precedente “Consumidores Argentinos” (Fallos: 333:633), indica precisamente que es aquella voluntad limitadora el faro que deberá guiar a los tribunales de justicia, tanto sea al momento de determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de estas características (ver también la cita que se hace al constitucionalista Bidart Campos en el considerando 17 del voto del Ministro Juan Carlos Maqueda).

Actualmente el Poder Ejecutivo continúa recurriendo, con un uso desmedido, al dictado de los DNU en los que se invoca la emergencia derivada de la pandemia del Covid-19 para pretender justificar la necesidad de suspender, restringir y alterar el normal y libre ejercicio de ciertos derechos (art. 14 de la Constitución Nacional).

A esta altura ya no es posible sostener que la herramienta legal utilizada sea respetuosa del principio republicano de gobierno (art. 1 de la Carta Fundamental) y de todo Estado de derecho.

Y en este punto hay un dato que es trascendental para arribar a esa afirmación: el Congreso de la Nación se organizó para continuar sus labores en la emergencia y comenzó a sesionar de manera continuada, ocupándose en un principio de aprobar por marcada mayoría la primera serie de DNU, para luego de ello sancionar desde mayo de 2020 a abril de 2021, un total de 65 Leyes. Los frutos de esta destacable labor parlamentaria, realizada merced a los protocolos de sesiones virtuales o mixtas, que comenzaron el 21 de mayo de 2020 con la sanción de tres leyes vinculadas con las cuestiones asistenciales derivadas de la pandemia del Coronavirus, es decir la misma emergencia que mencionan los DNU (Leyes N° 25.547 “Ley de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja”, 27.548 “Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia de coronavirus Covid-19” y 27.549 “Beneficios Especiales a Personal de Salud, Fuerzas Armadas, de Seguridad y otros ante la Pandemia de Covid-19”).

También se vincularían a esta urgencia social varias leyes más de toda esta serie de 65, como la Ley 27.555 del “Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo”, la Ley 27.554 de la “Campaña Nacional para la Donación de Plasma Sanguíneo de Pacientes Recuperados de Covid-19”, la Ley de “Recetas electrónicas o digitales para la prescripción y dispensa de medicamentos” Ley 27.553; la Ley 27.563 de “Sostenimiento y Reactivación Productiva de la Actividad Turística Nacional”; la Ley 27.561 de “Modificación al Presupuesto de la Administración Nacional para el ejercicio 2020”; la Ley 27.562 de “Ampliación de la moratoria para paliar los efectos de la pandemia generada por el Covid-19”; la Ley de “Vacunas Destinadas a Generar Inmunidad Adquirida contra el Covid-19” 27.573 —de sanción prácticamente simultánea al fin del tramo de ASPO, el 29 de octubre de 2020—; y la Ley 27.605 de “Aporte Solidario y Extraordinario para Ayudar a Morigerar los Efectos de la Pandemia”.

De tal modo, lejos de exhibirse como un funcionamiento limitado del Congreso Nacional, las 65 leyes aprobadas entre marzo de 2020 y marzo de 2021 superan con creces el total de 38 que se sancionaron en el año 2019 y las 59 en el 2018 y muchas de ellas de

estrecha vinculación con una situación pandémica que ya no era desconocida.

Así, solo es posible reconocer que el cuadro que por entonces se verificó —y motivó su convalidación por parte de la judicatura—, ha variado de manera sustancial.

Y esta novedad por extensión de la situación que nuestro país —y el mundo— padece podría haberse canalizado adecuadamente ya sea a través de la declaración del estado de sitio (art. 99, inciso 16 de nuestra Carta Magna) o bien por la sanción de una ley por parte del Congreso Nacional que, como ya dijimos, instaure cláusulas mínimas y operativas con sustento en criterios epidemiológicos y sanitarios para dar correcto abordaje a las limitaciones de la libertad ambulatoria de los ciudadanos. Por cierto, tampoco los legisladores tomaron la iniciativa que contemplan los artículos 23 y 75, inciso 29 de la Constitución Nacional.

Incluso, el anclaje normativo que aquí se proclama como imperioso y necesario para mantenernos dentro de nuestro esquema republicano concuerda con el anuncio que hizo en el día de la fecha el propio Presidente de la Nación relacionado al próximo envío de un proyecto de ley con este contenido para su debate parlamentario.

Por estas razones, se hará lugar a la acción con el único propósito de exhortar al Poder Ejecutivo —requerido en este legajo— a que concrete tal envío al Congreso Nacional y a los Sres. Legisladores para que se discuta y sancione una ley que permitirá de forma clara y precisa regular los derechos que son constitucionalmente reconocidos de acuerdo a lo estipulado en el art. 28 Constitución Nacional, arts. 27 y 30 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y OC 6/86 de la Corte IDH.

Dada la gravedad, repercusión, afectación de las medidas y su incidencia directa en cuestiones de política sanitaria, entendemos necesario fijar un plazo de 15 días para que, con la actuación coordinada de ambos poderes, se ajuste el orden legal de respuesta a la pandemia de acuerdo al criterio que surge de este pronunciamiento (CSJN, Fallos: 330:2361, “Rosza, Carlos A.”, del 23/05/2007).

III. Respecto a los agravios que en concreto han manifestado los presentantes, vinculados con las medidas que afectan el derecho a reunión, la posibilidad de transitar en el horario de 20:00 a 6:00 y circular en transporte público, debemos señalar que no se advierten irrazonables ni desproporcionados los límites impuestos de manera colectiva, tanto en relación a la situación particular alegada, como teniendo en miras el fin general que persiguen —evitar el colapso del sis-

tema sanitario y proteger la vida e integridad física de los habitantes de la Nación— (en concordancia con el criterio trazado por el Máximo Tribunal en los Fallos: 344:126, “Petcoff Naidenoff, Luis” del 25/02/2021 y Fallos: 343:1704, “Lee, Carlos R.”, del 19/11/2020).

IV. Finalmente, en relación con la declaración de incompetencia territorial de las acciones articuladas por S. E. M. G., J. M. A., M. E. B., L. J. B., A. R. y A. A. S., compartimos la decisión del Magistrado en tanto la cuestión involucra normativa ajena a esta jurisdicción y debe ser tratada por el juez natural (art. 4 del DNU 241/2021).

En consecuencia, el Tribunal resuelve: I. Revocar y hacer lugar a la acción de hábeas corpus promovida con los alcances y fines que surgen de la presente. II. Exhortar al Poder Ejecutivo Nacional y al Honorable Congreso de la Nación en los términos aquí indicados. III. Confirmar el auto que declara la incompetencia territorial para tratar las acciones promovidas por S. E. M. G., J. M. A., M. E. B., L. J. B., A. R. y A. A. S. Regístrese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen cuyo titular deberá concretar las comunicaciones pertinentes (punto dispositivo II). Sirva lo proveído de atenta nota. Se deja constancia de que el juez Ignacio Rodríguez Varela interviene en la presente como subrogante de la Vocalía N° 8 de esta Cámara. — *Magdalena Laiño. — Julio M. Lucini. — Ignacio Rodríguez Varela.*

CONDICIONALIDAD DE LA PENA

Revocatoria. Nulidad. Juez de ejecución. Intervención de las partes. Conclusión del plazo de observancia. Art. 27 bis, Cód. Penal.

1. — Corresponde anular la decisión que revocó la condicionalidad de la pena impuesta y en consecuencia se debe disponer el archivo del legajo de ejecución, pues de acuerdo al cómputo oportunamente practicado, el vencimiento de la pena única dictada en contra del imputado operaba el 22/11/2018 y la resolución que resolvió la incidencia —relativa a la revocatoria de condicionalidad de la pena— se dictó en marzo de 2020, luego de que el tribunal se haya amparado en que las actuaciones se habrían traspapelado. Es decir que el acto jurisdiccional aconteció una vez que se había agotado el punto dispositivo que consignó la imposición de reglas de conducta y que, a su vez, habilitaba su competencia en los términos de los arts. 30, 490 y 493, Cód. Proc. Penal.
2. — El juez de ejecución se encuentra facultado para revocar la condicionalidad de la pena si el

control de las reglas de conducta se encontraba vigente, mas no una vez fenecido y sin dar respuesta a los planteos de la defensa.

3. — La intervención de las partes no resulta ociosa, sino que la jurisdicción debe dar respuesta a los planteos propuestos por la defensa. Máxime ello, cando se alega que el plazo de observancia respecto del art. 27 bis, Cód. Penal ha operado, pues la omisión de tratar la cuestión implica someter al condenado a proceso indeterminadamente, o hasta el instante en que el juzgado considere revolver la incidencia.

CNCasCrim. y Correc., sala I, 28/04/2021. - P. R., A. s/ revocatoria de condicionalidad de la pena.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/62660/2021]

Causa N° 162323/2016/EP1/1/CNC1

2ª Instancia. - Buenos Aires, abril 28 de 2021.

Resulta:

I. Por resolución del 13 de agosto de 2019 el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3 resolvió: “I.- Revocar en el presente legajo N° CPN 162323/2016/EP1, la condicionalidad de la pena concedida a A. P. R. el 24 de octubre de 2016 en las causas N° 4519, 4625 y 4922 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 27 (arts. 27 bis último párrafo, del CP, y 503 del CPPN). II.- Declarar rebelde, a A. P. R.”

II. Contra esa decisión, la Defensora Pública Coadyuvante a cargo de la Unidad de Letrados Móviles para la Asistencia de Personas no privadas de Libertad ante los Jueces Nacionales de Ejecución Penal, Dra. Ximena Figueroa, interpuso recurso de casación, que fue oportunamente concedido y mantenido.

III. La Sala de Turno de esta Cámara declaró admisible el recurso de interpuesto y le otorgó el trámite previsto por el art. 465 CPPN.

IV. Finalmente, se intimó a las partes a la presentación de memoriales digitales, por el plazo de cinco días, en sustitución de la audiencia prescripta en el art. 465 CPPN.

Superado ello, tuvo lugar la pertinente deliberación, a partir de la cual se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Considerando:

1. Admisibilidad.

En primer término, debe señalarse que el recurso de casación es admisible conforme lo dispuesto en el art. 491 CPPN y en el precedente “Romero Cacha-

rane” (1). Por lo demás, el recurso interpuesto se inscribe dentro de los motivos de casación estipulados en el art. 456 del citado cuerpo legal. En definitiva, no existe un óbice formal a la admisibilidad del recurso en trámite.

2. Reseña del caso.

A. P. R. fue condenado el 24 de octubre de 2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 27 de esta ciudad a la pena de dos años de prisión en suspenso por considerarlo autor del delito de robo simple en grado de tentativa, reiterado. En esa oportunidad se le impuso como regla de conducta y por el término de dos años la obligación de fijar domicilio y someterse al cuidado del patronato que por jurisdicción corresponda (art. 27 bis, CP).

A los efectos de supervisar el cumplimiento de tales reglas, resultó desinsaculado en noviembre de 2016 el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4. En lo que aquí interesa, serán resaltados a continuación los hitos más relevantes en lo que atañe a la supervisión de las reglas de conducta impuestas —lo que, a la postre, produjo la resolución de revocatoria de condicionalidad de pena—.

En agosto de 2017, el juzgado interviniente dio ingreso a los testimonios recibidos, dando así inicio a la supervisión de las obligaciones impuestas al condenado.

Durante el transcurso de ese mismo año, el Patronato de Liberados de la Capital Federal remitió informes a la judicatura donde informó que las citaciones cursadas a P. R. para su presentación ante dicho organismo dieron resultados negativos. A raíz de ello, el organismo solicitó al juzgado de ejecución se informe el domicilio actualizado del condenado a fin de realizar el seguimiento correspondiente.

Luego, se corrió vista a la defensa para que brinde las explicaciones pertinentes respecto de este extremo. La defensa solicitó citar a su asistido en los términos del art. 515, CPPN. Por su parte, la unidad fiscal interviniente (UFEP) acompañó el pedido de audiencia con la finalidad de que el condenado realice el descargo correspondiente y se someta al control del patronato.

En consecuencia, P. R. fue citado los días 8 de agosto de 2018 y 26 de septiembre de 2018 para celebrar dicha audiencia, empero no pudo ser debidamente notificado. No obstante, la dependencia policial a cargo de la diligencia advirtió que el tío del nombrado recibió copia de una de las citaciones.

Fenecido el plazo de supervisión, la defensa de P. R. solicitó, en dos oportunidades, el archivo del legajo

puesto que había operado el vencimiento su control. Por contrario, la acusación solicitó la revocación de la pena dado que el condenado incumplió las reglas que le habían sido impuestas.

Corridas las vistas a las partes, el trámite de la causa se encontró paralizado hasta el mes de marzo de 2020 debido a “una reorganización de actuaciones correspondientes a los legajos de Condenas en Suspense” realizada por el tribunal en donde “fueron halladas las presentes”.

3. Resolución recurrida.

Relevados los antecedentes del caso, el Juzgado de Ejecución Penal N° 4, a cargo del Dr. Peluzzi, resolvió revocar la condicionalidad de la pena que le fuera concedida a A. P. R.

Para así resolver, consideró que “P. R. ha incumplido manifiestamente con las obligaciones fijadas por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 27. Repárese en tal sentido que como ya fue señalado con anterioridad, este juzgado convocó al condenado en más de una oportunidad. Es dable mencionar también que el incumplimiento venía registrándose desde el principio como bien surge de lo informado por el Organismo de Control”.

En definitiva, el magistrado consideró que la falta de interés y compromiso por parte del condenado le era completamente reprochable. De allí concluyó que su desinterés por cumplir las obligaciones impuestas ameritaba revocar su pena condicional y, consiguientemente, declarar su rebeldía.

4. El recurso de la defensa

El pronunciamiento del tribunal fue impugnado por la defensa técnica de P. R., encauzando sus agravios en ambos incisos del artículo 456, CPPN.

Como primer agravio, el defensa sostuvo que el plazo para revocar la condicionalidad de la pena impuesta había fenecido. En tal sentido, expuso que “a la fecha de resolver había expirado el plazo de supervisión de dos años impuesto por el tribunal de origen el 24/10/2016, lo que ocurrió en el mes de noviembre de 2018 y excedido aún en un año y cuatro meses más de aquella fecha”.

Sentado ello, el recurrente cuestionó la omisión absoluta por parte del tribunal a la hora de dar respuesta a su agravio, máxime cuando fue interpuesto en dos oportunidades ante la instancia. En efecto, alegó que la judicatura centró su análisis en la conducta de su asistido y no efectuó mención alguna respecto de su revocatoria fuera de plazo en los términos del art. 27 bis.

Respecto a este extremo, concluyó que su asistido “debía cumplir con las reglas de conducta impuestas en el marco del art. 27 bis del CP e implícitamente con la obligación de no cometer nuevos delitos, durante el plazo previsto por la judicatura correspondiente, que fuera analizado en el marco del juicio abreviado tramitado (art. 431 bis CPPN) al que se sometió mi defendido. Entonces, considero que no pueden variar las condiciones que le fueron notificadas en la instancia anterior y esto incluye el plazo de supervisión” y que resolver en sentido contrario implica someter a su pupilo, indefinidamente, al control estatal.

En segundo lugar, tachó a la sentencia de arbitraria puesto que no dio respuesta a sendos pedidos de archivo realizados por la defensa. Citó a tales fines el precedente “Leguizamón” de este tribunal, donde se sostuvo que “...si bien el *a quo* garantizó el procedimiento reglado por el art. 491 CPPN, lo cierto es que no atendió a los argumentos expuestos por la recurrente. En este sentido, la intervención de las partes no es una circunstancia que la norma establece meramente para legitimar la decisión a adoptar, sino para garantizar el ejercicio de sus roles en el marco del debido proceso. De este modo, si la defensa realiza manifestaciones razonables como en este caso, el *a quo* debió dar respuesta a ellas y no simplemente reproducir su intervención...”.

Por tal motivo, peticionó se revoque la decisión recurrida y se proceda a archivar las actuaciones seguidas contra su defendido.

5. Solución del caso.

Expuestos los planteos del recurrente, habremos de adelantar que su planteo tendrá acogida favorable.

El agravio central de la defensa gira en torno a la ausencia de respuesta por parte del *a quo* respecto del pedido de archivo de las actuaciones, la sobrevenida revocatoria de la condicionalidad de la pena por fuera del plazo de supervisión del art. 27 bis y la omisión por parte del tribunal a la hora de expedirse sobre este extremo.

En tal sentido, cierto es que el plazo durante el cual se encontraban vigentes las reglas de conducta impuestas a P. R. fenecía el mes de octubre de 2018. Pese a ello, y a la existencia de dos solicitudes de archivo por parte de la defensa en los meses de diciembre de 2018 y julio de 2019, la jurisdicción decidió seguir adelante con el trámite del legajo y revocó la pena condicional en marzo del año 2020.

Como se señaló, el precedente “Leguizamón” de este colegiado remarcó que la intervención de las partes no resulta ociosa, sino que la jurisdicción debe dar

respuesta a los planteos interpuestos. Máxime ello, cuando se alega que el plazo de observancia respecto del art. 27 bis ha operado, pues la omisión de tratar la cuestión implica someter al condenado a proceso indeterminadamente, o hasta el instante en que el juzgado considere resolver la incidencia.

Por su parte, en el caso “Navarrete” (2) se interpretó el alcance del art. 493, CPPN, en cuanto define la jurisdicción del juez de ejecución. De tal modo, se relevó que el artículo dispone que “El juez de ejecución tendrá competencia para: (...) 3°) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por el Poder Judicial de la Nación. 4°) Resolver todos los incidentes que se susciten en dicho período...”

En virtud de los precedentes citados, surge con claridad que el *a quo* se encontraba facultado para revocar la condicionalidad de la pena en tanto el control de las reglas de conducta —y su respectivo seguimiento por parte de P. R.— se encontraba vigente, más no una vez fenecido y sin dar respuesta a los planteos de la defensa.

En este sentido, de acuerdo al cómputo oportunamente practicado, el vencimiento de la pena única dictada respecto de P. R. operaba el 22 de noviembre de 2018 y la resolución que resolvió la incidencia —relativa a la revocatoria de condicionalidad de pena— se dictó el 16 de marzo de 2020, luego de que el tribunal se amparó en que las actuaciones se habían traspapelado. Es decir, el acto jurisdiccional aconteció una vez que se había agotado el punto dispositivo que consignó la imposición de reglas de conducta y que, a su vez, habilitaba su competencia en los términos de los arts. 30, 490 y 493, CPPN.

En definitiva, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, anular la resolución impugnada, y disponer el archivo del legajo de ejecución seguido a A. P. R., sin costas.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por unanimidad, resuelve: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica, anular la resolución dictada el 16 de marzo de 2020 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4 y, en consecuencia, disponer el archivo del legajo de ejecución seguido a A. P. R., sin costas (arts. 27 bis CP, 456, 465, 468, 471, 530 y 531, CPPN).

Los doctores Llerena y Bruzzone emitieron su voto en el sentido indicado, pero no suscriben la presente en cumplimiento de las acordadas N° 4/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y las acordadas N° 1, 2, 3 y 4/2020 de esta Cámara. Regístrese, notifíquese, comuníquese mediante oficio electrónico al

tribunal correspondiente (Acordada 15/2013, CSJN; Lex 100) y oportunamente remítase el incidente, cuando la situación sanitaria así lo permita (cfr. acordada N° 16 y 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Sirva la presente de atenta nota de estilo. — *Gustavo A. Bruzzone*.

(1) CSJN, Fallos: 327:388

(2) CNCCC, Sala 1, rta. el 14 de junio de 2019, Reg. N° 780/2019, jueces Llerena, Bruzzone y Rimondi.

LIBERTAD CONDICIONAL

Delitos contra la integridad sexual. Informes de autoridad penitenciaria. Fundamentación. Tratamiento específico para condenados. Pronóstico de reinserción social. Rechazo.

1. — Se exhiben válidas y fundamentadas las razones brindadas por el juez de ejecución que para rechazar la libertad condicional solicitada en favor de quien se encuentra ejecutando una pena única en orden a delitos contra la propiedad y la integridad sexual, se basó en la ausencia de un pronóstico de reinserción social, sin que la defensa logre demostrar arbitrariedad o una inobservancia de las disposiciones del art. 13, Cód. Penal. En ese sentido, lo decidido en orden a la insipiente de los resultados ofrecidos por el Programa de Tratamiento para Ofensores Sexuales, circunstancia que extrajo del informe del equipo interdisciplinario de ejecución penal, no resulta irrazonable y se apoya en las constancias de la causa.
2. — Los informes de la autoridad penitenciaria sirven como una herramienta que contribuye a formar la convicción del juez que resuelve el pedido de libertad condicional quien debe controlar su objetividad y razonabilidad pudiendo apartarse de sus conclusiones, tanto para denegar como para conceder el instituto, siempre que lo haga fundadamente. El programa para condenados por agresión sexual (CAS), el programa para ofensores sexuales (POS) o cualquier otro dirigido al tratamiento específico de quienes fueron hallados culpables de delitos de esa índole, así como los informes elaborados por los profesionales que en ellos intervienen —o se expiden al respecto, como en este caso—, resultan parámetros adecuados para fundar y valorar el juicio exigido por las normas que regulan los egresos anticipados.

CNCasCrim. y Correc., sala II, 28/04/2021. - C., J. E. s/ recurso de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/59719/2021]

Causa N° CPN 161.211/2016/EP1/2/CNC1

2ª Instancia. - Buenos Aires, abril 28 de 2021.

Los doctores *Días y Morin* dijeron:

El Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1 decidió rechazar la solicitud de libertad condicional interpuesta por la defensa de J. E. C. Inicialmente, efectuó una breve reseña de las constancias de la causa y mencionó que el nombrado se encontraba ejecutando una pena única de seis años de prisión —la cual vencería el 30 de mayo del año 2022— por los delitos de privación ilegal de la libertad agravada, robo agravado por el uso de un arma de fuego en grado de tentativa, portación de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, privación ilegal agravada por haber sido cometida mediante violencia y amenazas y tentativa de abuso sexual con acceso carnal, todos los cuales concurren en forma real entre sí. A continuación, indicó que independientemente de la opinión positiva mayoritaria proferida por el Consejo Correccional, en el caso concreto no se verificaba el requisito del pronóstico de reinserción social favorable exigido por el art. 13, CP. Al respecto, el magistrado señaló que C. se encontraba bajo tratamiento específico para aquellos internos condenados por la comisión de un delito contra la integridad sexual. Sobre ese punto, destacó que si bien este se encontraba registrado en el Programa de Tratamiento para Ofensores Sexuales, su avance era incipiente y no resultaba ser suficiente para el pronóstico antes mencionado.

Asimismo, el *a quo* tuvo en cuenta las consideraciones expuestas por el Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal y concluyó que ellas demostraban que los resultados de C. eran escasos. Por otro lado, dio respuesta al planteo de la defensa en el cual mencionó que la pena impuesta por el delito sexual originariamente había sido de ejecución condicional —por lo cual podría afirmarse que el tratamiento por tal ilícito no se había concebido como necesario—.

Con relación a ello, el magistrado indicó que la defensa omitió considerar que esa modalidad de pena había sido revocada por la comisión de otro delito —lo cual motivó el dictado de la pena única aquí ejecutada—, razón por la cual la efectivización del tratamiento resultaba necesaria. En virtud de todo lo expuesto, el magistrado consideró que a pesar de algunos avances exhibidos por C., no se encontraban reunidos los requisitos del art. 13, CP, y que por lo tanto correspondía rechazar la solicitud de libertad

condicional y requerir a la unidad de alojamiento en la cual se encuentra el nombrado que se intensifique el tratamiento del interno —especialmente aquello relacionado con su problemática adictiva y con la tipología de uno de los hechos materia de condena—.

Contra esa decisión la defensa interpuso un recurso de casación en el cual denunció que el juzgado había incurrido en una errónea aplicación del art. 13, CP. A su vez, alegó que la resolución presentaba un déficit de fundamentación al omitir ponderar las condiciones positivas del imputado. Sentado ello, puestos a resolver el caso, no se advierte que el juez de ejecución haya incurrido en una errónea aplicación del art. 13, CP, pues justificó correctamente la falta de un pronóstico favorable de reinserción social indispensable para la concesión del egreso pretendido. Al respecto, si bien C. cuenta con buenas calificaciones en conducta y concepto así como una opinión positiva por parte del Consejo Correccional; recaen sobre él observaciones de determinada entidad. En particular, el Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal concluyó que el interno presentó “rasgos de personalidad compatibles con dependencia, inmadurez afectiva con baja tolerancia a la frustración. Se infiere un yo con escasos recursos para regular entre las tensiones internas y las provenientes del entorno.

Aparente dificultad para sostener vínculos interpersonales estables. Utilización de mecanismos de defensa compatibles con minimización, proyección y racionalización ligada a su problemática adictiva [...]. Reconoce los delitos contra la propiedad por los que fue condenado, expresa arrepentimiento, haciendo hincapié en las consecuencias negativas sobre sí mismo. Respecto del delito de género y contra la integridad sexual asume en parte su responsabilidad y se implica subjetivamente de modo parcial aunque tiende a minimizar su accionar violento y proyectar en la víctima y en el consumo de sustancias parte de la responsabilidad logrando al momento actual reflexionar sobre el impacto que pudo haber causado su conducta violenta en la damnificada, mostrando capacidad reflexiva y empática [...]. Realiza tratamiento específico para ofensores sexuales e impresiona haber incorporado recursos que le permiten una incipiente reflexión, auto crítica y arrepentimiento.” Asimismo, sobre los ilícitos de privación de la libertad y aquel cometido contra integridad sexual, el interno manifestó que la damnificada ingresó a su casa de forma voluntaria y que no existió el abuso, que el suceso consistió en una pelea física con la nombrada; sin embargo, al momento de ser confrontado por los profesionales sobre el relato de la víctima, las declaraciones de los testigos y las lesiones acreditadas, C. indicó “no sé... se me borró la cinta... en el boliche me dieron botellas vacías... no vacías, abiertas... se me apagó la tele... yo

creo que me drogaron”. Esto último se condice con aquellas conclusiones esbozadas por los profesionales —reseñadas anteriormente—. En este orden de ideas, corresponde mencionar que en el precedente “Villalba Pinto” se dijo que los informes de la autoridad penitenciaria sirven como una herramienta que contribuye a formar la convicción del juez que resuelve la incidencia y que este debe controlar su objetividad y razonabilidad pudiendo apartarse de sus conclusiones, tanto para denegar como para conceder el instituto; siempre que lo haga fundadamente —lo cual ocurrió en el presente caso al ponderar de forma íntegra las conclusiones del Equipo Interdisciplinario—. Con respecto a este último punto cabe adicionar que, en reiterados precedentes, “Ibañez” y “Bailon Molina”, hemos sostenido que el programa para Condenados por Agresión Sexual (CAS), el Programa para Ofensores Sexuales (POS) o cualquier otro dirigido al tratamiento específico de quienes fueron hallados culpables de delitos de esa índole, así como los informes elaborados por los profesionales que en ellos intervienen —o se expiden al respecto, como en este caso—, resultan parámetros adecuados para fundar y valorar el juicio exigido por las normas que regulan los egresos anticipados. En esta incidencia, se advierte que las razones brindadas por el juez de ejecución para fundamentar la ausencia de un pronóstico de reinserción social y resolver el consecuente rechazo de la libertad condicional, se exhiben válidas y fundamentadas, sin que la defensa logre demostrar arbitrariedad o una inobservancia de las disposiciones del art. 13, CP. En este sentido, lo decidido por el *a quo* en orden a la insipiente de los resultados ofrecidos por el Programa de Tratamiento para Ofensores Sexuales —circunstancia que extrajo del informe del Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal—, no resulta irrazonable y se apoya en las constancias de la causa. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. E. C.; confirmar la resolución impugnada y remitir oportunamente el presente incidente al Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1. Con costas, atento al resultado arribado (arts. 13, CP; y arts. 456, 465, 468, 469, 470, 471 —estos dos últimos a contrario sensu—, 491, 530 y 531, CPPN).

Por ello, esta Sala II 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 de J. E. C. Confirmar la resolución impugnada, en todo cuanto fue materia de agravio, y remitir oportunamente el presente incidente al Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1, con costas (arts. 13, CP; y arts. 456, 465, 468, 469, 470, 471 —estos dos últimos a contrario sensu—, 491, 530 y 531, CPPN). Se deja constancia de que el juez Daniel Morin emitió su voto en el sentido indicado, pero no suscribe la presente en cumplimiento de las Acordadas

N° 4, 6, 7, 8, 10 y 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las Acordadas N° 1, 2, 3 y 11/2020 de esta Cámara. Asimismo, también se deja constancia de que, conforme surgió de la deliberación y en razón del voto coincidente de los jueces Daniel Morin y Horacio Días, el juez Eugenio Sarraibayrouse no emite su voto, por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, BO del 2 octubre de 2017). Regístrese, comuníquese mediante oficio electrónico al juzgado correspondiente para que efective lo aquí decidido (Acordada N° 15/2013, CSJN; Lex-100) y remítase el incidente oportunamente. Notifíquese. Sirva la presente de atenta nota de estilo. No siendo para más, firma el juez de la Sala por ante mí, de lo que doy fe. — *Horacio Días*.

EJECUCIÓN DE LA PENA

Control de cumplimiento. Pena única. Competencia. Recurso extraordinario.

Corresponde que el juzgado de ejecución continúe con el control del cumplimiento de la pena única impuesta al imputado, confirmada por este tribunal y contra la que se interpuso un recurso extraordinario que fue concedido. Es que el dictado de una pena única, aun ante las consecuencias que su impugnación pueda tener en la firmeza del reproche dirigido a quien fue declarado penalmente responsable, no constituye una razón suficiente para hacer cesar la actuación del tribunal que ha venido ejerciendo el control de la sanción de prisión impuesta, recurrida ante Corte Suprema de Justicia de la Nación de modo que no se advierten motivos para interrumpir la intervención de ese fuero de ejecución, quien conoce la situación del nombrado al haber supervisado su situación hasta la fecha.

CNCasCrim. y Correc., sala de turno, 22/04/2021. - F., M. A. s/ competencia.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/59743/2021]

Causa CPN 151.818/2015/EP1/1/CNC1

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

Considerando:

I. M. Á. F. fue condenado a la pena de cincuenta años de prisión el 1° de noviembre de 2011, por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 18 de esta ciudad.

A su vez, el señor F. registra otras dos sentencias condenatorias en su contra. La Sala II del Tribunal de

Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires casó la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de San Isidro y lo condenó a la pena de veintitrés años y seis meses de prisión. Luego, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de San Isidro condenó a M. Á. F. a la pena de ocho años de prisión.

Finalmente, el 29 de agosto de 2017, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 18 unificó las condenas impuestas al señor F. —todas ellas firmes— y dictó una pena única de cincuenta años de prisión, que fue confirmada por la Sala II de esta Cámara el pasado 17 de febrero de 2020. Contra esa decisión la defensa interpuso recurso extraordinario federal que fue concedido por la Sala y actualmente se encuentra en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. La pena de cincuenta años de prisión impuesta en el año 2011 se encontraba sujeta al control del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4 que, el pasado 22 de diciembre y a pedido de las partes, remitió el legajo al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 18 tras constatar que la pena única dictada en el año 2017 por ese tribunal no se encuentra firme.

III. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 18 rechazó la remisión del caso y lo devolvió al juzgado de ejecución.

El magistrado consideró que su colega de ejecución había reeditado un planteo rechazado en diciembre del año 2019, oportunidad en la que se afirmó que la sentencia de condena que integra la pena única aludida se encontraba firme, de modo que era pertinente la intervención de la justicia de ejecución penal.

Sentado ello, el juez del tribunal oral aclaró que “[c]ualquier planteo que se [pudiera] suscitar, relacionado con el trámite de [la] pena única, [podía] ser perfectamente resuelto por [ese] tribunal sin que sea necesaria la anotación de la detención de F. a [su] disposición”, mientras que el control de la sentencia de condena que se encuentra firme “requiere necesariamente tener al individuo condenado a disposición del Sr. juez de ejecución que deba decidir”.

IV. Finalmente, el juzgado de ejecución, con cita de jurisprudencia de esta Cámara, mantuvo su postura original y trabó contienda negativa de competencia con su colega del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 18.

V. La representante del Ministerio Público Fiscal dictaminó que el caso debe continuar su trámite ante el tribunal oral, por considerar que aún no era ejecutable la pena única impuesta.

Con cita de los casos “Encinas” y “Escobar” de esta Cámara (Reg. N° ST 734/19, rta. el 23 de mayo de 2019 y

ST 1623/19, rta. el 18 de octubre de 2019; respectivamente), afirmó que “hasta tanto se resuelva o rechace el recurso extraordinario federal interpuesto ante el Máximo Tribunal, resulta prematura la decisión que ordenó dar intervención al Juzgado de Ejecución Penal N° 4”.

VI. El dictado de una pena única, aun ante las consecuencias que su impugnación pueda tener en la firmeza del reproche dirigido a quien fue declarado penalmente responsable, no constituye una razón suficiente para hacer cesar la actuación del tribunal que ha venido ejerciendo el control de la sanción a cincuenta años de prisión impuesta a F., ahora comprendida en la pena de ese mismo monto recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por consiguiente, no se advierten motivos para interrumpir en el marco de este legajo la intervención del fuero de ejecución, quien conoce la situación del nombrado al haber supervisado su situación hasta la fecha.

Los precedentes citados por el juzgado de ejecución y por la representante del Ministerio Público Fiscal no resultan de aplicación, pues allí se trataba de supuestos donde, a diferencia de la hipótesis que se verifica en el presente caso, se encontraba controvertida la firmeza de una sentencia de condena una vez declarado inadmisibile el recurso extraordinario federal y se debía establecer si correspondía la remisión al fuero de ejecución de un proceso que hasta ese entonces había permanecido ante el tribunal oral.

Por ello, oída la representante del Ministerio Público Fiscal, y en ejercicio de la autoridad que conceden el art. 23, inc. 1°, del CPPN y el art. 21, tercer párrafo, del Reglamento de esta Cámara —reformado por la Acordada 12/2017—, esta Presidencia resuelve: Declarar que corresponde al Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4 de esta ciudad continuar en conocimiento de esta causa N° Cód. Civ. y Comercial 151818/2015/EP1/1/CNC1. Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, infórmese mediante oficio electrónico al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 18 lo aquí decidido, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/2013 CSJN; Lex-100) y remítase oportunamente al tribunal correspondiente, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mario Magariños*.

HOMICIDIO CULPOSO

Mala praxis médica. Paciente inmunodeprimido. Tratamiento médico deficiente. Procesamiento.

1. — La responsabilidad del imputado deriva de no haber proporcionado una adecuada atención médica a su paciente —esto es, un tratamiento empírico con antibióticos de amplio espectro para combatir la infección que presentaba y dis-

poner el retiro inmediato del catéter endovascular que tenía, todo ello en tiempo oportuno—.

2. — La responsabilidad objetiva —médica— para la configuración del tipo, requiere examinar la falta de debida diligencia en adoptar medidas adecuadas para conservar la vida o restaurar la salud de la paciente, es decir, la omisión de detener el curso causal que inevitablemente llevó al paciente al óbito cuando era la imputada la profesional de la salud obligada particularmente a evitarlo, o cuanto menos, contaba con los conocimientos médicos necesarios para brindarle el tratamiento adecuado.
3. — Del historial médico de la niña surge que el imputado instrumentó un tratamiento deficiente e inadecuado para combatir la infección cuando esta se encontraba en posición de garante, en su carácter de médica-infectóloga, frente a la víctima. Es decir, luego de haberse establecido el cuadro infeccioso y teniendo en cuenta el antecedente médico que la víctima padecía —leucemia linfoblástica aguda pre B y por eso era una paciente con un severo compromiso de su sistema inmunológico—, la acusada debió dispensarle en tiempo oportuno el antibiótico de amplio espectro para contrarrestar la infección y no demorar para reemplazárselo.
4. — La imputada, profesional de la salud poseía los conocimientos necesarios y las herramientas para brindarle a la víctima la atención debida, siendo que la deficiente medicación aplicada y la omisión del retiro a tiempo del catéter guarda directa influencia en el resultado luctuoso verificado en la persona del paciente.
5. — Las circunstancias en que se produjo la muerte del paciente hacen que resulte pertinente profundizar la investigación con el objeto de evaluar la posible responsabilidad y eventual participación, de los diferentes médicos pediatras del servicio de guardia del ... que intervinieron en la atención médica de la nombrada
6. — En los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, el derecho espera de ciertos sujetos que están obligados a actuar por la posición de garante que ocupan, un comportamiento que se considera necesario o útil para impedir una modificación del mundo exterior constituida por la vulneración de un bien ajeno o su puesta en peligro.

CNCrim. y Correc., sala I, 20/04/2021. - E. P., M. N. y otros s/ procesamiento.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61692/2021]

CCC 54629/2018/CA1

2ª Instancia. -Buenos Aires, abril 20 de 2021.

Considerando:

I. Hecho imputado:

De acuerdo al acta de la declaración indagatoria del legajo digitalizado se atribuye a D. E. F. S. y a M. N. E. P.: "(...) en sus respectivos roles de Jefe del Servicio de Pediatría y de médica infectóloga del Instituto Argentino del Diagnóstico y Tratamiento y encontrándose a cargo de la atención médica de H. A. G. en esa institución médica, haber omitido prescribirle y proporcionarle a la nombrada el tratamiento médico adecuado, como ser un tratamiento empírico con antibióticos de amplio espectro para la cobertura de bacilos gram negativos y cocos gram positivos desde el ingreso de aquella en la institución el día 16 de marzo de 2018 y además disponer la extracción del catéter endovascular ese mismo día a partir de la hora 22:18 cuando se tomó conocimiento del resultado de los hemocultivos y retrocultivos que desarrollaron cocos gram positivos, cuya tipificación fue *Estafilococo Aureus Metilino Resistente (SAMR)*, bacteriemia asociada a catéter por SAMR. Tales medidas terapéuticas estaban indicadas a efectos de combatir un foco infeccioso de la paciente con severo compromiso de su sistema inmunológico (inmunosupresión), dado que fue diagnosticada con leucemia linfoblástica aguda tipo B.

Pese a la aparición de signos que dieron cuenta de la infección en la zona del catéter (el 16 de marzo de 2018) y la obtención de resultados que confirmaban la infección, los galenos intervinientes demoraron cinco días en cambiar el tratamiento antibiótico y disponer la extracción inmediata del catéter.

Como consecuencia de no haber tomado esas medidas en tiempo y forma, H. A. G. falleció el 23 de marzo de 2018, a la hora 18:47, debido a un shock séptico que había sido documentado microbiológicamente y refractario al deficiente tratamiento instituido."

II. Valoración:

De la situación procesal de M. N. E. P.

Llegado el momento de resolver, consideramos que los agravios expuestos por la parte recurrente no son suficientes para desvirtuar los fundamentos de la resolución impugnada, por lo que corresponde homologarla.

En efecto, previo a ingresar al análisis de la posición de garante que le cupo a M. E. P. por el rol que desempeñaba como profesional médica ante el cuadro de salud que presentó H. A. G. a partir de

las 12:26 hs., del 16 de marzo de 2018 —circunstancia en la que tomó contacto por primera vez con la paciente desde su ingreso al Instituto ... (...); ver la constancia médica “Evolución diaria-Pediatría” de ese día en la historia clínica digitalizada en el Lex 100—, hasta su deceso, es preciso aclarar que, en casos como el presente, estamos en presencia de delitos de omisión impropia.

En los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, el derecho espera de ciertos sujetos que están obligados a actuar por la posición de garante que ocupan, un comportamiento que se considera necesario o útil para impedir una modificación del mundo exterior constituida por la vulneración de un bien ajeno o su puesta en peligro.

En estos supuestos, si quien tiene a su cargo la posibilidad de evitar el curso causal que conduce al resultado donde se afecta la vida del paciente no realiza la conducta debida, viola el mandato prohibitivo de ese atentado con su omisión (Creus, Carlos, “Derecho Penal - Parte General”, Ed. Astrea, p. 148).

La omisión consistirá entonces en la no realización de la acción a la que estaba obligado el sujeto en razón del deber de cuidado que le correspondía, por tener un deber jurídico especial de evitar el resultado (Mir Cerezo, José, “Derecho Penal-Parte general”, Ed. Bdef, Buenos Aires, 2008, p. 981 y ss.).

En el presente caso, la responsabilidad de E. P. deriva de no haber proporcionado una adecuada atención médica a H. G. —esto es, un tratamiento empírico con antibióticos de amplio espectro para combatir la infección que presentaba y disponer el retiro inmediato del catéter endovascular que tenía, todo ello en tiempo oportuno—.

Por lo tanto, la responsabilidad objetiva —médica— para la configuración del tipo, requiere examinar la falta de debida diligencia en adoptar medidas adecuadas para conservar la vida o restaurar la salud de la paciente, es decir, la omisión de detener el curso causal que inevitablemente llevó a H. G. al óbito cuando era la imputada la profesional de la salud obligada particularmente a evitarlo, o cuanto menos, contaba con los conocimientos médicos necesarios para brindarle el tratamiento adecuado, lo que no ocurrió en autos.

En este sentido, valoramos la evaluación realizada por los galenos del Cuerpo Médico Forense respecto a la historia clínica de G.

Sobre este punto, cabe señalar que los facultativos efectuaron una síntesis concreta de su evolución durante el período —entre el 16 y el 23 de marzo de 2018— en que estuvo internada en el ..., y que resulta

relevante y a la vez clarificador para conocer en qué consistió la intervención de la encausada y cuáles fueron las directivas y ordenes que impartió en relación al cuadro de salud que presentaba, por lo que se impone la transcripción textual de ciertos pasajes que apuntalan el temperamento confirmatorio a adoptar.

Al respecto, se detalló en torno a la consulta médica del 16 de marzo de 2018 que: “La niña es llevada en consulta por presentar registro febril de 39° en contexto de cuadro de tos y rinorrea de comienzo reciente. Se interpreta cuadro clínico =>neutropenia febril (laboratorio del día 14/03 informa neutropenia severa (<500 fagos) se interna. Ingresa en regular estado general, febril. En piel pericaracter implantable presenta eritema pálido y sobre cicatriz del catéter presenta una escasa secreción amarillenta con punto distal. Se efectúan HCM x2 y retrocultivo y urocultivo y se inicia tratamiento con piperacilina, tazobactam + amikacina. Siendo las 22.18 horas se informa tanto en los HMC como en el retrocultivo desarrollan cocos gram positivos. Se toma nuevo retrocultivo y se habilita catéter para pasaje de ATB y mantener conducta expectante respecto de vancomicina —cabe señalar que a las 12:26 hs. del 16 de marzo E. P. evaluó por primera vez a H. G., e indicó continuar con el tratamiento inicial, convalidando lo indicado por los médicos M. d. R. C. y E. P., respectivamente; cfr. la hoja de “Evolución diaria-Pediatría”, en esa fecha en la historia clínica del ... que este tribunal tuvo a la vista—.

El día 17 de marzo se consigna paciente cursando internación por bacteriemia asociada a catéter por SAMR (HMC x 2 y retrocatéter positivo para SAMR), bajo tratamiento con Piper-tazo + AMK. Servicio de Infectología decide rotar tratamiento ATB con Vancomicina a 40/ Kg/ día cada 6 horas y nuevo HMC en 48 horas. Se tomó un 2° retrocultivo que también informa positivo para cocos en racimos. Se mantiene afebril desde hace 48 horas. Al día siguiente se aumenta dosis de Vancomicina a 60/kg. —cabe mencionar que en esa fecha surge que la médica de guardia, P. H., efectuó una interconsulta por teléfono con la acusada, quien decidió rotar el tratamiento antibiótico que se le suministró hasta ese momento a Vancomicina, ordenando un nuevo hemocultivo en 48:00 hs.; cfr. la “Evolución diaria-Pediatría” en esa fecha—.

El día 19 de marzo paciente progreso con eritema en zona de catéter y escasa secreción serohemática. Se recibe vancocinemia 3.7 mcg/ mm”. Se sugiere continuar con vancomicina, se aumenta 10/Kg. Sale muestra de HMC x 2 (control) —advértase que en la fecha la encausada examinó personalmente a la menor y solicitó la evaluación por cirugía con respecto al catéter porth-a-Cat; cfr. la Evolución diaria-Pediatría” de ese día—.

El día 20 de marzo se informa que los cultivos continuaban positivos para cocos en acúmulos (SAMR). Se evidencia en zona del bolsillo del catéter lesión pustulosa que comienza a drenar material hemático-purulento. Se decide en conjunto con cirugía e infectología, programar extracción del catéter.

El día 21 de marzo la paciente se encuentra clínicamente estable, en suficiencia cardiorrespiratoria, afebril, normohidratada. A las 21 horas presentó registro de 37.5. sin descompensación hemodinámica, que cedió con antitérmicos. Cumple 5° día de tratamiento por bacteriemia a SAMR asociada a catéter. Recibe Vancomicina (4° día). Evoluciona subfebril. Presenta supuración por zona de herida bolsillo y pericatóter. Se recibe dosaje de Vancomicina: 12.9 mcg/ l. Se indica: Extracción del catéter— Continuar con Vancomicina— Se sube 10 mg/ Kg por vancomicina de 12.9 (80/ Kg). Salen HMC de control. A la hora 19.00 sube a quirófano —se observa que la “Evolución diaria - Pediatría” de las 13:39 hs. fue suscripta de puño y letra por E. P.—.

El día 22 de marzo a la hora 17.33 la niña se mantiene persistente febril, pico máximo 38.6 °C, palidez cutánea, pulsos saltones sin descompensación hemodinámica, taquicárdica, abundante CVAS, abdomen distendido, BD, impresiona levemente doloroso a la palpación superficial en flanco derecho. Conducta ATB sin cambios.

A la hora 21.43, infectología indica suspender Vancomicina e iniciar tratamiento con Daptomicina 10 mg/ Kg/ día + Rifampicina 15 mg/ Kg/ día. Sin cambios clínicos durante la guardia —se menciona que a raíz de la comunicación telefónica hecha por la médica de guardia, P. F. Z., a la encausada ante el cuadro de “Bacteriemia asociada a catéter por SAMR” que aún persistía en H. G. desde hacía varios días, esta decidió suspender la Vancomicina y le prescribió aquella nueva medicación; cfr. la “Evolución diaria-Pediatría” de las 21:43 hs.—.

El día 23 de marzo la niña se encuentra en REG, mayor dificultad respiratoria sin mejoría con máscara con reservorio. Importante distensión abdominal que no mejora con colocación de sonda nasogástrica. Presenta taquipnea, taquicardia y tiraje generalizado. Se evalúa con médico de UTIP y se decide su pase por requerir mayor complejidad. Por clínica respiratoria se decide ventilar. Comienza con sangrado a través del TET y por SNG asociándose a bradicardia extrema, por lo cual se inician maniobras de reanimación presentando PCR (paro cardiorrespiratorio) Recupera. Presentando posteriormente 3 episodios de PCR. Salen HMC x 2 y aspirar traqueal. Se informa cultivo de punta de catéter creciendo BGN (Bacilio Gram Negativo) que impresiona pseudomona, por lo cual se agrega al esquema Meropenem y AMK —cabe resaltar que a las 13:23 hs. fue

la última vez que E. P. examinó a la H. e indicó nuevos antibióticos pero continuar con la Daptomicina; cfr. la “Evolución diaria-Pediatría” en esa fecha.—.

A las 18.57 horas la niña se encuentra crítica, descompensada con shock séptico por SAMR, con hipertensión refractaria e inotrópicos. Presenta cuadro cardiorrespiratorio por 6° oportunidad, por lo cual se inician medidas de reanimación con masaje y ronda de bicarbonato de sodio, cloruro de calcio y adrenalina que no responde a las maniobras realizadas durante 15 minutos con midriasis pupilar, certificándose el óbito a las 18.47 horas.”.

Ahora bien, tras haberse realizado la junta médica, integrada por los Dres. Raúl Zoccoli y Alfredo Delbene del Cuerpo Médico Forense y por los peritos designados por las partes (ver fs. 109/118, el Anexo I de fs. 119/137 y 145/148), vemos que la omisión en prescribir el tratamiento médico adecuado y disponer la extracción inmediata del catéter endovascular por parte de la imputada en la atención que le prestara a la niña puede reconstruirse a través del informe de los expertos del citado organismo.

De esta manera, ante los interrogantes planteados, como ser cuál fue al motivo de internación de H. G. en el ... el 16 de marzo de 2018, los facultativos mencionaron que en esa fecha existió “(...) consulta por registro febril de 39° C en contexto de paciente con diagnóstico de LLA-B bajo tratamiento actual con quimioterapia, neutropenia febril (fagos < 500), cuadro de tos y rinorrea de comienzo reciente. Por tal motivo, se decide su internación.”

En relación a los diagnósticos y tratamientos instaurados a la niña durante el período de internación, respondieron: “A la niña H. A. G. se le diagnostica una Leucemia Linfoblástica Aguda pre B en su primera internación que ameritó tratamiento onco-hematológico y controles clínicos posteriores.

El día 16 de marzo de 2018 la niña ingresa por presentar registro febril de 39° C en contexto de cuadro de tos y rinorrea de comienzo reciente, en paciente neutropénica febril. Se le diagnostica infección asociada a catéter.”.

Asimismo, cuando se consultó a los peritos si dichos tratamientos fueron los adecuados, en tiempo y forma, para todos los diagnósticos y cuadros que presentó la niña durante su internación respondieron: “Desde su ingreso al Instituto de Diagnóstico y Tratamiento el día 20 de febrero de 2018, el tratamiento implementado resultó acorde a la patología onco-hematológica de base y a los controles clínicos efectuados.

En lo que respecta a la consulta efectuada el día 16 de marzo de 2018, la niña H. A. G. se interna por presentar registro febril de 39° C en contexto de cuadro de tos y rinorrea de comienzo reciente, con el antecedente diagnóstico de LLA-B en febrero de 2018 bajo tratamiento actual y último laboratorio efectuado que informó neutropenia severa (menos de 500 fagos). Asimismo, se consigna que en piel peri catéter implantable presenta eritema pálido y sobre la cicatriz de catéter presenta una escasa secreción amarillenta en un punto distal. Se le realizan hemocultivos x 2 y retrocultivo e inicia tratamiento empírico antibiótico con Pipertazobactam y amikacina. A la hora 22.18 se informa resultados de HMC x 2 y retrocultivo positivos ambos para cocos gram positivos.

Conforme a lo expuesto, debemos considerar:

1. Frente a la presencia de probable foco infeccioso de piel y partes blandas asociado a infección de bolsillo de catéter en paciente portador de LLA pre B, neutropénico severo, se debería de haber iniciado tratamiento antibiótico empírico de amplio espectro, para cobertura de Bacilos Gram negativos y Cocos Gram positivos, conforme consensos y normas nacionales e internacionales.
2. Ese mismo día a la hora 22.18, se consigna en la historia clínica los resultados de los hemocultivos y del retrocultivo que desarrollan cocos gram positivos, cuya tipificación informa “*Estafilococo Aureus* Meticilino Resistente (SAMR)0 => bacteriemia asociada a catéter por SAMR”. Frente a este escenario, se debería de haber extraído el catéter en ese momento. La paciente recién subió a quirófano para la extracción del catéter el día 21 de marzo a la hora 19.00.”

Por otro lado, tras haberle sido requerido a los galeones que, sin perjuicio del punto anterior, se informara de manera amplia y pormenorizada, cuál era el procedimiento o el conjunto de prácticas médicas adecuadas que debieron aplicarse para tratar la enfermedad, diagnósticos o cuadros que presentó H. G. durante su internación en el nosocomio citado, expresaron que: “1. Se debería haber iniciado tratamiento empírico con antibióticos de amplio espectro para la cobertura de Bacilos Gram Negativos y Cocos Gram positivos, a su ingreso al IADT, por tratarse de una paciente neutropénica febril. 2. Frente a la sospecha y/o evidencia clínica de proceso infeccioso en curso a nivel del sitio de inserción de catéter (piel y partes blandas), además de haber efectuado cultivo de sangre periférica y cultivo de sangre por catéter (retrocultivo), correspondía la extracción del catéter endovascular.

Tales medidas terapéuticas están indicadas a efectos de combatir un foco infeccioso en paciente con severo compromiso de su sistema inmunológico (inmunosupresión); y que de no tomarlas, aumentarían su morbi-mortalidad.”

Sobre la causa del fallecimiento de H. G. indicaron: “Conforme surge de las constancias médicas aportadas, la niña portadora de leucemia linfoblástica aguda/ neutropenia severa, fallece a causa de Shock Séptico documentado microbiológicamente y refractario al tratamiento instituido.”

Finalmente, tras consultársele a los profesionales actuantes que para el caso de que el tratamiento no haya sido el adecuado, se informara el grado de incidencia de ello en el fallecimiento de la niña, a lo que contestaron: “Consideramos que las medidas terapéuticas implementadas no resultaron acordes al diagnóstico efectuado a su ingreso el día 16/03/2018 => bacteriemia asociado a catéter por SAMR, favoreciendo la persistencia de foco infeccioso y aumentado por ende su morbi-mortalidad.”

Frente a este panorama, concluimos que M. E. P., en su calidad de médica pediatra e infectóloga del ..., no proporcionó a H. G. la atención médica debida ante la presencia de un proceso séptico —esto es, un tratamiento empírico con antibióticos de amplio espectro para la cobertura de Bacilos Gram negativos y Cocos Gram positivos desde su ingreso a la institución, el 16 de marzo de 2018 y no haber ordenado el retiro inmediato del catéter endovascular que tenía, en esa fecha a partir de las 22:18 hs., cuando se consignó en la epicrisis el resultado de los hemocultivos y retrocultivos que desarrollaron Cocos Gram positivos, cuya tipificación informó “*Estafilococo Aureus* Meticilino Resistente (SAMR), bacteriemia asociada a catéter por SAMR”—, siendo que la nombrada tras tomar conocimiento de los análisis no modificó el tratamiento médico administrado.

Del historial médico de la niña surge que E. P. instrumentó un tratamiento deficiente e inadecuado para combatir la infección cuando esta se encontraba en posición de garante, en su carácter de médica-infectóloga, frente a la víctima.

Es decir, luego de haberse establecido el cuadro infeccioso y teniendo en cuenta el antecedente médico que H. G. padecía —Leucemia Linfoblástica Aguda pre B y por eso era una paciente con un severo compromiso de su sistema inmunológico (inmunosupresión)—, la acusada debió dispensarle en tiempo oportuno el antibiótico de amplio espectro para contrarrestar la infección y no demorar hasta las 21:43 hs., del 22 de marzo, para reemplazárselo por Daptomicina más Rifampicina.

También debió haber ordenado quitar el catéter que tenía implantado inmediatamente, cuando supo de la bacteriemia asociada al mismo por SAMR a través de los resultados de los análisis (el 17 de marzo, a las 13:09 hs., ver la historia clínica), y no aplazarlo hasta las 13:34 hs., del 19 de marzo, cuando dispuso

por primera vez que se evaluara el dispositivo por cirugía (cfr. el historial médico de la paciente en ese día), siendo finalmente extraído el 21 de marzo en horas de la noche.

Los peritos oficiales concluyeron en que la demostra en cambiar el tratamiento antibiótico y disponer la extracción del catéter importó un incremento significativo del proceso séptico que fue apto para provocar el deceso de la niña.

No resulta un dato menor que en la epicrisis se dejó constancia que al momento de ingresar H. al sanatorio —el 16 de marzo, en horas de la madrugada— presentaba “En piel pericater implantable presenta eritema pálido y sobre cicatriz del catéter presenta una escasa secreción amarillenta con punto distal,” con lo cual ello debió ser un antecedente que alertara a la imputada de la presencia de una infección en la zona de cuerpo de la niña, pues ella la evaluó aquel día en horas del mediodía —12:26 hs.—, más allá de que se haya consignado diez minutos antes —12:17 hs.— de su visita por parte del médico pediatra E. P. que la paciente “Presenta leve eritema pericater de 72 hs. de evolución con mejoría, en comparación con días anteriores” (ver la hoja “Evolución diaria-Pediatría” en esa fecha).

Las circunstancias mencionadas evidencian la omisión en concretar las acciones necesarias por la especial posición de garante que tenía respecto a una paciente como G., que estaba internada en el ... por haber ingresado con fiebre —39° C—, con un cuadro de tos y con rinorrea de comienzo reciente, y por tratarse de una paciente neutropénica febril y que había sido diagnosticada tres semanas atrás, en su primera internación en el lugar, con Leucemia Linfoblástica Aguda pre B, y de la cual conocía con profundidad el estado salud con el que ingresó.

La encausada tras haber adoptado un tratamiento médico inapropiado por el cuadro que presentaba la paciente, la situación clínica de se agravó, expandiéndose la infección y consecuentemente se dispersó en todo su organismo, a punto tal que debió ser internada en la unidad de terapia intensiva donde falleció el 23 de marzo, por la tarde.

En base a todo lo expuesto, el descargo ensayado por M. E. P. en cuanto a que no se habría desempeñado como médica de guardia en la institución en el período cuestionado, aclarando que su única función sería asesorar y/o sugerir sobre las conductas diagnósticas y terapéuticas a los profesionales intervinientes dado que no tendría pacientes a su cargo, aunado a que el tratamiento que administró a la paciente fue el adecuado en tiempo y forma, por lo tanto habría actuado con la debida diligencia en la asistencia médica que le brindó, habiendo concretado todas las medidas terapéuticas que requería el cuadro in-

feccioso que presentó (cfr. el acto de defensa de fecha 10 de noviembre de 2020 en el Lex-100), extremo que ha sido desvirtuado por las contundentes conclusiones de experticia médica citada, no permite modificar el reproche penal, puesto que se desprende de la documental médica que se le dio intervención por la especialidad (infectóloga) que tenía en aquella época y que actualmente reviste en el centro asistencial, así como también que fueron en diversas oportunidades en que examinó a la paciente, impartió determinadas indicaciones y prescripciones en relación a su estado de salud e incluso había sido la única médica especialista en la materia que la asistió.

En esas condiciones, es posible, de momento, sostener que la imputada, profesional de la salud poseía los conocimientos necesarios y las herramientas para brindarle la atención debida, siendo que la deficiente medicación aplicada y la omisión del retiro a tiempo del catéter guarda directa influencia en el resultado luctuoso verificado en la persona de H. G.

Así, se ha dicho que: “(...) Al diferenciar en imprudencia-negligencia...la norma no solo está reprochando un hacer de más —imprudencia—, sino también en cuanto al segundo supuesto, está conminando toda omisión que se aleje del cuidado debido, incluida, claro está, la omisión de conjugar un riesgo. En estos últimos casos se estará causando normativamente (no evitando) la muerte, siempre que con la acción debida el resultado no se hubiera producido, con una posibilidad rayana en la certeza” (David Baigún, Eugenio R. Zaffaroni, Código Penal, Ed. Hammurabi, 210, T. 3, p. 691).

En consecuencia, concluimos que se ha arribado al grado de probabilidad que exige el art. 306, CPPN, que impone que la encausada continúe sometida a proceso, frente “al fundamento de la gran probabilidad de seriedad de la imputación...que basta para seguir adelante con el procedimiento y provocar la apertura del procedimiento principal” (Julio B. J. Maier, Derecho Procesal Penal, Ad Hoc, Bs. As., 2015, T. III, p. 356), permitiendo entonces el avance de la causa hacia otras etapas, donde la defensa podrá exponer su postura bajo los principios de inmediación, concentración de la prueba y contradicción entre las partes, propios de la oralidad que caracteriza el juicio, superándose así las limitaciones de una etapa rígida y dirigida, como lo es la instrucción.

Por ello, corresponde convalidar la decisión recurrida en lo que respecta a M. N. E. P.

De la situación procesal de D. E. F. S. Luego del análisis del caso, entendemos que los argumentos desarrollados por la defensa técnica merecen ser atendidos, razón por la cual corresponde revocar la decisión impugnada, disponiéndose en consecuencia la falta

de mérito para procesar o sobreseer al nombrado (art. 309 del CPPN).

En efecto, el imputado en su descargo mencionó que no sería el jefe del servicio de pediatría en el ..., sino que se desempeñaría como jefe o coordinador de internación en el lugar y que no tendría una función asistencial sobre los pacientes. Agregó que, si bien por su función conversaría con los progenitores de los pacientes para solucionar algún problema que los aquejaba, y que también actuaría como consultor frente a los médicos tratantes cuando necesitarían una segunda opinión, lo cierto es que indicó no realizar ninguna acción directa sobre los pacientes, ya que carecería de poder de decisión sobre estos, dado que sería una facultad exclusiva de los médicos de la guardia.

Refirió que jamás habría examinado ni evaluado a la paciente durante su internación y, que más allá que luce su firma y sello en la hoja de la “Evolución diaria - Pediatría” del 19 y del 22 de marzo de 2018, respectivamente, lo cierto es que habría sido a modo de completarlas dado que en el primer caso la niña habría sido evaluada y evolucionada por la médica pediatra R. (matrícula N° ...), mientras que en la segunda oportunidad habría sido por la Dra. C. (matrícula N° ...) (cfr. la epicrisis digitalizada), las que habrían omitido estampar su firma en cada uno de esos documentos, para luego haber aclarado que cada médico para acceder a la historia clínica digital de un paciente y cargar la información pertinente debe utilizar su usuario y clave, con lo cual puede verificarse que en las fechas señaladas fueron aquellas profesionales de la salud quienes evaluaron e hicieron el seguimiento de la niña y no él (ver el acto de defensa de fecha 10 de noviembre de 2020, y su ampliación del 30 de marzo de 2021, en el Lex 100).

Ahora bien, hasta el momento no contamos con elementos de prueba para agravar la situación procesal de D. E. F. S. en los términos del art. 306 del CPPN, por cuanto formuló una hipótesis diferente y contrapuesta a la investigada, del suceso que se le reprocha, que a la luz de art. 304 *ibídem* se desprende la necesidad de continuar con la investigación a su respecto.

En este sentido, deberá establecerse para la época —entre el 16 y el 23 de marzo de 2018— en la que permaneció internada H. G. en la institución, cuál era la labor que desempeñó del encausado en el lugar, cuáles fueron las funciones que cumplió, qué tipo de trabajo realizó y si tenía a su cargo la supervisión de los pacientes internados (evaluación y tratamiento médico).

En esa línea, habida cuenta lo consignado por la médica pediatra L. A. en la hoja “Evaluación diaria - Pediatría” del 18 de marzo, a las 10:51 hs., relacionada a que: “En conjunto con coordinador se decide

tomar conducta expectante de la paciente en cuanto a la toma de cultivos ya que hace 24 hs. inició tto. con Vancomicina.”, corresponde dilucidar la identidad de esa persona, qué funciones le cabría en ese rol y si la tarea de coordinador y de consultor la ejerce una misma persona; máxime cuando D. F. S. alegó ser “jefe” o “coordinador de internación” en el ..., sumado a que indicó que en determinadas ocasiones actuaría como un “consultor” frente a los médicos tratantes cuando solicitarían una segunda opinión.

Por último, luce oportuno requerir al ... que informe si resulta habitual que el imputado, en su presunto carácter “jefe” o “coordinador de internación” en el lugar, suscriba e incorpore su sello médico en la “Evaluación diaria-Pediatría” que habría sido confeccionada por otro galeno (en referencia al día 19 y al 22 de marzo) a efectos de subsanar una presunta omisión en cuanto a la falta de firma en la documentación citada y en caso que ello sea posible, se deberá indicar si un médico puede utilizar en forma simultánea la clave y el usuario de otro para volcar los datos en la historia clínica de un paciente y así completarlas.

Finalmente, atendiendo a las circunstancias en que se produjo la muerte de H. G., como se indicara en los considerandos precedentes, resulta pertinente profundizar la investigación con el objeto de evaluar la posible responsabilidad y eventual participación, de los diferentes médicos pediatras del servicio de guardia del ... que intervinieron en la atención médica de la nombrada, a partir de su ingreso en la madrugada del 16 de marzo de 2018 hasta que fue derivada para su internación en la unidad de la terapia intensiva el 23 de marzo, a las 9:12 hs. (cfr. la historia clínica digitalizada).

Frente a todo lo expuesto, hasta tanto se profundice la pesquisa en el sentido indicado, aparece prudente adoptar el temperamento expectante que prevé el art. 309 del CPPN respecto a D. E. F. S.

De este modo, consideramos que corresponde revocar la resolución en crisis, disponiéndose el cumplimiento de las medidas de prueba señaladas, las cuales devienen conducentes para la investigación, y toda otra que resulte de utilidad y considere el Representante del Ministerio Público Fiscal a cuyo cargo se encuentra delegada la instrucción del sumario de conformidad con el art. 196 del CPPN —ver en el Lex 100—, para el esclarecimiento del asunto.

En consecuencia, el Tribunal resuelve: I. Confirmar parcialmente la resolución dictada el 1 de marzo de 2021, en cuanto dispuso decretar el procesamiento de M. N. E. P. en orden al delito de homicidio culposo (art. 455, del CPPN). II. Revocar parcialmente el pronunciamiento citado, en cuanto dispuso el procesa-

miento de D. E. F. S. como autor del delito de homicidio culposo (art. 455, a contrario sensu, del CPPN). III. Decretar auto de falta de mérito para procesar o sobreseer a D. E. F. S., en orden al hecho por el que fue formalmente indagado (arts. 309 y 455, a contrario sensu, ibídem), debiéndose cumplir con lo dispuesto en los considerandos. Se deja constancia de que la Dra. Magdalena Lafío, subrogante de la vocalía N° 14, no suscribe por hallarse abocada a las tareas de la Sala VI de esta Cámara y por haberse logrado mayoría con el voto de los suscriptos. Asimismo, 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, 125/2021, 168/2021 y 235/2021 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.*

INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

Pena de ocho meses de prisión efectiva impuesta a un progenitor que se despreocupó de sus hijas durante dos años. Ley 13.944. Indemnización del daño causado.

1. — Corresponde condenar al imputado por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, a la pena de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento, no hacer lugar al pedido de detención domiciliaria ni de eximición de prisión y fijar como monto de indemnización del daño causado la suma de ciento cinco mil pesos, con más los intereses que pudieran corresponder, cuyo pago deberá realizarse en la cuenta de la denunciante, en representación de sus hijas menores, una vez que la presente decisión se encuentre en condiciones de ser ejecutada.
2. — Lejos de compartir la opinión de la defensa, esto es que la pena de prisión no serviría, como en el caso, cuando hay una infracción de una persona sobre otra, el estado debe reconocer el derecho de quien ha sido víctima para evitar que se aplique en el día a día, la ley del más fuerte. En esta situación, en la que la madre tiene la guarda de las menores, quien tiene que rebuscarse a diario para conseguir el dinero para alimentarlas, no cabe duda de que el imputado es el más fuerte en el vínculo. En este sentido, como no han llegado a un acuerdo, no queda otra alternativa más que tomar una decisión violenta, como reconocimiento del derecho.
3. — Fue el propio imputado quien, a través del consejo de su defensa, reconoció el hecho. Reconocer el hecho, significa reconocer que es el padre, que omitió prestar los medios indispensables y que tenía la posibilidad de realizarlo.
4. — Resulta inverosímil que en dos años, en ningún momento, el imputado haya podido realizar ningún tipo de pago. Al menos una parte, una entrega de alimentos, uniformes, ropa, de ir a buscar bolsones de comida, como hizo la madre de las niñas. El acusado mostró una desatención total. En ese tiempo, él pudo alimentarse, vestirse, incluso refirió consumir cocaína, con lo cual de algún modo tuvo que pagar también la droga. Sin embargo, se despreocupó de si sus hijas tenían o no alimento suficiente, medios indispensables para concurrir a la escuela, elementos de higiene. Los dos únicos pagos que realizó, uno lo hizo unos días antes de ser intimado, de modo que cuando la justicia se le pone encima, consigue el dinero y paga los alimentos; el otro en la fecha, unos minutos antes de comenzar la audiencia. En conclusión, cabe tener por acreditados los tres elementos que exige la figura legal de incumplimientos de los deberes de asistencia familiar.
5. — Con respecto a la pena de prisión que corresponde, descartada la detención domiciliaria, se debe ingresar por el mínimo de la escala e ir verificando si se dan agravantes para ir aumentando en la escala penal. En el caso, hay muchas agravantes: dos víctimas directas, las hijas del imputado; una víctima indirecta, porque al no hacerse cargo de la obligación alimentaria, se vuelve la madre en tal, al no poder descansar en el restante progenitor para poder desarrollarse personalmente, profesionalmente, y poder tener incluso otro dinero sino mayor tiempo libre para su vida cotidiana. También, el período de plazo por el que incumplió, así como la reiteración de conducta y que realizó la conducta pese a conocer el estado de vulnerabilidad de las víctimas.
6. — En líneas generales, es correcta la apreciación genérica de la defensa: es mejor que se abone el pago de multa, que se destine a la cuenta de

la víctima indirecta, para solucionar el conflicto y que el dinero llegue a las víctimas directas del caso. Sin embargo, uno no puede hablar de manera abstracta y genérica de los conflictos. En el caso, se advierte que el acusado ya fue condenado por infringir la Ley 13.944, por no cumplir con sus deberes alimentarios como padre. Ese dato es muy importante, porque se lo condenó a una pena de multa y quedó claro que debía internalizar y comprender la gravedad del asunto.

7. — Un argumento más de por qué descarta la pena de multa, es que no ha demostrado ninguna pretensión de pagar por parte del progenitor. Lejos de compartir con la defensa el argumento referido a que si sufre un encierro no va a poder abonar la cuota, lo cierto es que no ha pagado alimentos en ningún momento, por lo que la decisión no perjudica a las víctimas, les reconoce un derecho. Más aún, cuando la pena de prisión se haga efectiva, puede realizar trabajos, y por primera vez percibir un ingreso que se destine a las niñas. Es menor, pero es un importe.
8. — El imputado tuvo de parte del Estado la aplicación de sanciones con menor contenido de violencia, con la posibilidad de que haga tareas comunitarias para evitar la pena de prisión, y tuvo concretamente tres hechos por los cuales fue condenado. Esos motivos llevan a reconocer el derecho de las víctimas, las hijas de aquel, representadas de algún modo por su madre, el reconocimiento del derecho, de la razón y de la verdad de estos hechos, teniendo en cuenta que, al no haber un espíritu de solucionar el conflicto, no hay otra alternativa que la pena de prisión.
9. — Con respecto a la reparación integral, si bien la víctima no ha sido interrogada sobre el monto solicitado, corresponde hacer lugar conforme lo normado en el art. 29 del Cód. Penal, porque en esta situación, al menos tener el reconocimiento del derecho es un punto favorable (ley 13.944).
10. — La ley 13.944 sanciona como delito a quien omite prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijos. Este delito no requiere que haga algo, sino lo que le recrimina es, como el imputado, no hacer absolutamente nada para sus hijas. Para tenerlo por acreditado, se requieren tres elementos. En primer término, la situación generadora del deber de actuar, que lo obliga a hacer algo. En el art. 638 y 658 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, se establece la obligación alimentaria de ambos padres respecto de sus hijos y, por otro lado,

la ley 13.944 menciona que el padre que omite prestar los medios indispensables es sancionado con una pena de multa o prisión.

JPenal, Contravencional y de Faltas Nro. 6, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23/03/2021. - Sr. R.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/19648/2021]

1ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 23 de 2021.

El Sr. Juez pasa a dictar sentencia oral, de forma íntegra, por lo que solicita no se lo interrumpa y se mantengan todos en silencio, con micrófonos silenciados. Ello en tanto la sentencia es netamente oral y se transcriben los argumentos que brinda. Comienza diciendo que va a tener por acreditado que desde enero de 2019 hasta la fecha, tal como ha sido ampliada la acusación en la audiencia, el Sr. R. omitió prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijas: C. E. R., de once años de edad, nacida el ... y T. I. R., de ocho años de edad, nacida el ..., ambas domiciliadas en ..., de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, junto a su madre, M. S. C. Le refiere directamente al imputado que, básicamente, omitió prestar auxilio vinculado a la educación, alimentación, medios en salud, vivienda, vestimenta, tanto ropa informal como escolar, conectividad y esparcimiento. Explica que lo tiene acreditado, más allá de toda duda, no solo con su reconocimiento de los hechos, lo que ocurrió al comienzo de la audiencia cuando hizo saber que tenía conocimiento de que podía ir a juicio oral pero optó simplemente por reconocerlo, sino también los tiene acreditados a través del relato de la víctima indirecta, M. S. C. Refiere que la nombrada nos relató todos los esfuerzos realizados para que sus propias hijas puedan alimentarse, nos contó todas las peripicias que tuvo que hacer para conseguir alimentos, todo el esfuerzo que tuvo que realizar para conseguir trabajo, como fue de a poco conformando una red de contención, al no tener familiares directos que la puedan ayudar, lo que le ha permitido incluso pedir pequeños préstamos personales para costear lo mencionado. Nos contó también las dificultades que tenía en la vivienda donde habita, ya que si bien esta todo pago, el mantenimiento se hacía muy costoso y tenía dificultades para afrontarlas. Este testimonio que en cada uno de los puntos fue muy elocuente y concluyente, fue verificado con la prueba documental que ha acercado la fiscalía, y se observa un relato coherente en cada una de las declaraciones, en tanto nos aporta los mismos datos. Nos mencionó en cuanto al trabajo que, para mantener a sus hijas, realizaba tareas a través de la aplicación de rappi, por sesenta pesos cada uno de los viajes, en bicicleta, y que, como no le alcanzaba, realizaba tareas esporádicas de limpieza, que le permitían un ingreso de entre 400 a 500 pesos la hora, y que además, también cobraba tres mil cien pesos de la A.U.H. por cada una de sus hijas. Nos

refirió que para alimentarse, como eso tampoco le alcanzaba, también tenía que recurrir a otros medios sociales, que asistía los días lunes, jueves y domingos a un comedor, a otro los días miércoles, retiraba una vez por mes bolsones de comida en Av. San Juan, y recibía ayuda de un comedor ubicado en calle ..., y de la misma manera tuvo el mismo problema para palear temas de educación, útiles escolares y ropa. Conforme manifestó la fiscal, mostrando los índices actuales inflacionarios y de ingresos, a pesar de estos esfuerzos, seguía estando por debajo de la línea de pobreza. Sin embargo, refirió que procuró brindar los medios indispensables, indicándole a R. que él no lo había realizado. Continúa diciendo que quiere resaltar que, si bien la testimonial de la víctima ha sido coherente, debe ser enmarcada, según los tratados internacionales, convenciones y la ley de protección a la mujer, como así también de la jurisprudencia vinculada a la materia, que nos refieren que el testimonio en estos supuestos en los que se ejerce violencia de género, en particular violencia económica, se tenga presente que tienen el mismo valor de prueba como para, de alguna manera, derrocar la presunción de inocencia. Al respecto, cita el fallo "Newbery Greve" del Tribunal Superior de Justicia y "Rosendo Cantu" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se estableció la importancia del valor probatorio del relato de la víctima en casos de violencia de género. Por esa razón entiende que no solo contamos con el relato de una víctima que ha declarado de manera precisa y contundente, muy circunstanciada, brindando datos precisos de cómo iba sorteando los obstáculos para poder brindar a sus hijas de los medios indispensables, sino que esa declaración se apoya en su propia versión al reconocer los hechos, y en los distintos informes que fueron elaborados por la OVD y la OFA-VyT que ha aportado la fiscalía. Aclara que quiere remarcar algunos puntos, que no es su deseo aburrir, en tanto son hechos que no se encuentran controvertidos, ni la fiscalía y la defensa lo controvierten, en tanto es una suerte de acuerdo probatorio de que los hechos están acreditados, pero son muy elocuentes. Así, destaca que la Licenciada Centurión menciona el trabajo de rappi que iba haciendo la denunciante, y que aquel le permitía realizar cuando podía la actividad, sobre todo en horario nocturno, así lo relata y aparece en el informe respectivo, mencionando que percibe sesenta pesos por cada viaje. Menciona también los informes del 12 y 13 de junio de la trabajadora social Jessica Sinisi, del Ministerio Público Fiscal, que dan cuenta de sus ingresos. Por último, el informe de Verónica Hauman que da cuenta de la misma situación y califica como de riesgo moderado. A su criterio, son todos informes muy elocuentes que explican la situación con la que se encontraron.

Continúa diciendo que respecto del encuadre legal de los hechos, debe mencionar que la ley 13.944

sanciona como delito a quien omite prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijos. Este delito no requiere que haga algo, sino lo que le recrimina es, como F. R., no hacer absolutamente nada para sus hijas. Para tenerlo por acreditado, explica que se requieren tres elementos. En primer término, la situación generadora del deber de actuar, que lo obliga a hacer algo. Siguiendo al Asesor Tutelar, en el art. 638 y 658 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, se establece la obligación alimentaria de ambos padres respecto de sus hijos, y por otro lado, la ley 13.944 menciona que el padre que omita prestar los medios indispensables, es sancionado con una pena de multa o prisión. De este modo, le explica a R. que entiende que él se encontraba en una situación en la que estaba obligado a actuar, circunstancia que quedó acreditado en la audiencia a partir de las partidas de nacimiento presentadas, que dan cuenta, concretamente, que C. E. y T. I., víctimas del caso, son hijas tanto de la C. como de R. En segundo lugar, tiene que haber una omisión. Le explica al imputado que esto significa que no haya realizado nada para brindarle un medio de ayuda, para que tengan acceso a la vivienda, salud, educación, etc. Y eso está acreditado no solo con sus dichos y los de C., sino con los informes. Cada vez que se ha establecido una cuota alimentaria, no la ha pagado, y acreditar tal circunstancia, en caso de que hubiera sucedido, le corresponde a la parte. Entonces, tiene acreditada la omisión. Ahora bien, continúa explicando que en tercer lugar, lo que se exige en la conducta omisiva que le está reprochando a R., es que haya tenido posibilidades de realizar la conducta debida. Concluye que se encontraba de realizar el pago. No va a discutir la situación de que se encontraba sin trabajo hace mucho tiempo, porque lo cierto es que en esta circunstancia, lo que uno tiene que analizar es si en algún momento podía realizar un pago, y no lo hizo. Y eso lo tiene debidamente acreditado porque fue el propio R., quien a través del consejo de su defensa, reconoció el hecho. Reconocer el hecho, significa reconocer que es el padre, que omitió prestar los medios indispensables y que tenía la posibilidad de realizarlo. Concretamente, refiere que cuando uno observa cual es la interpretación de este delito, por ejemplo en el libro de D'Alessio nos mencionan que la ley penal castiga a quien omite prestar un mínimo suficiente, incluso haciendo una comparación entre la ley civil y penal, aclarando que puede que la primera, establezca algún tipo de dinero para cuestiones que no resulten indispensables, y la ley penal es más acotada (cita que aclara que obtiene del CP Comentado y Anotado, del T. III, p. 147). Sin embargo, en lo que no hay discusión, es que la ley penal es aplicable y rige cuando no se brindan los medios suficientes para mantener a la persona, para que pueda alimentarse y demás, cuando no lo puedan hacer. Seguidamente, se pregunta cómo llega a la conclu-

sión de que R. —a quien le habla— tenía posibilidad de realizar la conducta debida, sin margen de duda. En primer lugar, le resulta inverosímil que en dos años, en ningún momento, haya podido realizar ningún tipo de pago. No se refiere ya a la totalidad del pago, sino a al menos una parte, una entrega de alimentos, uniformes, ropa, de ir a buscar bolsones de comida, como hizo la Madre de las menores. Señala que el acusado mostró una desatención total. Le refiere directamente a R. que en ese tiempo él pudo alimentarse, vestirse y, sin embargo, se desprecupó de si sus hijas tenían o no alimento suficiente, medios indispensables para concurrir a la escuela, elementos de higiene, etc. En esa línea de ideas, concluye que en ese tiempo pudo efectuar los pagos, toda vez que en dos oportunidades, realizó dos pagos, dos importes. Uno el 12/04/2019, por la suma de tres mil pesos, que era la cuota alimentaria que se había comprometido a pagar, precisamente unos meses antes de ser condenado, y que no cumplió. Interpreta que ese pago lo hizo unos días antes de ser intimado de los hechos, de modo que cuando la justicia se le pone encima, consigue el dinero y paga los alimentos respectivos. Igual apreciación realiza respecto al pago efectuado en la fecha. Unos minutos antes de comenzar la audiencia logró, ya sea a través de familiares u otros mecanismos, conseguir, no dice cien, doscientos, o trescientos, sino los cinco mil pesos, que era precisamente el monto de la cuota provisoria determinada. En síntesis, razona que, independientemente de si R. se encontraba en condiciones de realizar el pago total de los alimentos que se encontraban fijados, de manera provisoria, durante esos dos años no efectuó ningún pago. Le menciona directamente al encartado que se vistió y se alimentó y que incluso refirió consumir cocaína y, calcula que no debe obtener un suministro gratuito, de algún modo tuvo que pagar también la droga. De modo que, en conclusión, tiene por acreditados los tres elementos que exige la figura legal.

Respecto a cuál es la decisión en este caso, entiende que se trata de una compleja de tomar, por lo siguiente: el derecho penal intenta siempre buscar la salida alternativa al conflicto. Lo que busca no es una pena de prisión, lo que busca es que imputado y víctima, o en este caso víctimas, logren arribar un acuerdo para evitar aplicar la mayor cantidad de violencia. El derecho penal no hace otra cosa que gestionar conflictos, y esa gestión, en un estado democrático, debe tener en cuenta los intereses de las partes y aplicar la menor cantidad de violencia, aun cuando todas las decisiones, tales como fijar una cuota alimentaria, siempre resulten violentas. Cuando esas soluciones no aparecen, no son viables, ya sean porque el código no lo permita en tanto se trate de una pena muy alta, o como en el caso, cree, por el propio desinterés del imputado, no queda otra que el reconocimiento del

derecho. Lejos de compartir la opinión de la defensa, esto es que la pena de prisión no serviría, como en el caso, cuando hay una infracción de una persona sobre otra, el estado debe reconocer el derecho de quien ha sido víctima para evitar que se aplique en el día a día, la ley del más fuerte. Así, considera que en esta situación, en la que la madre tiene la guarda de las menores, quien tiene que rebuscarse a diario para conseguir el dinero para alimentarlas, no tiene duda en que R. es el más fuerte en este vínculo. En este sentido, como no han llegado a un acuerdo, entiendo no queda otra alternativa más que tomar una decisión violenta, como reconocimiento del derecho. Frente a esta situación advierte que aquí es donde se da el contradictorio. Por un lado, la fiscalía requiere una sanción de arresto efectivo cumplimiento, acompañada por el Asesor Tutelar, y por el otro lado, la petición de eximir pena por encontrarse fuera del ámbito de autodeterminación, con planteos subsidiarios, mínimo de multa o prisión, o en su caso, arresto domiciliario. Reconoce que el planteo de la defensa lo ha sorprendido, porque entiende que si las partes han arribado a un acuerdo que contempla la omisión de prueba, ese reconocimiento debe realizarse en todos sus sentidos y no plantear que estaba fuera de su ámbito de autodeterminación, por no tener bienes, trabajo y padecer asma. Pero, más allá de ello, lo cierto es que descarta que corresponda eximirlo de pena por las razones que acaba de invocar, esto es que a su criterio, durante dos años sí tuvo la posibilidad de trabajar, ya sea a través de rappi, como lo hizo la madre de las menores, presentándose en algún lugar social para obtener comida, obteniendo algún subsidio, como está realizando recién ahora. Mientras no fue reclamado por la justicia, le dice personalmente, que no se movió en lo más mínimo. Agrega que incluso los pagos de tres y cinco mil pesos, incluso el pago de la adicción que refiere tener, demuestra que si tenía margen para realizar la conducta debida. Por otro lado, aclara que mencionar que tuvo una operación o cirugía, y que por ello no pudo trabajar porque no podía hacer fuerza, no quiere decir que no pueda realizar otro tipo de trabajo que no la requiera, por lo que descarta el argumento. Asimismo, no tiene por acreditado que padezca de un cuadro serio de asma, ni en su estado actual ni la gravedad. Explica que del informe del patronato de liberados, que se incorporó como prueba, surge que al ser interrogado, R. manifestó no presentar dolencia alguna en cuanto su estado de salud, de modo que, durante la entrevista no recordó padecer ningún tipo de gravedad o problemas de salud. Además, su propio padre, refirió en el interrogatorio que en el último año no tuvo episodios, y que aquellos eran esporádicos. No se ve acreditada ninguna actualidad de un padecimiento. Por su parte, si bien se debatió la incorporación de una prueba pericial, extemporánea, porque precisamente la defensa había solicitado una omisión de pruebas, incluso no tenía documentación,

sino solo sus dichos. No tiene acreditado que sufra alguna cuestión médica. Aprovechando la oportunidad, con respecto al arresto domiciliario, haciendo referencia a los requisitos establecidos en el artículo decimo del CP, el que procede a dar lectura, refiere que la situación no encuadra en ninguno de los extremos, más allá de no estar acreditado en este caso. Rechaza planteo de autodeterminación y el pedido de cualquier pena de arresto domiciliario. Con respecto a la pena que corresponde en el caso, es cierto que la ley 13.944 establece pena de multa o prisión. En líneas generales, entiende correcta la apreciación genérica de la defensa: es mejor que se abone el pago de multa, que se destine a la cuenta de la víctima indirecta, para solucionar el conflicto y que el dinero llegue a las víctimas directas del caso. Sin embargo uno no puede hablar de manera abstracta y genérica de los conflictos. En el caso, advierte que el acusado ya fue condenado por infringir la misma ley, por no cumplir con sus deberes como padre de alimentación. Entiende ese dato muy importante porque se lo condenó a una pena de multa y quedaba claro que debía internalizar y comprender la gravedad del asunto. El estado le había dado la posibilidad dándole una pena menor, para que internalice sus obligaciones como padre. Sin embargo, observa que luego de pagar la multa respectiva, omitió nuevamente aportar cualquier tipo de dinero para alimentar a sus hijas. En efecto, se encuentra convencido de que la pena de multa no fue lo suficiente como para dar respuesta a este caso. De hecho, refiere el propio imputado tener problemas para abonar la cuota alimentaria, entonces se pregunta, por qué habría de creer que una pena de multa se va a cumplir cuando hace dos años y tres meses no paga su obligación alimentaria. No corresponde la pena de multa en este caso y tampoco va a hacer lugar a la eximición de prisión de la defensa, debido a que no se encuentra fundamentada y la rechaza. Con respecto a la pena de prisión que corresponde, descartada ya la detención domiciliaria, tiene presente que la escala penal establece un mínimo de un mes y un máximo de dos años de prisión. Tiene presente que debe ingresar por el mínimo de la escala e ir verificado si se dan agravantes para ir aumentando en la escala penal. Considera que hay muchas agravantes: dos víctimas directas, C. y T. R.; una víctima indirecta, porque al no hacerse cargo de la obligación alimentaria, se vuelve M. S. una víctima indirecta, al no poder descansar en el restante progenitor para poder desarrollarse personalmente, profesionalmente, y poder tener incluso otro dinero sino mayor tiempo libre para su vida cotidiana. También, el período de plazo por el que incumplió, así como la reiteración de conducta. En este sentido, ya había sido sancionado por la misma conducta y no fue suficiente para que pague. Solo pagó el día que la multa se iba a transformar en pena de prisión, solo pagó antes de ser intimado los hechos para evitar el avance de la causa penal, solo pagó el

día de la fecha cuando se encontró frente a esta situación. De igual modo, ve como agravante el incumplimiento total. A diferencia de otros casos, el Sr. R. no ha realizado nada, ni entrega monetaria, ni actividades distintas a ella que puedan demostrar su compromiso para cumplir con sus obligaciones de padre. Refiere que realizó la conducta también, pese a conocer el estado de vulnerabilidad de las víctimas. A su entender, los informes incorporados han demostrado la situación precaria en la que se encontraban, de ingresos por debajo de la pobreza, lo precario del trabajo, y que no alcanzaba el dinero siquiera para tener la vivienda en condiciones. Por otro lado, el resto de las condenas. Solo encuentra un atenuante. Más allá de que infringió su deber como padre alimenticio, no tiene trabajo, se encuentra en una situación marginal del empleo, y debe realizar un esfuerzo para adecuarse a la norma, y lo va a tener presente. El Sr. Juez por la cantidad de agravantes, entiende que debe apartarse del mínimo legal, pero el atenuante le impide acercarse al máximo de la escala penal. Siguiendo un autor citado por Patricia Ziffer, en el código penal comentado de editorial Hammurabi, una escala penal se trata de una escala de gravedad continua: mínima media y máxima. Y entiende que por la atenuante y la cantidad de agravantes debe ubicarse en el medio de la escala. Si divide la escala penal en tres grandes bloques, debería ubicarse partiendo de los ocho meses. Esa es la razón por la que la sanción a imponer en este caso, es de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento, pena que le parece ajustada al caso, en base a la teoría que menciona. Por último, para dar un argumento más de por qué descarta la pena de multa, entiende que no ha demostrado ninguna pretensión de pagar. En su opinión, lejos de compartir con la defensa el argumento referido en cuanto a que si sufre un encierro no va a poder abonar la cuota, lo cierto es que no ha pagado alimentos en ningún momento, por lo que la decisión no perjudica a las víctimas, les reconoce un derecho. Más aun, la pena de prisión cuando se hace efectiva, puede realizar trabajos, y por primera vez percibir un ingreso que se destine a las niñas. Es menor, pero es un importe. Con respecto a la reparación integral, si bien la víctima no ha sido interrogada sobre el monto solicitado, va a hacer lugar conforme lo normado en el artículo 29 del CP, porque entiende que en esta situación, al menos tener el reconocimiento del derecho es un punto favorable. Para arribar al monto, explica que tenía fijado un convenio de fecha 13/10/2017, de tres mil pesos, los nunca se abonaron salvo una cuota, razón por la cual toma en cuenta cuanto es la cuota alimentaria que se había fijado durante el transcurso de esta causa. Luego se fijó una obligación de pago por el Juzgado N° 24, ratificada por la cámara el 03/12/2019. Toma como pauta de reparación integral los tres mil pesos, desde enero hasta diciembre de 2019, y ahí sube el importe a 5 mil pesos. Eso da un importe de treinta y ocho mil pesos

por el año 2019. Respecto al 2020, doce cuotas de cinco mil pesos, que da un total de sesenta mil pesos y, al 2021, mantiene el importe, por los meses de enero, febrero y marzo, que da un total de quince mil pesos. Eso da un total de ciento trece mil pesos, más los intereses que correspondan por no estar actualizado. Como ha realizado un pago de tres mil pesos, precisamente el día de la intimación de los hechos, y otro de cinco mil en la fecha, eso reduce ocho mil pesos de lo adeudado, dando un total de ciento cinco mil pesos, con más los intereses que correspondan al momento de practicarse la liquidación. Por último, cita los antecedentes y refiere que tuvo de parte del estado la aplicación de sanciones de menor contenido de violencia, con la posibilidad de que haga tareas comunitarias para evitar la pena de prisión, y tuvo concretamente 3 hechos por los cuales fue condenado. Además hace referencia a la condena mencionada del Juzgado PCyF N° 16 y sin embargo, una vez archivado el caso, se encuentra nuevamente por fuera del marco legal. Esos motivos lo persuaden de reconocer el derecho de las víctimas T. I. R. y de C. E. R., representadas de algún modo por su madre, M. S. C., el reconocimiento del derecho, de la razón y de la verdad de estos hechos, teniendo en cuenta que al no haber un espíritu de solucionar el conflicto, no hay otra alternativa que la pena de prisión. En síntesis, para concluir resuelve: I. Condenar a F. P. R., cuyas demás condiciones personales obran en autos, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, a la pena de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento, con costas, (arts. 5, 26, 27 y 29 inc. 3°, 45 del Cód. Penal; art. 1° de la ley 13.944; y arts. 260, 263, 354 y 355 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). II. No hacer lugar al pedido de detención domiciliaria ni de eximición de prisión, efectuados por el Sr. R. y su defensa (art. 10 del CP a contrario sensu y art. 203, CPPCABA). III. Una vez que la presente decisión se encuentre en condiciones de ser ejecutada, intimar a F. P. R. a que se presente en el término de cinco días en la sede de este Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 6, sito en Beruti 3345, piso 4°, CABA a efectos de cumplir con la detención ordenada, bajo apercibimiento de ser trasladado por la fuerza pública (art. 324, CPPCABA). IV. Fijar como Monto de indemnización del daño causado la suma de ciento cinco mil pesos (\$105.000), con más los intereses que pudieran corresponder, cuyo pago deberá realizarse en la cuenta de la denunciante, M. S. C., en representación de sus hijas menores T. I. y de C. E. R. (CBU ...), una vez que la presente decisión se encuentre en condiciones de ser ejecutada. (cfr. art. 29, inc. 2° del CP). V. Dar intervención a la Asesoría Tutelar N° 1, atento al posible cuadro de adicción de sustancias psicotrópicas por parte de F. P. R. VI. Firme, practicar las comunicaciones correspondientes. Finalizado, el Sr. Juez pregunta a las partes si tienen alguna cuestión

que agregar y la Sra. Fiscal refiere que le parecería bueno, si corresponde, enviar comunicación a civil para que tomen conocimiento de lo que sucede a las menores, ello teniendo en cuenta que no se hizo el informe de evaluación de interacción familiar, y las niñas no son escuchadas. El Sr. Asesor tutelar adhiere. El Sr. Juez refiere que pasa a estudio el tema respecto a la comunicación. Preguntado el Sr. R. si comprendió lo resuelto, responde afirmativamente. No siendo para más, se da por finalizado el acto, y encontrándose la audiencia videograbada en su totalidad, firma únicamente la presente el Sr. Juez, por medios digitales. — *Gonzalo Rúa*.

QUERELLANTE PARTICULAR

Hechos de corrupción. Cuestionamiento de contratación de obra pública. Ofendido penalmente. Vulneración de bienes colectivos. Falta de legitimación de una organización civil. Debido proceso. Disidencia.

1. — Del ordenamiento procesal surge indudable que el legislador optó por otorgarle legitimación para constituirse en querellante particular solo a la víctima directa o sus familiares en tanto tengan la calidad de herederos forzosos, mientras que las demás víctimas a la que alude el referido documento internacional carecen de la mentada legitimación.
2. — La intervención del querellante particular en el proceso penal se presenta como una manifestación del derecho a la jurisdicción y derecho a la tutela judicial efectiva, que corresponde —entre otros— a la víctima del delito. Uno y otro son derechos de raigambre constitucional por imperio de lo prescripto en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus arts. 8.1 y 25, respectivamente, consagra los mencionados derechos.
3. — Para los organismos internacionales son los propios Estados a partir de su derecho interno y en consonancia con los estándares internacionales los que deben disponer, de qué forma las víctimas o las personas jurídicas que representan intereses colectivos deben actuar en el proceso penal.
4. — El art. 7° del Cód. Proc. Penal de Córdoba hace referencia que por querellante particular debe entenderse al ofendido penalmente por un delito. Por consiguiente, la persona jurídica cuya inclusión se pretende no se condice con dicho postulado, sino que, a través de esta, se procu-

ra la protección de intereses difusos —lucha contra la corrupción— aparentemente afectados por la actuación de determinados funcionarios públicos.

5. — La ampliación del término “ofendido penalmente” previsto en el art. 7° del Cód. Proc. Penal de Córdoba a aquellas situaciones en donde lo vulnerado son “bienes colectivos” sin referencia a la titularidad de esos bienes en cuanto víctima directa, no encuentra cabida en la disposición legal vigente que regula dicho tópico en la provincia de Córdoba.
6. — Una cuestión es, por un lado, todo lo concerniente a la acción de amparo prevista en el art. 43, CN y otra, distinta, es aquella referida a la legitimación de las asociaciones para intervenir en el proceso penal, con las facultades que ello involucra. Uno y otro proceso son distintos obviamente, pero su diferenciación surge trascendente —en lo que aquí respecta— en lo relativo a la naturaleza de ambas acciones en su correlación con la admisión extraordinaria estipulada.
7. — La exigencia del desarrollo del debido proceso supone, entre otras consideraciones, la previa existencia de una ley formal que determine, de antemano, cuáles son las personas legitimadas para ingresar al proceso en el carácter de querellantes particulares y en defensa de intereses colectivos.
8. — La posibilidad de ingreso de múltiples acusadores al proceso penal sin un marco legal específico con los alcances ya señalados implicaría un desbalanceo de aquellas garantías que se proyectan en el proceso penal a partir de los estándares constitucionales y convencionales establecidos a favor del imputado.
9. — El pretenso querellante se trata de una ONG que no tiene entre sus miembros afectados directos del delito investigado, sino que por el contrario, legisladores —eventualmente, podría tratarse también de ciudadanos sin cargo o función pública—, cuya participación como querellantes particulares en tal carácter ya había sido rechazada, a la postre, y a través de un simple trámite notarial, pretenden asumir idéntico rol (del voto de la Dra. Cáceres de Bollati).
10. — La legitimación para intervenir en el proceso —en los límites del texto legal del art. 7° del Cód. Proc. Penal de Córdoba— a favor de las asociaciones intermedias que propenden a la protección del bien jurídico en los delitos contra la administración pública relacionados con la corrupción, se ha fundamentado, básicamente, en las exigencias convencionales de persecución y castigo de ese tipo de delitos y de participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción (del voto en disidencia de la Dra. Tarditti).
11. — La legitimación como querellante bien puede corresponder a una organización no gubernamental. Esta intervención no solo es factible en los casos en que la persona jurídica es la afectada por el acto corrupto, sino que también es factible, cuando se trata de organismos no gubernamentales cuyo objeto sea la defensa de los intereses colectivos que afecta la corrupción (del voto en disidencia de la Dra. Tarditti).
12. — Las asociaciones intermedias, siempre que tengan por objeto la lucha contra la corrupción, pueden intervenir como querellantes en el proceso penal por representar el interés general de la sociedad a un estado libre de funcionarios corruptos. Si estos ilícitos pueden afectar los derechos humanos sociales, económicos y culturales de los individuos, vulnerados de manera colectiva por los hechos relevantes de corrupción en la administración pública, esta representación de intereses —de manera similar a lo que ocurre con el recurso de amparo—, les cabe también en el proceso penal (del voto en disidencia de la Dra. Tarditti).
13. — El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública vinculados con hechos de corrupción es la normalidad del ejercicio de la función pública al servicio del interés general de la sociedad, en directa relación con los intereses individuales de quienes la conforman, y en resguardo del sistema republicano y democrático de gobierno y de los derechos humanos (del voto en disidencia de la Dra. Tarditti).
14. — Limitar el bien jurídico protegido —en los actos de corrupción— a la mera estructura de la administración pública y a la normal y correcta función per se de los órganos del estado implicaría una concepción desindividualizada del bien jurídico protegido. El bien jurídico protegido sería la defensa del Estado como tal, y por ende el portador del bien jurídico protegido sería solo el Estado. La existencia de dos Convenciones contra la corrupción suscriptas por nuestro país visibiliza la dimensión de las afectaciones que provoca el flagelo a nivel regional y global, y estas no pueden estar desconectadas de los intereses individuales y colectivos (del voto en disidencia de la Dra. Tarditti).

15. — Si se corroboraran los hechos denunciados por los querellantes —malversación de caudales públicos—, la situación que se plantearía en autos tendría todavía un añadido más en su relación con los derechos humanos. Si esa hipótesis finalmente se acreditara, los delitos que se podrían haber cometido, recaerían sobre utilidades realizadas y líquidas que debían ser destinadas a obras de promoción y asistencia social al Ministerio de Desarrollo Social y a la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes. Es decir, para la asistencia de derechos económicos, sociales y culturales de personas que se encontraba por debajo de la línea de pobreza (del voto en disidencia de la Dra. Tarditti).
16. — La admisión de una parte querellante no implica una vulneración a la paridad de armas, aunque se trate de una organización no gubernamental, porque tal como está regulado el querellante particular en el Código Procesal Penal de Córdoba, se trata de un sujeto procesal con acotadas facultades procesales, que distan completamente de categorizarlo con un actor pleno equivalente al Ministerio Público, ni a una organización no gubernamental que actúe como actor en una acción de clase o en una acción de amparo (del voto en disidencia de la Dra. Tarditti).

TS Córdoba, sala penal, 26/03/2021. - Hotel Casino y Spa Ansenúza de Miramar, Mar Chiquita s/ presentación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/4715/2021]

Expediente: 6630551

Córdoba, marzo 26 de 2021.

1ª ¿Es correcta la resolución impugnada en cuanto niega a los presentantes legitimación subjetiva para constituirse en querellantes particulares? 2ª ¿Qué resolución corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora *Tarditti*, dijo:

I. En fecha 29 de junio de 2017, la Jueza de Control y Faltas N° 2 de esta ciudad, dispuso hacer lugar parcialmente a la oposición presentada por el Dr. Aurelio García Elorrio y, en consecuencia, admitir a la simple asociación civil “Acción Solidaria para una Mejor Argentina” (ASoMA) como querellante particular en la presente causa (arts. 7, 93, 338 y cc. del CPP).

Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación el Dr. Federico Carlos Pizzicari Bordoy, en su carácter de abogado de Marta Emilia Zabala.

Dicha impugnación fue acogida por la Cámara de Acusación mediante auto interlocutorio N° 498, del 25 de agosto de 2017, que dispuso “...Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocar, en consecuencia, la resolución apelada por las razones expuestas en el considerando, sin costas (arts. 550 y 551 CPP). Protocolícese, hágase saber y bajen...”

II. Contra esta última resolución interpusieron recurso de casación Juan Pablo Quinteros y Liliana Montero, en su carácter de presidente y secretaria de la Simple Asociación “Acción Solidaria por una Mejor Argentina” (A.So.M.A.), con el patrocinio letrado del Dr. Aurelio García Elorrio (fs. 20/31).

De manera preliminar, señalan que la decisión cuestionada es impugnabile objetivamente en casación al generar el gravamen irreparable de no poder continuar con la acción promovida por la parte querellante.

Luego de exponer los antecedentes del caso, denuncian que la resolución del tribunal *a quo* cuestionada incurrió en una errónea aplicación de la Convención Internacional de Lucha contra la Corrupción y la Convención Interamericana de la lucha contra la corrupción a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. También reprochan la errónea aplicación del art. 8 inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Consideran, al respecto, que esa inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva se produjo al entender que la inferencia de un acusador privado suponía debilitar la posición del imputado más allá de lo aceptable constitucionalmente.

Ello es así —según explican— por cuanto de ese modo no se interpretaron debidamente los instrumentos internacionales, pues deben serlo en el sentido de facilitar la prevención de la corrupción estatal a través del control de las organizaciones intermedias. Afirman, en ese entendimiento, que toda interpretación y aplicación de la ley debe operar en favor de la participación y el control de la sociedad civil, pues ese es el objeto y el fin del tratado. En respaldo de lo anterior, agregan que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es clara en que toda interpretación de un tratado debe ser lo más amplia posible de forma de garantizar el objeto y fin del convenio (art. 31 inc. 1).

En el mismo sentido, los recurrentes traen a colación la doctrina sentada por esta Sala en esta materia en el precedente “Bonfigli”, siguiendo expresamente los lineamientos establecidos por la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Expresan, con base en ello, que no hay dudas de que la adopción de un criterio interpretativo contra-

rio a los propósitos del propio tratado no solo constituye un error in iudicando sino que será fuente de responsabilidad internacional del Estado argentino ante los organismos internacionales. Ello es así —aseguran— por cuanto, como bien señala la resolución de la Jueza de Control, su interpretación encuentra amplio respaldo en “la voluntad del Estado Argentino en investigar las causas conexas con actos de corrupción, así como también la perspectiva de que, para que dichas investigativas sean efectivas, es posible y propicia la participación de asociación intermedia que tienda a tal fin”.

Consideran que en los casos en que las conductas investigadas en el proceso penal pueden configurar un delito contra la administración pública vinculado con actos de corrupción de la clase de los que contiene la Convención Interamericana contra la Corrupción, tienen legitimación para constituirse como querellante particular no solo los que resulten ofendidos penales. También deben incluirse allí —alegan— las organizaciones no gubernamentales que tengan como objeto la protección de los bienes jurídicos vulnerados por las referidas conductas, como por otra parte ha entendido la jurisprudencia de este tribunal que cita (TSJ Sala Penal, “Bonfigli”, S. N° 79, 17/05/2007).

Por consiguiente, estiman que en su interpretación, la Cámara de Acusación ha otorgado preponderancia a su intelección de una norma del derecho procesal por encima de lo que surge del resto del ordenamiento jurídico nacional.

Es más, manifiestan agravarse y que les llama poderosamente la atención, que el tribunal de apelación argumente una supuesta tensión con la paridad de fuerzas o un desbalanceo en el proceso que podría perjudicar al impugnante si se admite tal incorporación, luego de haber asistido a tanta parcialidad durante todo el proceso.

A continuación, y como segundo agravio, denuncian que se ha incurrido en una incorrecta interpretación de la doctrina jurisprudencia del TSJ y del art. 43 de la Constitución Nacional. Sostienen, sobre ese punto, que se ha cumplimentado con los siguientes requisitos que los habilitan para que la ONG que representan participe como acusador privado en el presente proceso: 1) ser una asociación intermedia, 2) el objeto social es la lucha contra la corrupción en los delitos contra la administración pública, 3) que en la presente causa se investigan delitos contra la administración pública.

A partir de ello, consideran que la Cámara efectuó un sesgo interpretativo al incorporar un requisito a cumplimentar por las organizaciones intermedias para otorgarles legitimación (experiencia) apartándose de la idea primigenia, que es otra. Recalcan que

la experiencia no es un requerimiento que aporte a la legitimación activa sino que es una “ventaja” en las propias palabras de este Tribunal Superior en el precedente “Bonfigli”.

Concluyen señalando que no se entiende por qué la Cámara de Acusación impone nuevos criterios para constituirse en querellante particular en la presente causa si para armónica doctrina jurisprudencial están legitimados para ello.

Afirman que, a diferencia de lo sostenido por la Cámara de Acusación, tienen experticia en el tema. Explican que la ONG tiene su origen en el año 2014, cuando un grupo de personas comenzó a trabajar para generar espacios y acciones tendientes a la participación directa de los ciudadanos en actividades dirigidas a controlar la transparencia, eficacia y eficiencia de la actuación del Estado en todos sus niveles y ámbitos, tanto en la gestión de los recursos públicos como en la ejecución de las tareas que le son inherentes.

Agregan que han desarrollado diversas actividades de información, capacitaciones a jóvenes profesionales y estudiantes con el objeto de controlar la información pública en los portales web oficiales del Gobierno de la Provincia de Córdoba, y han realizado talleres de capacitación de “Ética Pública”. Señalan, asimismo, que han participado y efectuado presentaciones en distintas causas judiciales vinculadas a la corrupción.

En definitiva, sostienen que la asociación cuenta con antecedentes más que suficientes que demuestran su plena capacitación para intervenir en la presente causa como querellantes particulares. Y que así lo han demostrado en cada una de las presentaciones realizadas para instar su participación en el presente proceso y, de ese modo, colaborar con el Fiscal a los fines dilucidar la verdad real de los actos realizados por los funcionarios públicos de la Lotería de Córdoba en el ejercicio de sus funciones públicas.

Por otro lado, sostienen la existencia de tensiones en la jurisprudencia cuando por una parte, se reconoció la posibilidad de intervenir como querellantes particulares a los sindicatos sin ninguno de esos requisitos, y ahora se exige a ASOMA —por parte de la cámara— este plus de experticia comprobable, cambiando ilógicamente los criterios establecidos, aunque sin respaldo en los hechos por las razones apuntadas.

Recalcan que han demostrado que ASOMA tiene una real y profunda vocación de combatir la corrupción pública la provincia de Córdoba, donde todos los que deben controlar que estas situaciones no ocurran miran para otro lado. Y ello —agregan— en un territorio provincial en el cual hay una ausencia deliberada de los sistemas administrativos y judiciales de control de los bienes públicos, lo que ha colocado

a los recurrentes casi en la obligación de emprender solitariamente tareas de representación de intereses colectivos concretos que otras instituciones también deberían encarnar.

Agregan que no se debe olvidar que los fondos de la Lotería S.E. son para los sectores más humildes según lo dispuesto por la ley 8665, ya que el remanente íntegro de las utilidades realizadas y líquidas deben ser destinadas a obras de promoción y asistencia social, al Ministerio de Desarrollo Social y a la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes, es decir que los USD 44.000.000 le faltan a miles de cordobeses que se encuentran bajo la línea de la pobreza. Señalan que tienen un interés legítimo para que se transparente la asignación de los recursos públicos.

Por último, para el hipotético caso que se considere que existen impedimentos procesales para la admisión del presente recurso, solicitan la inconstitucionalidad de los arts. 93, 334, 462, 464, 468 y 471 del CPP por atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al recurso.

Con base en lo expuesto, requieren que se haga lugar al recurso de casación, se case el auto N° 498 de la Cámara de Acusación y se conceda participación en calidad de querellante particular a la ONG que representan.

III. Cuestiones preliminares.

Antes de ingresar al análisis de la cuestión planteada, es menester desarrollar, como cuestiones preliminares, la impugnabilidad de la resolución atacada y los antecedentes del caso.

1. Impugnabilidad objetiva.

La resolución cuestionada es susceptible de ser recurrida en casación por ser equiparable a sentencia definitiva, al producir un agravio de imposible reparación ulterior.

A los efectos de definir el alcance de la expresión “sentencia definitiva” (art. 469 CPP), hay que prestar atención a los lineamientos trazados por el máximo tribunal de la República, tal como se exige a partir del precedente “Di Mascio” (cfr. Alejandro D. Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hamurabi, Bs. As., 2000, p. 77).

En ese contexto, cuadra anotar que la Corte Suprema establece que existen pronunciamientos que pueden y deben ser equiparados a sentencias definitivas. A este respecto se ha expuesto que una resolución jurisdiccional es equiparable a sentencia definitiva si ocasiona un agravio de imposible, insuficiente, muy dificultosa o tardía reparación ulterior, precisamente porque no habría oportunidad en adelante para vol-

ver sobre lo resuelto (TSJ, Sala Penal, A. N° 178 del 03/05/2001, “Acción de Amparo presentada por Jorge Castiñeira”; A. N° 52 del 10/03/2003, “Cesaretti”; A. N° 242 del 04/08/2003, “Castro”; entre muchos otros).

Dentro del referido marco de entendimiento, el alto tribunal federal señaló que la decisión que resuelve en sentido adverso a la pretensión del recurrente de actuar como querellante provoca un agravio de insusceptible reparación ulterior, pues ante la denuncia de los delitos en orden a los cuales se solicitó ejercer aquel derecho amparado constitucionalmente (Fallos: 268:266), resultaría tardía toda posibilidad de volver a debatir el tema en una posterior oportunidad procesal, en la medida que lo decidido se vincula con el ejercicio de la jurisdicción por parte de los jueces naturales (cfr. Fallos: 300:75; 302:1128 y 321:2826) (CSJN, “González”, 19/10/2004, Fallos: 327:4451; TSJ, Sala Penal, “Bonfigli”, S. N° 79, 17/06/2007; “Belluzo”, S. N° 271, 19/10/2009; “González”, S. N° 206, 31/08/2010).

2. Impugnabilidad subjetiva.

Por otro lado, el pretense querellante particular se encuentra facultado a recurrir la resolución que deniega su participación en el proceso, sin necesidad de mantenimiento del Ministerio Público Fiscal.

En efecto, en lo que respecta a la impugnabilidad subjetiva debe señalarse que no es de aplicación al recurso de casación incoado por quien pretende constituirse en acusador privado en el proceso, lo dispuesto en el art. 464 del CPP, pues la regla circunscribe la necesidad del mantenimiento, por parte del Ministerio Público, a las impugnaciones deducidas por quienes ya se encuentran constituidos como querellantes particulares (CPP, 471 y 464). Así lo ha entendido el propio Fiscal General al destacar que tratándose de un pretense querellante, en el marco del art. 3 CPP debe habilitarse el análisis del planteo sin que este pueda subordinarse a su mantenimiento en dicha instancia (fs. 55).

Es que el carácter adhesivo que la ley procesal ha conferido al querellante particular lo es en la medida en que este coadyuva a la tarea del Ministerio Público, “para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado...”; mas no cuando —como en el caso— se peticiona la propia incorporación al proceso como acusador privado, toda vez que en él, la víctima pretende la concreción de la fase primordial de la tutela judicial efectiva (CN, art. 75, inc. 22 y CADH, art. 25), como es el derecho de poder acceder al proceso; en tanto, la regulación prevista en el ordenamiento de rito establece una limitación para aquellos ofendidos que ya se han constituido como querellantes particulares y quieren provocar la apertura de una etapa eventual del mismo, como es la re-

cursiva (TSJ, Sala Penal, “Belluzo” y “González”, antes cit.). Carácter adhesivo que —adelantamos— resultará relevante, entre otras razones, para responder a la cuestión planteada.

Siendo así las cosas y con base en lo expuesto en los dos apartados precedentes, deben declararse abstractos los planteos de inconstitucionalidad deducidos subsidiariamente por el recurrente contra los arts. 93, 334, 462, 464, 468 y 471 del CPP.

3. Los antecedentes del caso.

a. Los hechos investigados.

Los hechos que dieron comienzo a la presente causa penal, de acuerdo a los términos de la denuncia formulada por los pretensos querellantes particulares, constituyen ilícitos que comprometen los fondos del erario público en el diseño, contratación y ejecución de la obra denominada “Hotel Casino y Spa Ansenúza”, ubicada en la localidad de Miramar, Provincia de Córdoba, propiedad de la Lotería de Córdoba SE.

Según surge del expediente, en particular del escrito de solicitud de participación presentado por las autoridades de la simple asociación “Acción Solidaria por una Mejor Argentina” (ASoMA), el Sr. Fiscal de Instrucción de Distrito I Turno 5 comenzó la investigación a los fines de determinar si en el diseño, construcción y pago de proveedores del Hotel Casino Spa “Ansenúza” habrían tenido lugar delitos vinculados con la corrupción en la administración pública. Destacaron los presentantes que la obra comenzó en el año 2014 con un presupuesto de \$50.000.000 y terminó costando \$408.258.186,70, y que con motivo de ella se abonaron millones de pesos en honorarios profesionales y viáticos a la firma de arquitectos FWAP. Asimismo, que fue realizada mediante un procedimiento de contratación denominado “Concurso de precios privados sin publicidad”, en donde no había base presupuestaria ni un dictamen de la Dirección de Arquitectura que contrastara los precios de la obra con los del mercado (señalan que en el Colegio de Arquitectos de la ciudad de San Francisco pueden comprobarse valores de obras muy por debajo de los números oficiales). Por tales razones, invocaron la necesidad de investigar si la administración de la Lotería actuó con fidelidad y buena fe en el desempeño de su cargo. Se habría vulnerado, a su entender, el correcto funcionamiento de la administración pública, bien jurídico protegido que involucra al objeto social de la simple asociación que representan.

b. Presentación de los representantes de la simple asociación ASoMA.

Iniciado, a raíz de esa denuncia, el expediente caratulado “Actuaciones remitidas por Fiscalía General en autos “Zabala, Marta E. —formula presentación— Ref.: Hotel Casino y Spa Ansenúza de la Localidad de Miramar - Mar Chiquita” (SAC N° 2757790)”, comparecieron ante el órgano instructor a solicitar la participación como querellantes particulares, en el mes de mayo del año 2017, Juan Pablo Quinteros y Lilianna Montero, en su calidad de Presidente y Secretaria, respectivamente, de la simple asociación —art. 187 y ss. del Cód. Civ. y Comercial— denominada “Acción Solidaria por una Mejor Argentina” (ASoMA), con el patrocinio letrado del abogado Dr. Aurelio García Elorrio, quienes acompañaron acta de constitución, estatuto y certificación notarial de firmas.

Cabe anotar que previamente, en el año 2016, los nombrados habían efectuado la misma solicitud en calidad de ciudadanos y legisladores, lo que derivó en los rechazos del Fiscal de Instrucción, Juez de Control y Cámara de Acusación, por no contar con la representación de intereses generales o colectivos de la sociedad.

Ello motivó precisamente que los presentantes, que ya contaban con experiencia en denuncias por hechos complejos de corrupción pública, adecuaran su actuación a las pautas fijadas por los fallos de esta Sala a través de la constitución de una asociación civil cuyo objeto es la lucha contra la corrupción.

En la presentación que aquí interesa (esto es, de los nombrados como integrantes de la simple asociación ASoMA), los presentantes realizaron una descripción sucinta de los hechos denunciados y alegaron que ellos son pasibles de afectar el correcto funcionamiento de la administración pública, bien jurídico que —según explicaron— involucra al objeto social de la simple asociación que representan. Ello de acuerdo al art. 2 del estatuto social, que —en resumen— postula como su objetivo la lucha contra la corrupción, con el fin de promover el fortalecimiento de los valores democráticos y republicanos, y la transparencia, eficiencia y la participación ciudadana en la gestión de la cosa pública.

En síntesis, los presentantes alegaron un concepto amplio de “ofendido penal” para delitos contra la administración pública de acuerdo al criterio sostenido por la Sala Penal desde el precedente “Bonfigli”, S. N° 79, 17/05/2007, cuyas consideraciones reprodujeron.

Por ello estimaron que la simple asociación que representaban tenía legitimación para constituirse en querellante particular, al tratarse de una organización no gubernamental cuyo objeto es la protección de los bienes jurídicos vulnerados por las conductas denunciadas.

Todo de acuerdo con los criterios establecidos por este máximo tribunal provincial.

c. Decisión de la Fiscalía de Instrucción: rechazo de la pretensión.

El Fiscal de Instrucción interviniente rechazó la solicitud de los representantes de la simple asociación civil ASoMA (decreto del 15/05/2017).

En primer lugar, manifestó adherir al criterio sostenido por esta Sala. Ello —según explicó— en el sentido de que en los procesos en que se investigan delitos de incidencia colectiva, sin perjuicio de la existencia de un ofendido penal con derecho a querellar, debe admitirse como querellante particular a las asociaciones intermedias, en los casos en que la conducta perseguida vulnere un bien jurídico cuya protección aquellas propenden (cita fallo “González”, S. N° 206, 31/08/2010).

No obstante, alegó la necesidad de acudir a criterios de política criminal y una interpretación sistemática para analizar cuáles son las asociaciones intermedias habilitadas para ser parte del proceso penal.

En ese camino, citó doctrina referida al recurso de amparo en materia de derechos de incidencia colectiva en general, según la cual deben regularse cuidadosamente los requisitos para la legitimación de las asociaciones a los fines de evitar la participación de aquellas que no tengan un acreditado interés en la materia y representen otros intereses (recuerda la inexistencia de regulación de la acción popular en materia de amparo colectivo).

A continuación, realizó un análisis del bien jurídico vulnerado según la denuncia, y refirió que a pesar de la falta de especificidad el hecho encuadraría en la figura de malversación de causales públicos previsto en el art. 260 del CP (describió el bien jurídico protegido según doctrina y jurisprudencia que menciona).

En particular, tras afirmar —con cita de doctrina— que la sociedad toda es la ofendida penal y que a través de sus representantes legales podrá ejercer el derecho de querrela por tener la calidad de agraviada por el delito, sostuvo que solo la administración pública puede considerarse penalmente ofendida, y que los presentantes serían meros particulares damnificados, sin tener por ello la calidad exigida por la ley.

Reiteró que según la jurisprudencia de esta Sala es el Estado como afectado directo y las asociaciones intermedias las que pueden ser parte en este tipo de delitos. Puso énfasis en la necesidad de determinar si los representantes de la simple asociación ASoMA son portadores del bien jurídico protegido, y si se encuentran legitimados.

En ese camino, afirmó que los presentantes no han acreditado perjuicio real, concreto y particular que le ha ocasionado el hecho (como se resolvió anterior-

mente en la presente causa —cita fallo de Cámara de Acusación— con relación a un pedido de participación de los arriba nombrados en calidad de ciudadanos y legisladores).

Tampoco existe —destacó— mandato del directorio para el requerimiento.

Además, entendió que de acuerdo al objeto de la asociación, esta no era portadora del bien jurídico protegido por la norma, aun teniendo en cuenta la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por ley 24.759.

Asimismo, citó postura de la Cámara de Acusación, en el sentido de que aceptar la legitimación de cualquier persona, incluso legisladores, para intervenir en el proceso penal consagraría una fuente intolerable de desigualdad del imputado respecto de múltiples acusadores privados, desequilibrio procesal que atentaría contra el principio constitucional de paridad de armas (art. 8.1 CADH y 14.3 PIDCP); el imputado quedaría en una inaceptable situación de inferioridad.

Finalmente, sostuvo el Fiscal que si el constituyente amplió la calidad de afectado, en el recurso de amparo, a las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley, entonces en el presente caso no parece aceptable que la simple asociación (que no requiere registración sino solo un acto constitutivo mediante instrumento público o privado; art. 187 y ss. Cód. Civ. y Comercial), constituida recién el 20 de abril 2017, sea usada como válvula de escape para sortear aquella limitación.

Concluyó que aceptar la participación de la asociación implicaría admitir a un extraño, con menoscabo de principios fundamentales como el de igualdad ante la ley y defensa en juicio.

d. Decisión del Juzgado de Control: legitimación de la asociación para intervenir en el proceso

La Sra. Jueza de Control de Segunda Nominación hizo lugar a la oposición interpuesta contra la resolución que precede por los representantes de la asociación mencionada. Estos, en su escrito recursivo, reiteraron la posibilidad de intervención en el proceso penal de este tipo de asociaciones intermedias, en el marco de estándar fijado por la Sala Penal del TSJ en los precedentes que citaron. Entre otras cuestiones, los presentantes destacaron: que este tipo de asociaciones se encuentra reconocida por el actual Cód. Civ. y Comercial, por lo que no se encuentran al margen de la ley; que el Fiscal de Instrucción adhirió a la tesis amplia del concepto de penalmente ofendido y luego, de manera contradictoria, denegó la participación de la asociación; que afirmar que solo la administración pública puede ser considerada penalmente ofendida se contrapone a la tesis de la Sala Penal

del TSJ; que no solo se habría configurado el delito de malversación de caudales públicos, sino también los de abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público.

En general, la jueza referida hizo lugar a la pretensión de los recurrentes con base a la doctrina de la Sala Penal del TSJ de la provincia (citó a modo de ejemplo los fallos “Bonfigli”, “Bellotti”, “Belluzo” y “González”), y realizó consideraciones propias. El bien jurídico protegido —argumentó— contiene intereses de incidencia colectiva; las simples asociaciones han sido reconocidas por el actual Código Civil y Comercial sin necesidad de inscripción; no obran en autos circunstancia alguna que permita afirmar que los pretensos querellantes persigan un interés diferente al de su propio objeto de constitución; los integrantes de la simple asociación son sujetos con experiencia en la tramitación de causas complejas; los representantes (Quinteros y Montero, presidente y secretaria de la asociación, respectivamente) ejercen efectivamente la representación de la entidad, y obra en el expediente copia del acta en la que los integrantes autorizan y ratifican la presentación como querellante particular en la presente causa; el objeto de la asociación se vincula con la tutela del bien jurídico protegido por el delito denunciado (art. 2 del estatuto), que es malversación de caudales públicos, sin perjuicio de otros posibles delitos contra la administración pública que alegan los recurrentes; el delito de malversación de caudales públicos se encuentra comprendido dentro del llamado fenómeno de la corrupción (en beneficio del funcionario público en quien se ha depositado una confianza especial y en perjuicio del ciudadano), e incluso —en el caso— podría conectarse con la delincuencia organizada; los instrumentos contra la corrupción aprobados por el Estado argentino reflejan su voluntad de investigar las causas conexas con actos de corrupción (en particular delincuencia organizada y delincuencia económica); la regulación internacional obliga a correlacionar las normas nacionales con los lineamientos allí dispuestos, sin menoscabar otras garantías relacionadas con el debido proceso; los ilícitos denunciados comprometerían fondos del erario público en la obra ya mencionada, por lo que debe examinarse si la administración provincial actuó debidamente en el manejo de esos fondos; se observa, así, una vinculación entre el objeto social de la entidad y el bien jurídico protegido por la norma en cuestión (*prima facie*, art. 260 CP); la vinculación de tales hechos con actos de corrupción en contra de la administración pública excede el interés individual y trasunta un interés colectivo; el esclarecimiento e investigación de esos hechos se vincula con el objeto social de la simple asociación, el cual propende a la defensa del bien jurídico vulnerado (el correcto fun-

cionamiento de la actividad patrimonio del Estado o el debido manejo de los fondos públicos).

Con base en tales consideraciones, resolvió revocar lo resuelto por el Fiscal de Instrucción y admitir a la simple asociación civil ASoMA como querellante particular en la causa.

e. Resolución de la Cámara de Acusación (impugnada en casación): rechazo de la legitimación de la asociación.

La Cámara de Acusación resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto contra el fallo que precede por el Dr. Federico Carlos Pizzicari Bordoy, en su carácter de abogado de Marta Emilia Zabala.

En resumen, consideró que la interpretación de la jurisprudencia de esta Sala ha sido erróneamente realizada, pues ha aplicado diferentes parámetros según se trate de una persona física con relación a un interés o bien jurídico individual o de una persona jurídica en orden a un interés colectivo. En ambos casos —destacó la cámara— debe exigirse que el bien jurídico haya sido afectado real y directamente, como exige la jurisprudencia de esta Sala con relación al bien jurídico individual (citó el fallo “Bonfigli”, que incluye al “afectado real y directamente en un bien jurídico individual”, aunque no sea titular del bien según la sistematización del CP, que es lo que sucede en los delitos de ofensa compleja). En ese entendimiento, la cámara argumentó que la jurisprudencia de esta Sala referida a la legitimación de las asociaciones intermedias permite sentar tres exigencias básicas: a) la coincidencia del objeto o fin social con el bien jurídico atacado; b) la afectación o vulneración directa (adjetivo remarcado por la cámara) de esos intereses con la conducta denunciada, y c) la necesidad de la experiencia y técnica aprendida en el ámbito en el cual operan.

Reprochó así a la jueza de control haber requerido solo el primero de tales requisitos para la admisión de la simple asociación civil en cuestión.

En cuanto a la afectación o vulneración directa (b), sostuvo que para ser afectado se requiere más que un interés simple o común de cualquier ciudadano: es necesario acreditar un derecho subjetivo afectado o, al menos, un interés concreto y diferenciado del interés general (citó doctrina: Cafferata Nores - Tarditti, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Comentado, Mediterránea, Córdoba, 2003, T. I, p. 93). Postuló, así, que debía tratarse de un afectado directo, ya sea que comparezca en forma individual o a través de una asociación que nuclea a varios afectados.

En ese sentido, sostuvo que ese alcance surge incluso del ámbito del recurso de amparo del art. 43 de la CN, en el que se exige la preexistencia de un derecho

subjetivo, esto es, un interés legítimo, personal y —re-marcó nuevamente— directo; no basta la calidad de simples habitantes o ciudadanos para la legitimación en el proceso de amparo, porque implicaría la aplicación lisa y llana de la acción popular (citó jurisprudencia de esta Sala: “González”). Con base en ello, juzgó necesario analizar cada caso concreto —incluso cuando personas jurídicas invocan intereses colectivos— en función de los bienes jurídicos protegidos. En ese análisis, afirmó que la afectación directa se presenta, por lo general, solo con relación a los bienes jurídicos adicionales que acompañan a algunos delitos contra la administración pública, pero no en lo que concierne bien jurídico principal. Con respecto este último, esto es, la administración pública, sostuvo que los llamados hechos de corrupción afectan de manera indirecta a la comunidad en general, en forma inespecífica y distinta del bien jurídico propio violentado por el acto de corrupción. Y que por esa razón no debía admitirse la participación de tales afectados indirectos, pues de lo contrario se violentarían principios básicos vinculados al equilibrio en el proceso y se llegaría a una situación inviable en la práctica: debería admitirse como querellantes particulares a todos y cada uno de los integrantes de la sociedad que soliciten su participación en investigaciones penales por corrupción, ya sea de manera individual o a través de una simple asociación o persona jurídica. Y ello en el presente caso sucedería sin que se haya verificado la afectación directa indicada ni la idoneidad requerida de la asociación.

Por otro lado, consideró que la solución al inconveniente práctico de la multiplicidad de querellantes particulares no puede residir en la representación. Al respecto, entendió que la exigencia de representación de intereses colectivos no se satisface con su mera enunciación en el objeto social (insuficiente para adquirir legitimación subjetiva); resulta necesario que la representación del interés colectivo alegado sea real, exteriorizado en acciones o medidas concretas, ya sea de ayuda a víctimas de ciertos delitos, ya sea de protección de los denominados derechos de incidencia colectiva e incluida en el tipo penal en cuestión. Siempre debe acreditarse —sostuvo la cámara— la afectación de los derechos invocados y la existencia de un interés concreto, ya que de lo contrario la legitimación asociación constituiría una válvula de escape en casos de defensa abstracta de la legalidad (citó, en este punto, doctrina referida al recurso de amparo).

En ese entendimiento, alegó que la legitimación de la asociación no puede admitirse si no expresa un agravio diferenciado de los demás ciudadanos, pues no puede fundarse en el interés general de que se cumpla la Constitución y las leyes; solo de ese modo —según el *a quo*— será posible sostener válidamente que una asociación propende un determinado fin y que tiene experiencia y técnica en el ámbito en el

cual opera (tercero de los requisitos arriba enunciados).

Concluyó así que a los fines del art. 7 del código de procedimientos provincial solo tendrán legitimación subjetiva aquellas personas jurídicas (a) cuyo objeto social coincida con el bien jurídico —principal o secundario— protegido por la norma penal, y que demuestren (b) una real representación de intereses colectivos, concretos y diferenciados del simple interés público y su afectación directa por el delito que se denuncia o investiga, y (c) experticia en dicho ámbito.

Argumentó que en el precedente “Denuncia formulada por Belloti” la Sala Penal había admitido la participación de asociaciones sindicales por afectar la esfera de los intereses de los representados; que en “Belluzo” había confirmado la calidad de querellante particular porque las circunstancias denunciadas ponían en peligro la salud pública de la comunidad (bien jurídico del título) o de un colectivo de personas que forman parte de ella. Que en ambos casos se presentaba directamente la afectación a quienes la asociación representaba por la acción delictiva: los representados de la asociación perderían sus derechos, y la comunidad vería afectada su salud, sin más.

Ello no se advierte, según la cámara, en el caso de la simple asociación ASoMA. En ese sentido, alegó que en cuanto a la afectación directa, y partiendo del análisis del tipo delictivo seleccionado, no se advierte que los miembros de la simple asociación puedan verse afectados directamente con el único bien jurídico protegido contenido en esa norma (administración pública). Eventualmente —argumentó— lo serían de manera indirecta o inespecífica, resultado que se daría no solo con relación a los miembros de la asociación sino con la comunidad toda, y no sería posible aceptar la legitimación de cualquier ciudadano para intervenir en el proceso.

Entendió que el hecho de que se hubiere dado un destino diferente a parte de los fondos públicos administrados por el impugnante con relación al previsto por la ley no implica sin más esa afectación, pues no basta el genérico deseo ciudadano de legalidad; es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida.

Finalmente, con relación a la exigencia de la experticia, entendió que la constitución de la asociación en el mes de abril del 2017 impide tenerla por cumplida; no puede ella sintetizarse en la correspondiente a cada uno de sus miembros en particular, sino que corresponde a la tarea desarrollada por el ente ideal en general.

Por lo demás, aclaró que a los denunciantes se les informó oportunamente que en calidad de denun-

ciantes y eventualmente testigos podrían aportar la información y la prueba que estimaren útiles en aras de combatir la corrupción.

IV. Análisis de la cuestión planteada.

La cuestión planteada amerita atender, en primer lugar, al marco formado por principios convencionales y constitucionales que condicionan la interpretación de las reglas jurídicamente subordinadas. En segundo lugar, y considerando estos condicionantes, se abordará lo atinente al bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública. En tercer lugar, se justificará la opción a favor de la interpretación de un concepto de “ofendido penalmente” (art. 7 CPP) compatible con las conclusiones adoptadas en los puntos anteriores. En cuarto lugar, se examinarán las objeciones en contra de este concepto relativas a que contradiría la paridad de armas con la defensa. Finalmente se expondrá la revisión del fallo recurrido y la conclusión.

1. Necesidad de una interpretación conforme a principios convencionales y constitucionales (supremacía constitucional y el control de convencionalidad). En el caso, el Fiscal de Instrucción realizó una subsunción del hecho denunciado como malversación de caudales públicos (art. 260 CP) y asumió, lo mismo que la Cámara de Acusación, una interpretación restrictiva del art. 7 CPP, que condujo a denegar la intervención como querellante particular de ASOMA que, se adelanta, no se compartirá.

Para realizar una interpretación de las reglas en juego, esto es la atinente al bien jurídico vinculado con el tipo penal en el que supuestamente encuadraría lo denunciado, y conforme a este identificar quién puede ser considerado ofendido, resulta imprescindible insertarlas en el marco convencional, constitucional y de los tratados que tienen prioridad conforme al art. 31 CN.

Este marco resulta ineludible en el caso, porque el tipo penal de malversación de caudales integra un conjunto que ha sido materia de dos convenciones suscriptas por nuestro país vinculadas con la corrupción (Convención Interamericana contra la corrupción, arts. XI, 1, d, y 2; Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, art. 17). En el Código Penal este tipo ha sido ubicado entre los Delitos en contra de la Administración Pública, Título XI, Capítulo VII.

El control de convencionalidad ha sido postulado en distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se hizo eco, a su vez, de fallos de la Corte Interamericana. El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”, aun de oficio, entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (CSJN, “Villamil,

Amelia A. c. Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, 28/03/2017, Fallos: 340:345; “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino si daños y perjuicios”, 27/11/2012; Fallos: 335:2333; Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128; caso “Fontevicchia y D’Amico c. Argentina”, del 29 de noviembre de 2011; entre otros).

Relacionado con lo anterior, cabe recordar que este tribunal, aun en materia diferente a la exégesis de leyes penales, ha hecho aplicación de la llamada interpretación “conforme”. Ella configura “un principio que se deriva directamente de la Constitución como norma que confiere fundamento y unidad al ordenamiento jurídico (vid. María Luisa Balaguer Callejón, Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico, Tecnos, Madrid, 1997, p. 111)” y “posibilita que, de entre varios entendimientos posibles de una regla de derecho, el intérprete opte por aquel que ‘mejor se acomode a los dictados constitucionales’ (Jiménez Campo, J., Enciclopedia jurídica básica, Madrid 1995, p. 3681), ya que se trata de ‘arbitrar una solución para el caso concreto que partiendo ‘desde’ la Constitución y orientándose ‘hacia’ la norma infraconstitucional, preserve la eficacia de los principios y valores que subyacen en la Ley Fundamental, subsanando de ese modo las deficiencias de una formulación normativa de menor jerarquía y de carácter excepcional, que —no obstante ese carácter debe encontrar siempre como marco de referencia a la Constitución” (TSJ, Sala Contencioso-Administrativo, S. N° 79, 30/05/2000, entre muchos otros; TSJ, Sala Penal, “Oviedo”, S. N° 235, 09/09/2008; “Alaniz Funes”, S. N° 141, 22/06/2011; entre muchos otros).

Este tipo de interpretación es la que se ha realizado en los fallos de esta Sala referidos a la temática aquí tratada, y se desarrollará más extensamente a continuación.

2. El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública vinculados con la corrupción.

El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública vinculados con hechos de corrupción es la normalidad del ejercicio de la función pública (ejecutiva, legislativa y judicial) al servicio del interés general de la sociedad (bien común), en directa relación con los intereses individuales de quienes la conforman, y en resguardo del sistema republicano y democrático de gobierno y de los derechos humanos.

Los fundamentos que sostienen esta conclusión se exponen en los puntos subsiguientes.

a. Un concepto dinámico de bien jurídico protegido basado en principios constitucionales y convencionales.

Para una definición del bien jurídico protegido en casos como el presente, que permita individualizar a los ofendidos penales en cuanto portadores o titulares de dicho bien, debe asumirse un concepto dinámico de bien jurídico basado en principios constitucionales y convencionales.

Bien jurídico, según su concepción clásica, es el interés jurídicamente protegido, ya sea del individuo o de la sociedad (cf. Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, Reus, Madrid, 1916, T. 2, p. 2). En efecto, un derecho penal liberal se basa en la protección de bienes jurídicos, esto es, de intereses individuales o sociales con reconocimiento constitucional: es el principio de racionalidad o lesividad (De La Rúa, Jorge - Tarditti, Aída, Derecho Penal Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, T. 1, ps. 66-70).

No se trata, empero, de un concepto estático (al respecto Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Civitas, Madrid, 1997, 2° Reimpresión, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, T. 1, ps. 57/58). Esta necesaria apertura a los cambios sociales y progresos del conocimiento científico, en el marco de las finalidades constitucionales, impone la determinación del bien jurídico protegido no solo al legislador que sanciona las leyes que contienen las figuras delictivas, sino también a los jueces que las interpretan y las aplican.

Es menester destacar que los bienes jurídicos pueden ser individuales o colectivos. Ya Bidart Campos planteaba, desde el derecho constitucional, la relación entre los derechos de incidencia colectiva, que es materia del recurso de amparo, y los bienes jurídicos de carácter colectivo, que es materia penal (cf. Bidart Campos, “Los bienes colectivos tienen existencia constitucional”, LA LEY 2002-A, 1377). Relación y similitud que no implica, empero, igualdad entre ambas situaciones, de acuerdo a las diferencias que anotaremos más abajo. Ahora bien, se postula que la idea de bienes jurídicos generales o estatales no debe ser rechazada siempre que aquellos se funcionalicen desde la persona, esto es, que sirvan a los intereses del hombre (Hassemer, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en Doctrina Penal, año 12, dirigido por Ricardo C. Núñez, Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 282/282; Buteler (H), José A., “Garantías y bien jurídico”, en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Lerner, Córdoba, N° 2, 1998, p. 112; Lascano, Carlos J., Manual de Derecho Penal, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 21).

Debe evitarse, pues, la tendencia a la “desindividualización” del bien jurídico en los casos de los bienes comunes o colectivos (Eser, Albin, Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima, traducción

de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 18 y ss.).

En efecto, en una concepción de bien jurídico como interés jurídicamente protegido, debe entenderse que todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad: todo derecho existe para el hombre porque tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana (cf. Eser, Albin, oc, ps. 24/25; Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, traducción de la 20ª edición alemana, Reus, Madrid, 1916, T. 2, ps. 2/3). El mismo documento de las Naciones Unidas sobre Principios fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder considera, al definir el término “víctimas”, incluye a las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños (Resolución 40/1934, 20/11/1985, publicada en Víctimas, Derecho y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia, Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, N° 3, p. 3).

b. El problema del bien jurídico protegido en el Título 11 del CP argentino (Delitos contra la administración pública).

Al tratar las distintas figuras del Título 11 del CP argentino (“Delitos contra la administración pública”), los autores acuerdan en un punto: el bien jurídico protegido es el normal y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del estado, en todas sus ramas de los tres poderes (v. por todos Núñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1974, T. VII, p. 18; Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1970, T. V, ps. 88/89; Buompadre, Jorge Eduardo, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, T. 3, p. 35 y ss.; Laje Anaya, Justo-Gavier, Enrique Alberto, Notas al Código Penal Argentino, 2ª ed., Lerner, Córdoba, T. III, ps. 99/100; Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, 2ª ed., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, T. III, p. 23 y ss.; etcétera).

Sin embargo, la cuestión es compleja y, en verdad, no existe uniformidad acerca de cuál es el bien jurídico protegido en los delitos que integran el título referido, en particular si se pretende abarcar todos los tipos penales. Así, algunos autores entienden que existe un bien jurídico general y distintos bienes jurídicos según cada figura, mientras que otros niegan que haya un bien jurídico protegido común a todos los tipos penales, y en general todos mencionan la necesidad de considerar el bien jurídico en el caso concreto (cf. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1970, 3ª edición, 1970, T. V, p. 87; Donna, Derecho Penal Parte Especial, T. III, 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 23 y ss; Buompadre, Delitos contra la administración pública, Mave, Buenos Aires, 2001, p. 33 y ss.; Donna, Delitos

contra la administración pública, segunda edición actualizada, Colección autores de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 23 y ss.; Marcelo Almeida Ruivo, “El bien jurídico del delito de corrupción pasiva en el sector público”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, LA LEY, Año VI, N° 10, Noviembre de 2016, p. 17 y ss.; Villada, Jorge Luis, *Delitos contra la función pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 23/25; Bacigalupo, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, 2ª de, Ediciones Akal, Madrid, 1994, ps. 446/448; Chanjan Documet R., “El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”, DPC [Internet], 12/12/2017, 38:121-50. En línea (30/4/2019): <https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5210>). Sin embargo, existe consenso en que la función pública, en cuanto bien jurídico protegido, está determinada como tal en razón del interés público que atiende o afecta (Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte especial*, Astrea, 5ª ed., Buenos Aires, 1995, p. 217; Buompadre, Tratado... [cit.], ps. 36/40; Buompadre, *Delitos contra la administración pública*, Mave, Buenos Aires, 2001, p. 39; Villada, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 23/25).

De ese modo, limitar el bien jurídico protegido a la mera estructura de la administración pública y a la normal y correcta función per se de los órganos del estado implicaría una concepción desindividualizada del bien jurídico protegido. El bien jurídico protegido sería —según esa limitada concepción— la defensa del Estado como tal, y por ende el portador del bien jurídico protegido sería solo el Estado (véase en ese sentido: Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, T. III, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 26).

En el mismo sentido y con mayor contundencia, se precisó: “la Administración Pública no es estrictamente un bien jurídico”, ya que este gira “en torno a intereses sociales e individuales respecto del desenvolvimiento de la función pública”, por lo cual en los delitos contra la Administración Pública el bien jurídico está mencionado “de manera indirecta, siendo necesario especificar en cada caso el contenido concreto tutelado por cada infracción” (Terragni, Marco Antonio, *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 40, con cita de CNCC, Sala IV, 04/10/1999, Guglielminetti, Raúl, p. 712, LA LEY, 60-972; en idéntico sentido Donna, Eduardo A., *Delitos contra la administración pública*, segunda edición actualizada, Colección autores de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 31).

Por ello se ha precisado que “el punto de partida correcto que debe centrar el contenido de lo injusto no es el del sujeto activo del delito, sino la considera-

ción del bien jurídico como la función de prestación o servicio a los ciudadanos por parte de la Administración de acuerdo con una serie de principios expresados en la Constitución [...] cuyo centro de gravedad es la objetividad —y correspondiente imparcialidad— en su actuación, así como el servicio a los intereses generales, bien que sea preciso determinar en cada delito qué aspecto concreto queda cuestionado” (Demetrio Crespo, *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, p. 186).

c. La determinación del bien jurídico protegido en los delitos de corrupción pública. Conforme a lo desarrollado en los puntos anteriores, el bien jurídico protegido en el conjunto de delitos vinculados con la corrupción pública no es un bien desindividualizado, ni la mera estructura de la administración pública.

La existencia de dos Convenciones contra la corrupción suscriptas por nuestro país —a las que ya hicimos referencia— visibiliza la dimensión de las afectaciones que provoca el flagelo a nivel regional y global, y estas no pueden estar desconectadas de los intereses individuales y colectivos.

Sin perjuicio que en cada tipo penal vinculado a este conjunto punitivo deba realizarse una perfilación, en general, en cuanto a qué clase de intereses son puestos en peligro o dañados por la corrupción, se comparte la noción de que se trata de un bien jurídico colectivo, “y no solamente como un bien jurídico indirecto o medio, que sirve al desarrollo de los demás bienes” (De Luca, Javier, “Delitos de funcionarios públicos”, VIII Encuentro Asociación de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina, U. N. La Plata, 17/10/2008, en línea: <http://catedradeluca.com.ar/wp-content/uploads/2015/01/javier-a.-de-luca.-conferencia-sobre-delitos-de-funcionarios-publicos.pdf>).

El reconocimiento de bienes colectivos (entre los que incluye a “un cuerpo de funcionarios libre de corrupción”), como bien se ha sostenido “no van en absoluto en contra de un concepto de bien jurídico personal”, ya que estos bienes “tienen un significado esencial para las posibilidades de desarrollo del individuo en una sociedad” (Roxin, Claus, *Acerca del desarrollo más reciente en el debate sobre el bien jurídico*, Trad. Anna E.M. Richter, publicado en *Sistema del hecho punible*, 2, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 73). La dimensión personal del bien jurídico se capta, con claridad, en cuanto se repara en la potencial afectación de los derechos humanos por la corrupción pública (derechos económicos, sociales y culturales).

Ya en 2003, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas había emitido un documento sobre La corrupción y sus repercusiones en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales. También en ese año la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se había referido a la corrupción en su análisis sobre sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales.

En esa misma línea, el Consejo de Derechos Humanos celebró en 2013 una Mesa Redonda sobre las Consecuencias Negativas de la Corrupción en el Disfrute de los Derechos Humanos (autores y obra citada, p. 25). En ella, Miklos Marshall, vicepresidente de Transparencia Internacional (TI), destacó expresamente esta conexión entre corrupción y derechos humanos. En ese sentido, se resaltó que el análisis de la corrupción desde la perspectiva de los derechos humanos supone un enfoque completamente nuevo en la materia. Se trata de la superación de aquel modelo clásico que centraba su análisis solo en el impacto económico general, por otro que parte de su efecto devastador para la vida de las personas (Nash Rojas, Claudio (dir.), Bascañán, Pedro Aguiló y Bascur Campos, María Luisa (investigadores), Corrupción y Derechos Humanos. Una Mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos p. 26).

En el sistema interamericano, la visibilización de los derechos humanos respecto de la corrupción ha sido destacada en recientes resoluciones de la Comisión Americana de Derechos Humanos (CADH). La primera de esas resoluciones es la número 1 del 12/09/2017 de la CADH, titulada justamente, “Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción”. Allí se explica cómo la impunidad de la corrupción impulsa y perpetúa su reiteración y propagación y, con ello, la afectación de derechos humanos. La segunda de esas decisiones es la N° 1 del 02/03/2018 “Corrupción y Derechos Humanos” de la CADH, ratifica y profundiza esos mismos lineamientos. También aquí se comienza por señalar que “la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad”; y que por ello su combate se torna un imperativo para garantizar también esos derechos esenciales.

La corrupción “socava la legitimidad de las instituciones públicas”, como lo señala el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Por ello, bien se ha argumentado que en una democracia “adquiere mayor transcendencia porque es el único sistema político éticamente justificado y la corrupción implica una deslealtad hacia sus reglas” (Malem Seña, La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 18). En similar sentido se afirma que la democracia es el sis-

tema político más vulnerable a la corrupción (Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca de la calificación moral de la corrupción”, Isonomía N° 21, Octubre 2004, con transcripción de cita de Joel Feinberg, Harms to others. The moral limits of the criminal law, Nueva York/Oxford: Oxford University Press 1984, p. 64).

Y debe considerarse especialmente que “en sociedades menos desarrolladas los efectos de la corrupción suelen ser más graves que en países desarrollados, en la medida en que dificulta el crecimiento económico y pone en tela de juicio la percepción de la soberanía” (Reátegui Sánchez, James, “Delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada”, en Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública II, 2004-2, dirigida por Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 311).

Esa gravedad ha sido bien destacada por Garzón Valdés en los siguientes términos: “Los actos y actividades corruptos (as) son solo la punta de un iceberg que indica la existencia de un problema mucho más profundo: el de la tendencia a sustituir el ideal de la cooperación democrática por formas de competencia y de imposición de influencias que contradicen radicalmente el ideal democrático [...] Por ello, la recuperación de la fe democrática y la puesta en práctica de propuestas que hagan posible la viabilidad de una convivencia en condiciones de equidad es el medio más seguro para evitar los efectos disolventes de la corrupción en una sociedad democrática” (Malem Seña, ob. cit, p. 19, con cita de Ernesto Garzón Valdés, “Acerca del concepto de corrupción”, en Francisco Laporta y Silvina Álvarez [comps], La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 67; véase también en Garzón Valdés, “Acerca de la calificación moral de la corrupción”, Isonomía N° 21, Octubre 2004).

Esta línea de vinculación con los derechos humanos adquiere un sentido muy especial, cuando se advierte que de corroborarse los hechos denunciados, estaríamos ante un caso de lo que la doctrina especializada denomina grand corruption (gran corrupción), caracterizada por su incidencia en cantidades grandes de bienes. esta difiere de las hipótesis de petty corruption (corrupción menor), “baja” o “de la calle”, que es la que se relaciona con sumas de dinero modestas, por las que las personas se ven perjudicadas en sus encuentros con funcionarios públicos y con la utilización de servicios públicos (Consejo Internacional para el Estudio de los Derechos Humanos —CIEDH—, La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el vínculo, Monterrey, México, 2009, p. 19-20; recuperado el 27/04/2019 de: <http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN041206.pdf>).

Esto último es importante, porque como señalan esos documentos, es justamente en ese ámbito de la *grand corruption* en el que se afecta más significativamente la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), al desviar los recursos para su progresiva satisfacción. Y no cabe discutir que de ese modo se vulnera el principio de máxima utilización de los recursos disponibles del art. 2 del PIDESC en función del 75 inc. 22 CN. Algo que incide además en el desaliento de la inversión y la ayuda internacional ante su ineficacia (CIDH en el Tercer informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 2001. Capítulo II, G., párr. 48. En ese sentido, Nash Rojas, Claudio (dir.), Bascuñán, Pedro Aguiló y Bascur Campos, María Luisa (investigadores), *Corrupción y Derechos Humanos. Una Mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, p. 63).

d. La perfilación del bien jurídico respecto del tipo de malversación de caudales públicos.

Los alcances del concepto de bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública relacionados contra la corrupción, como ya se ha referido, debe tener en consideración la figura penal aplicada y el caso concreto.

Sin perjuicio de que los pretensos querellantes particulares mencionen otros posibles delitos (abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público), aquí se analizará solo la subsunción realizada por el representante del Ministerio Público Fiscal, que es la de malversación de caudales públicos (art. 260 CP).

En consonancia con lo referido en el apartado que precede, puede decirse que la malversación protege el correcto manejo del patrimonio público. En una democracia, el patrimonio público debe ser considerado como un bien colectivo y no la caja o un equivalente al patrimonio individual del funcionario.

La dimensión de los derechos humanos potencialmente afectados por un indebido manejo de ese patrimonio —de manera general para todas las figuras y particular para la aplicada al caso por el órgano instructor— es clara. La ciudadanía es hipotéticamente la perjudicada con el incorrecto manejo de una elevada suma de dinero cuyo destino natural era la ayuda social por parte de Lotería de Córdoba Sociedad del Estado (ley provincial 9595, art. 15 y ss.). El bien jurídico protegido es el interés social en el destino de tales fondos y, en última instancia, y por tratarse de un hecho de corrupción pública, el sistema republicano y democrático de gobierno.

Si se corroboraran los hechos denunciados por los querellantes, la situación que se plantearía en autos

tendría todavía un añadido más en su relación con los derechos humanos. Si esa hipótesis finalmente se acreditara, los delitos que se podrían haber cometido, recaerían sobre utilidades realizadas y líquidas que debían ser destinadas a obras de promoción y asistencia social al Ministerio de Desarrollo Social y a la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes. Es decir, para la asistencia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de personas que se encontraba por debajo de la línea de pobreza. De modo que los supuestos actos de corrupción objeto de la investigación en la que pretende intervenir constituirían una directa afectación de derechos humanos, con prescindencia, incluso, de las conexiones y pertenencia moderna que estamos resaltando entre estos y los actos de corrupción.

En efecto, los pretensos querellantes aluden a un faltante de USD 44.000.000 de esos fondos y se señala que la obra del Hotel Casino Spa de “Ansenuza”, que se habría comenzado sin licitación por un presupuesto de \$50.000.000, habría terminado costando la suma de \$408.258.186,70. Es decir, unas ocho veces más de su valor original. De manera que de probarse esos hechos, no habría dudas sobre la afectación de derechos económicos, sociales y culturales de los sectores más pobres y vulnerables de la población provincial.

En ese sentido, el art. 21 del Anexo I de la Ley 8665, establece que el remanente íntegro de las utilidades realizadas y líquidas que resulten del balance anual de esos bienes se debe transferir a la cuenta especial del Ministerio de Asuntos Institucionales y Desarrollo Social. En ese sentido, el sitio web oficial de la Lotería de Córdoba S.E. señala que el resultado que arrojan los Juegos de Lotería se destinan a obras de acción social en virtud de la Ley 9505 (que crea el fondo para la asistencia e inclusión social y fondo para la prevención de la violencia familiar) y el Decreto reglamentario de Deducción a la Actividad Lúdica. Y que desde el 14 de agosto de 2008 el Programa de Asistencia Integral Córdoba (PAICOR) es uno de los principales beneficiarios de esos fondos pues el 5 % de canje de dinero por fichas, financia parte de 240.000 raciones diarias de comedores escolares provinciales (www.loteriadecordoba.com.ar/contenidos/finsocial.html).

e. Conclusión.

En conclusión, se sostiene aquí que el bien jurídico protegido en el conjunto de delitos vinculados con la corrupción pública no es la mera estructura de la administración pública, porque se trata de un bien jurídico colectivo. Este bien colectivo es compatible con un concepto personal del bien jurídico, que se visibiliza reparando en la potencial afectación de los

derechos humanos por la corrupción pública (derechos económicos, sociales y culturales).

En particular, la malversación protege el correcto manejo del patrimonio público. Y, en el caso concreto, por tratarse de fondos públicos cuyo destino natural era la ayuda social por parte de Lotería de Córdoba Sociedad del Estado, en caso de incorrección en su manejo se afectan potencialmente los derechos sociales de la ciudadanía más vulnerable y la calidad democrática. En una democracia, el patrimonio público debe ser considerado como un bien colectivo y no la caja o un equivalente al del patrimonio individual del funcionario.

3. Admisión de un concepto de “ofendido penalmente” (art. 7 CPP) en consonancia con el marco convencional y el bien jurídico afectado.

El tratamiento de esta cuestión se realizará manteniendo la interpretación del ofendido (art. 7 CPP) adoptada por la Sala Penal en casos similares. Se justificará que es esta la que se encuentra en consonancia con las conclusiones adoptadas en los puntos anteriores, esto es, la obligación de realizar una interpretación conforme a principios convencionales y constitucionales en las reglas subordinadas y al bien jurídico afectado en uno de los tipos vinculados con la corrupción pública. Asimismo, se explicará que esta posición no implica un desbalanceo de la “paridad de armas” con el imputado/a.

a. El concepto de ofendido adoptado en precedentes de la Sala Penal.

En ese marco, se advierte que el tribunal de apelación se aparta de la consolidada jurisprudencia adoptada por esta Sala desde el año 2007 con el precedente “Bonfigli” (TSJ, Sala Penal, S. N° 79, 17/05/2007, Vocales Cafure de Battistelli, Tarditti, Blanc G. de Arabel). Allí se adopta una interpretación del concepto de penalmente ofendido del art. 7 CPP, que ha sido luego consolidada mediante el dictado de diversas resoluciones posteriores coincidentes (TSJ, Sala Penal, “Denuncia formulada por Bellotti”, S. N° 92, 24/05/2007; “Belluzo”, S. N° 271 del 10/10/2009; “González”, S. N° 206, 31/08/2010, suscriptas por las Vocales Tarditti, Cafure de Battistelli y Blanc G. de Arabel; “Villanueva”, S. N° 617, 30/12/2015, Vocales López Peña, Blanc G. de Arabel y Rubio, y “Anuzis”, S. N° 409, 15/09/2017, vocales Tarditti, Cáceres de Bollati y Rubio; entre muchos otros).

Esta posición no es exclusiva de la Sala Penal y se va abriendo camino en otros tribunales. Recientemente se expidió a favor la Cámara Federal de la Plata, al confirmar la legitimación para participar en el proceso penal de una organización civil de lucha contra la corrupción (CF La Plata, Sala II, causa N° CFP 6089/2016/4, resolución de fecha 01/11/2018), habilitando a actuar como querellante a la Fundación

Poder Ciudadano. El fallo mencionado confirma uno anterior dictado en primera instancia en el mismo sentido, basado en el criterio fijado por esta Sala en el precedente “Bonfigli” (Juzgado Criminal y Correccional Federal de La Plata, causa N° 6089/2016/4 caratulada “Incidente de falta de acción”, resolución de mayo de 2017; se menciona que el precedente de esta Sala ha sido citado, a su vez, por Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, 4° edición, Bs. As., 2010, T. I, p. 359).

En efecto, en esos fallos se ha concretado una interpretación del art. 7 del CPP muy distinta a la que propone el tribunal de apelación en sus dos niveles de argumentación. En ese sentido, se han considerado ampliamente legitimadas para constituirse en querellantes particulares las organizaciones no gubernamentales cuyo objeto sean los aquí considerados bienes colectivos (corrupción, salud pública, medioambiente). También se ha habilitado a otras personas jurídicas que no son titulares de bienes jurídicos protegidos por el delito pero que representan a quienes sí lo son, como ocurre con los sindicatos y hasta con particulares que revestían la condición de “afectados”, por concurrir en la cotitularidad de intereses difusos como el medio ambiente.

Si bien tales criterios han sido citados por la cámara en los fundamentos del fallo impugnado, igual que el Fiscal de Instrucción, en el caso concreto los ha aplicado erróneamente y, de esa manera, ha excluido indebidamente a la simple asociación que pretendía intervenir en el proceso de manera adhesiva al ejercicio de la acción penal cuya titularidad corresponde al Ministerio Público Fiscal.

Esa restricción ha sido realizada a través del establecimiento de exigencias específicas no previstas en los precedentes de esta Sala, las que en definitiva desconocen —y esto resulta decisivo para revocar lo resuelto— los principios constitucionales y convencionales que deben regir en la materia y que en aquellas resoluciones se pretendía asegurar. Asimismo, esa posición restrictiva se ha basado en un análisis inadecuado del bien jurídico protegido en el caso concreto y de las características de los hechos delictivos denunciados.

En efecto, la decisión por parte del tribunal *a quo* —en consonancia con el del órgano instructor— se ha motivado, básicamente, en la no configuración de determinados requisitos de la simple asociación civil ASOMA (experiencia y trayectoria) y en la ausencia de un específico modo de afectación de los derechos de sus integrantes (vulneración directa). Ello condujo, como se explicó, a la denegación de su legitimación para intervenir en el proceso. Pero con tales exigencias la cámara ha terminado adoptando, en el presente caso, un criterio restrictivo de ofendido penal,

desconociendo de ese modo —al igual que el órgano instructor— las pautas interpretativas que decía compartir. Tales directrices han sido establecidas por esta Sala con el objeto de asegurar el derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva a las víctimas de determinados delitos relacionados con bienes jurídicos colectivos (corrupción, medio ambiente, salud pública). De ese modo, con el argumento de la necesidad de una vulneración directa de derechos —lo cual se produce efectivamente en el caso— se pasa indebidamente a la exigencia de una experticia como requisito sine que non para la legitimación de una asociación, que tiene como trasfondo el argumento primigenio del fiscal de instrucción: la reciente integración de la asociación es demostrativa de que representa otros intereses y no el de las víctimas directas del delito denunciado.

Tales conclusiones desconocen, básicamente, el verdadero sentido de los precedentes de este tribunal.

En ellos, la legitimación para intervenir en el proceso —en los límites del texto legal del art. 7 del CPP— a favor de las asociaciones intermedias que propenden a la protección del bien jurídico en los delitos contra la administración pública relacionados con la corrupción, se ha fundamentado, básicamente, en las exigencias convencionales de persecución y castigo de ese tipo de delitos y de participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción. Ambos mandatos deben ser asegurados por el Estado argentino por haberse obligado a ello al suscribir los convenios contra la corrupción (OEA y ONU). Además, se atiende al hecho de que los graves hechos de corrupción constituyen atentados contra el sistema democrático (art. 36 CN). Y por último, se realiza una interpretación sistemática del art. 7 del CPP a partir de la participación que se reconoce a las organizaciones intermedias en la acción de amparo por derechos de incidencia colectiva en el art. 43 de la CN, instituto que fue reconocido jurisprudencialmente incluso antes de su incorporación expresa a la Constitución Nacional con la reforma de 1994, para garantizar, precisamente, el acceso a la jurisdicción a los afectados.

b. Compatibilidad del concepto de “ofendido” de la jurisprudencia casatoria con los principios convencionales y constitucionales en las reglas subordinadas.

Conforme se ha dicho en los precedentes, con cita de calificada doctrina, “por más que se conciba el instituto de la legitimación como un concepto procesal, existe un subsuelo constitucional del cual aquel debe nutrirse, por estar vinculado estrechamente con el derecho de peticionar ante las autoridades y la efectiva vigencia de la garantía de debido proceso legal”. De manera que “[s]i esta relación entre lo procesal y lo constitucional se rompe, sea por acción u omisión del legislador o por vía interpretativa en los casos so-

metidos a decisión del Poder Judicial, se incurre en una conducta inconstitucional incompatible con el Estado de Derecho...” (“Procesos colectivos”, Francisco Verbic, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 79, primer párrafo, nota 14, con cita de Bidart Campos, “Los derechos humanos y la legitimación procesal, ED, 152-784”).

Tanto la Constitución Nacional (reformada en 1994) como la Constitución Provincial (modificada en 1986), introducen una nueva generación de derechos, que incluyen los intereses de base colectiva, difusa o supraindividual, entre los que corresponde incluir los afectados por la corrupción pública. Con esta nueva incorporación, el propio constituyente advirtió la necesidad de cambios en la manera en la que hasta entonces se había concebido la legitimación de los actores procesales. Por esa razón, las propias constituciones brindan lineamientos que han modificado las bases de esa legitimación para actuar procesalmente en su defensa; con impacto directo en la interpretación propugnada.

Ello se advierte claramente en el nuevo modelo que brinda el art. 43 CN en materia de legitimación activa para promover una acción de amparo. Así, para satisfacer estos nuevos requerimientos, se amplía la base histórica que antes se agotaba con el otrora titular de derechos y garantías individuales. Ahora se legitima también al afectado, al defensor del pueblo y, por cierto, a las asociaciones que propendan a esos fines; como acontece con la pretensa querellante, cuyo objeto social se orienta, justamente, a la lucha contra la corrupción. Las Convenciones específicamente vinculadas con la corrupción procuran el involucramiento de la ciudadanía y de las organizaciones no gubernamentales en la “lucha contra la corrupción”. En tal sentido, el preámbulo de la citada Convención Americana, se refiere expresamente a la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción. También se asume en el convenio el compromiso de otorgar especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción (art. XIV). En el mismo sentido se pronuncia la convención de las naciones unidas cuando destaca que para poder prevenir y erradicar la corrupción, los estados deben cooperar entre sí con el apoyo y participación de las personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad, civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces. Es más, su artículo 13 exige a los estados partes la adopción de medidas adecuadas para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y lucha contra la corrupción.

Este favorecimiento de participación de actores que no provengan del sector público, se explica porque en la corrupción existe, en efecto, el riesgo de una inercia estatal en la investigación de tales delitos. A ese respecto se ha dado la siguiente explicación: en la criminalidad clásica, aun organizada, es fundamental la división entre los criminales y aquellos que luchan en contra, y estos últimos están, en principio, capacitados y motivados para esclarecer el delito; en el caso de la corrupción, en cambio, la criminalidad apunta hacia un ámbito que debe combatirse a él mismo (cf. Hassemer, Winfried, “Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción”, en *Pena y Estado*, Año I, N° 1, *Revista Latinoamericana de política criminal*, Editores del Puerto, 1995, p. 150; cf. TSJ Sala Penal, “Bonfigli”, cit.).

Se afirma, en ese entendimiento, que la mayoría de las veces los agentes involucrados ostentan un importante caudal de poder, y que por ello es sumamente infrecuente que el aparato de justicia logre el esclarecimiento y castigo de los responsables por hechos de corrupción, salvo cuando los actores han sufrido una importante pérdida de su posición de poder (criminalización por retiro de cobertura) (Zaffaroni-Aliaga-Slokar, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 11; Rusca, Bruno, “Persecución penal de la corrupción. Reflexiones y propuestas de política criminal”, *Revista de la Facultad*, Vol. III, N° 2, Nueva Serie [2012], 137-154, p. 145, disponible en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/5996/7069>). Por todo ello, la legitimación como querellante bien puede corresponder a una organización no gubernamental. Esta intervención no solo es factible en los casos en que la persona jurídica es la afectada por el acto corrupto, como fue el supuesto del precedente “Bonfigli” en el que, sin embargo, aquella no empoderó a quien intentó constituirse en querellante para actuar en su representación. También es factible, cuando se trata de organismos no gubernamentales cuyo objeto sea la defensa de los intereses colectivos que afecta la corrupción. Si bien se trataba de otro bien colectivo (salud pública), el precedente “Belluzo” en el que se investigaba efectivamente un delito contra ese bien jurídico colectivo (art. 201 CP), se admitió la legitimación procesal de la asociación “Portal de Belén” en atención de sus fines estatutarios, “puesto que así lo aconseja una interpretación del artículo 7 del código ritual a partir de las normas constitucionales que informan el sistema”.

Esta interpretación, además de su sustento constitucional, armoniza con un mandato expreso de la ley procesal. En efecto, el art. 3 del CPP provincial —de manera similar al art. 2 del CPPN— dispone que será interpretada restrictivamente toda disposición legal que —en lo que aquí interesa— limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos procesales.

c. Compatibilidad del concepto de “ofendido” de la jurisprudencia casatoria y su condición de portador del bien jurídico protegido en los delitos vinculados con la corrupción pública. Ofendido penalmente es quien porta en el contexto concreto el bien jurídico protegido por la norma penal de prohibición o de mandato presuntamente infringida.

Cuando se trata de un bien colectivo no cabe aplicar el mismo rasero que el de los bienes jurídicos individuales, aunque bien puede quien sea individualmente afectado por el acto corrupto actuar como querellante. Tampoco, como se ha explicado, cabe analogar un bien colectivo con el Estado o un organismo público. Bien pueden, cuando existan, los funcionarios específicamente investidos tales como el Defensor del Pueblo (no así en el caso de nuestra Provincia), el Fiscal u Oficina Anticorrupción, actuar como querellantes.

Más ni uno ni otros monopolizan alternativa o conjuntamente estas posibilidades que en la práctica son casi inexistentes.

Las asociaciones intermedias siempre que tengan por objeto la lucha contra la corrupción, pueden intervenir como querellantes en el proceso penal por representar el interés general de la sociedad a un estado libre de funcionarios corruptos. Si estos ilícitos pueden afectar los derechos humanos sociales, económicos y culturales de los individuos, vulnerados de manera colectiva por los hechos relevantes de corrupción en la administración pública, esta representación de intereses (de manera similar a lo que ocurre con el recurso de amparo), les cabe también en el proceso penal.

Esta posición no sobrepasa indebidamente la noción de ofendido penal, porque deriva de las pautas interpretativas relacionadas con el derecho penal sustantivo y principios constitucionales y convencionales: son los miembros de la sociedad los que ven afectados sus intereses individuales de manera colectiva y, por ello, los portadores en conjunto del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública que impliquen hechos de corrupción relevantes.

Se trata, como se dijo, de un bien jurídico colectivo. De tal manera, no es posible afirmar, como hizo la Cámara en el fallo recurrido, que en casos como el presente la sociedad resulta indirectamente afectada en cuanto al bien jurídico principal (administración pública). Por el contrario, es la sociedad toda, en cada uno de sus integrantes, la que se encuentra afectada directamente por hechos de corrupción que revisten cierta relevancia, como sería —según la denuncia— el de la presente causa. Entenderlo de otra manera implica una inaceptable concepción despersonalizante

del bien jurídico protegido, que desconoce la afectación directa a la sociedad, en cada uno de sus integrantes, que produce este tipo de hechos.

d. Compatibilidad del concepto de “ofendido” de la jurisprudencia casatoria con la llamada “paridad de armas” con la defensa.

El sistema constitucional garantiza la plena igualdad entre acusación e imputado, esto es la llamada “paridad de armas” (art. 8.1 CADH; 14.3 PIDCP; 75, inc. 22, CN; cf. TSJ, Sala Penal, “Almada”, S. N° 184, 10/08/2007, entre otros).

La admisión de una parte querellante no implica una vulneración a la paridad de armas, aunque se trate de una organización no gubernamental, como es del caso.

En primer lugar, debe aclararse que el artículo 43 de la CN, que aquí se invoca para justificar en parte la legitimación de AsoMA y el artículo 53 de la CP no han supuesto la recepción lisa y llana de una amplia acción popular que pueda ser formulada por cualquier habitante con independencia del derecho, interés o título que esgrima para accionar. Entre nosotros no encuentra recepción en nuestro ámbito jurídico la llamada acción popular, la que sí se encuentra contemplada, por ejemplo, en la legislación española (art. 125 Constitución Española y 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; cf. TSJ, Sala Penal, “González”, “Villanueva”, “Anuzis”, cits.). Solo una acción de tales características implicaría sin dudas —como sostuvo el mismo fiscal de instrucción en la decisión que diera origen al presente cauce impugnativo— una fuente de desigualdad del imputado respecto de múltiples acusadores privados, esto es, vulneraría el principio de “paridad de armas” (cf. al respecto TSJ Sala Penal, “Villanueva” y “González”, cits., con remisión a jurisprudencia de la Sala Contenciosa-Administrativa y a la doctrina constitucional allí citada).

Tampoco se trata de un supuesto de equivalencia con las “acciones de clase”, en las que quien acciona en gestión procesal colectiva de una clase o grupo, le es requerido que estén constituidas desde un tiempo prudencial anterior a la acción, que tengan un número suficiente de afiliados o componente, etc.

Ello así, porque tal como está regulado el querellante particular en el Código Procesal Penal de la Provincia, se trata de un sujeto procesal con acotadas facultades procesales, que distan completamente de categorizarlo con un actor pleno equivalente al Ministerio Público, ni a una organización no gubernamental que actúe como actor en una acción de clase o en una acción de amparo.

Las esenciales diferencias se advierten fácilmente en cuanto se repara que la organización no gubernamental

que actúa como actor en un juicio no penal, tiene facultades para iniciarlo, hacer avanzar por sí mismo el proceso y concluirlo aun anticipadamente a través de modos alternativos. En cambio, el querellante particular no puede iniciar por sí mismo el proceso penal, ni tampoco tiene las otras atribuciones recién mencionadas. Es solo un actor adhesivo al titular de la acción, esto es, al Ministerio Público Fiscal, quien es el organismo judicial que tiene los poderes de persecución y castigo.

En efecto, como reiteradamente ha destacado esta Sala, el ejercicio de la acción por parte del querellante particular tiene un mero carácter adhesivo, que implica la intervención en la investigación penal solo cuando esta ha sido iniciada a los fines de coadyuvar a la tarea del Ministerio Público “para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado...” (art. 94 CPP; cf. TSJ Sala Penal, “Funes”, S.N° 116, 17/12/2001; “Bonfigli”, cit.; “Denunc.f.p.Bellotti”, cit.; “Gonzalez”, cit.; entre muchos otros).

A diferencia de la organización no gubernamental que actúa como actor en un juicio no penal, la que actúa como querellante en el proceso penal no puede producir pruebas por sí mismo, solo puede proponerlas al Fiscal quien decide admitirlas o rechazarlas, desde luego que no arbitrariamente. No le está permitido cuestionar el cese de la medida de coerción impuestas al imputado.

Si el proceso ha concluido por archivo, sobreseimiento o absolución, el querellante podrá recurrir para que se revisen estas decisiones si el Ministerio Público se conforma con ellas. Esta posibilidad no implica que se le hayan transvasado el ejercicio del poder estatal de persecución penal, ya que solo se trata de “provocar un nuevo examen de la cuestión por parte de un tribunal” de rango superior, que, además, está condicionado a que el Fiscal superior mantenga el recurso (Cfme. Cafferata Nores - Tarditti, Código procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado, col. Arocena, T. 1, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 304).

En caso de condena, solo puede recurrir si pretende más pena si lo hace el Fiscal.

En síntesis, tal como está regulado, estas módicas atribuciones carecen de potencialidad para desbalancear la paridad de armas porque no es, ni remotamente, un acusador pleno.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que en el presente caso la asociación civil AsoMA, con el aporte de pruebas relativas a los extremos de la imputación delictiva que denuncia pretende coadyuvar en una investigación penal preparatoria que se encuentra en su etapa primigenia. Y que en esta instancia solo pretende legitimación para resistir el archivo de la causa ordenado por el Fiscal instructor, para que de

esa manera se continúe la investigación de los presuntos delitos denunciados, de conformidad con la facultad que concede la ley procesal (art. 334, quinto párrafo, —ley 10.457— CPP). Resistencia al archivo que, además, presenta el carácter de un recurso extraordinario, esto es, restringido, con necesidad de sostenimiento del Ministerio Público Fiscal (arts. 471 y 464 CPP provincial).

e. Conclusión.

En conclusión de lo hasta aquí desarrollado, el concepto de ofendido, que habilita a intervenir como querellante particular en este caso a ASoMA, ha sido receptado en los precedentes de la Sala Penal y se encuentra apoyado en una interpretación conforme a principios constitucionales y convencionales del art. 7 CPP; asimismo, se aviene a tener un nexo con el bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos que se investigó en el proceso penal; por lo demás, por no tratarse de un acusador pleno, no pone en riesgo la paridad de armas con el imputado.

4. Revisión del fallo y conclusión.

Como ya hemos adelantado, la resolución recurrida se encuentra en pugna con los fundamentos hasta aquí proporcionados, porque por las razones contrarias que ha esgrimido, ha concluido en la exclusión de ASoMA como querellante particular en el presente proceso. En los siguientes puntos, se fundamentará cuáles son las contrariedades más relevantes.

a. Prescendencia de la dimensión convencional en la interpretación del art. 7 CPP.

Se ha señalado en este Voto, que la interpretación de las reglas infraconstitucionales, entre las que se ubica el art. 7 CPP y el bien jurídico nominado por el Código Penal argentino, debe considerar el marco convencional. En este caso, se sostuvo, resulta ineludible porque el tipo penal de malversación de caudales integra un conjunto que ha sido materia de dos convenciones (Convención Interamericana contra la corrupción, arts. XI, 1, d, y 2; Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, art. 17).

Por tanto, ante cualquier cuestión jurídico-penal o procesal que se suscite en materia de corrupción —como acontece en autos— debió realizarse un detenido examen que atienda a esos estándares constitucionales y convencionales amplios. Ese examen no ha sido realizado en el caso, y sus conexiones con directrices constitucionales y convencionales de jerarquía normativa superior que van en un sentido bien distinto, fue el receptado en la jurisprudencia de esta Sala Penal.

En lo que particularmente nos atañe aquí, también los referidos documentos internacionales son claros en reiterar la importancia que tienen las orga-

nizaciones de la sociedad civil en esa lucha contra el fenómeno. En ellos se destaca de manera especial, el rol específico que están llamadas a desempeñar las ONG's en la lucha contra este flagelo, incluyendo tanto a las específicamente surgidas para combatir la corrupción como a las conformadas inicialmente solo para promover y proteger los derechos humanos —lógicamente, a partir de su conexión— (Consejo Internacional para el Estudio de los Derechos Humanos —CIEDH—, *La Corrupción y los Derechos Humanos*. Estableciendo el vínculo, Monterrey, México, 2009, pp. 81).

b. Concepto de ofendido reñido con los precedentes de la Sala Penal.

Conforme se ha desarrollado, la Cámara ha citado los precedentes de la Sala Penal pero no los aplicó al caso, porque el concepto de ofendido que ha explicitado disiente con aquellos fallos. Su inicial adhesión a dicha interpretación es luego matizada al introducir requisitos restrictivos como la experticia —experiencia y trayectoria de la asociación civil—. Y tal exigencia no surge del texto de esos fallos ni mucho menos se compadece con los lineamientos convencionales y constitucionales en materia de corrupción que consideran tales pronunciamientos. Y de ese modo, su razonamiento vuelve a conducir a una posición inaceptablemente restrictiva en relación con la que pretendía y debía seguir por las cuestiones normativas mencionadas.

El agregado del requisito de la experticia desconoce el texto y el sentido del fallo del que se pretende extraer. Al argumentar su posición, el tribunal *a quo* incurre en una inadecuada fragmentación de la cita de una opinión doctrinaria efectuada por esta Sala (concretamente: Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal —II Parte General. Sujetos procesales—*, Editoriales del Puerto, Bs. As., 2003, p. 684). Esta solo hace referencia a las bondades de la intervención de las organizaciones no gubernamentales en estas causas, a partir de la experiencia y técnica aprendida en el ámbito definido en el cual operan tales organizaciones. De ningún modo puede extraerse de allí que esta Sala sostenga que el grado de experticia de la organización deba ser un criterio que corresponda considerar en el momento de analizar si la organización puede intervenir en la causa. Es, por otra parte, un estándar que puede ser requerido en las acciones de clase (v. las referencias a este tema en el voto mayoritario de “Portal de Belen Asociación civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba— Amparo”, s. N° 24, 18/12/2018, TSJ Córdoba, Sala Electoral), tal como acontece en el sistema federal estadounidense, por ejemplo, en el que las denominadas *class actions* reguladas por la Rule 23[20], cobra relevancia la idoneidad de quien invoca esos derechos transindividuales o para representar adecuadamente a la clase, grupo,

colectivo o categoría de sujetos afectados por un factor de agresión común.

Además, esa supuesta falta de experiencia de dicha organización, tampoco ha sido suficientemente argumentada.

La mera posibilidad de fines distintos al fijado en el objeto social por parte de alguna asociación que actúe como querellante particular, esto es, la persecución de objetivos que no representen verdaderamente los intereses de las víctimas de los hechos delictivos vinculados a la corrupción (v. gr., proselitismo en épocas electorales, persecución contra determinado sector político o ideológico, blindaje de funcionarios públicos que ejercen actualmente poder y direccionamiento a quienes ya no lo detentan, presión para promover determinadas medidas que favorezcan a grupos empresarios, etcétera), puede eventualmente derivar —de comprobarse— en la exclusión de aquella del proceso, lo cual deberá fundamentarse debidamente con base en constancias que así lo acrediten. Pero de esa mera posibilidad —que en el presente caso de ninguna manera se advierte— no debe derivarse la exigencia de experiencia en este tipo de procesos. Es que justamente esa experticia se adquirirá y acrecentará, fundamentalmente, a partir de la participación continua en procesos penales relacionados con la materia. Y será ese el ámbito en el cual la asociación podrá demostrar que persigue los fines fijados en su estatuto social: la lucha contra la corrupción (sin contaminación de otros fines espurios).

No podría tener trayectoria en este tipo de investigaciones una asociación a la que se le impide, precisamente, participar —con las limitaciones referidas— en ellas.

El tribunal *a quo*, también argumentó que se requiere más que un interés simple o común de cualquier ciudadano: es necesario acreditar un derecho subjetivo afectado o, al menos, un interés concreto y diferenciado del interés general (citó doctrina: Cafferata Nores - Tarditti, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Comentado, Mediterránea, Córdoba, 2003, T. I, p. 93). Postuló, así, que debía tratarse de un afectado directo, ya sea que comparezca en forma individual o a través de una asociación que nuclea a varios afectados. No obstante, para llegar a esa conclusión la cámara hizo la cita incompleta de la doctrina mencionada, porque allí mismo los autores agregan que ese problema no se presenta con “las personas jurídicas cuyo objeto social sea la lucha contra la corrupción gubernamental, porque precisamente adquieren esa legitimación en representación de intereses colectivos” (ibídem, p. 93).

Tal concepción, que ha tenido recepción en la jurisprudencia de la Sala Penal, permite “garantizar el

ejercicio de los derechos humanos frente a las vulneraciones y restricciones que produce el fenómeno de la corrupción”, lo cual es un deber de los estados (Resolución 1/2018 de la CIDH), y constituye un mecanismo efectivo para erradicarla (ibídem). Téngase en cuenta, por lo demás, que los denunciantes de este tipo de hechos son “víctimas frecuentes de ataques contra la vida, la integridad, libertad y seguridad personal, como consecuencia de investigar, informar y denunciar actos de corrupción” (ibídem).

d. La objeción de la paridad de armas.

También en los precedentes citados de esta Sala (“Anuzis”) se encuentra la respuesta a otro de los problemas argumentados por el tribunal de mérito para rechazar la intervención de la referida Asociación civil como querellante particular. Allí se señaló que el reconocimiento a intervenir como querellante particular no puede restringirse aduciendo el argumento formal de la pluralidad de partes acusadoras, que, por otra parte es inexistente en el caso. Máxime cuando de existir, se impone la solución de la unificación de su representación. En definitiva, la situación se resuelve por aplicación analógica de la solución que el ordenamiento ritual establece para los casos de pluralidad de querellantes para los juicios en delitos de acción privada (art. 425 CPP).

Por lo demás, y como ya se ha referido, el carácter meramente adhesivo del querellante particular, en contraste con el Ministerio Público, con la titularidad de la acción que corresponde en el amparo a los afectados en sus intereses de incidencia colectiva o al actor en las acciones de clase, desbarata normativamente la afectación de la paridad de armas con la defensa.

e. La resolución cuestionada frustra la confianza legítima en los precedentes de la Sala Penal del TSJ.

De modo subsidiario —aunque no por ello carente de relevancia— cabe anotar que la solución propiciada es la que más se ajusta al principio de protección de la confianza legítima —de reiterada aplicación por la Sala Contencioso Administrativa de este TSJ— según el cual deben mantenerse los efectos de determinadas situaciones, lo que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la propia Administración (cf. TSJ, Sala Contencioso Administrativa, S. N° 117, 29/08/2001; S. N° 86, 06/12/2004; S. N° 14, 10/04/2007; S. N° 112, 06/11/2009; S. N° 27, 04/05/2010; S. N° 86, 10/09/2014, entre otras; y Coviello, Pedro José Jorge, “La confianza Legítima”, ED, N° 9495, de fecha 04/05/1998, p. 1, y autor cit., La protección de la confianza del administrado, Derecho Argentino y Derecho Comparado, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2004, ps. 391 y ss.).

Ese principio se fundamenta en imperativos de seguridad jurídica, que exigen la previsibilidad en los actos estatales, pues ello contribuye precisamente a crear esa confianza legítima de los ciudadanos susceptible de ser lesionada por la incertidumbre y la falta de observancia de las reglas jurídicas en juego (fallos citados).

Por su fundamento, es extensible a otros ámbitos de aplicación, por ello debe ser particularmente tenido en cuenta en la cuestión aquí planteada, pues existen claros precedentes de esta Sala a cuyas directrices se han atendido meticulosamente quienes aquí pretenden intervenir en el proceso penal en calidad de querellantes particulares. Una respuesta negativa a dicha pretensión, diferente a la aquí propiciada, frustraría la expectativa legítima de los presentantes originada en tales resoluciones, por cuanto supone modificar sustancialmente las exigencias establecidas en aquellas (además de desconocer palmariamente —como ya se ha explicado— las pautas convencionales y constitucionales que dan base a la solución allí adoptada).

f. Conclusiones finales.

Conforme lo desarrollado, desde el punto de vista convencional no puede limitarse el concepto de bien jurídico protegido de los delitos contra la administración pública —que da base a la legitimación para intervenir en el proceso en calidad de penalmente ofendido— solo a la administración pública entendida como la estructura institucional del Estado, pues los actos de corrupción afectan los derechos humanos sociales, económicos o culturales y el sistema democrático, y por ello es un bien colectivo.

Desde el punto de vista procesal y de la legitimación para actuar en el proceso, por particular ofendido portador del bien jurídico protegido (art. 7 CPP Cba) también debe incluirse a las organizaciones no gubernamentales cuyo objeto social coincida con los que contempla la lucha contra la corrupción.

Si solo se encontrasen legitimados los organismos públicos de contralor o el ciudadano que es sujeto pasivo del acto corrupto, muchas veces los hechos de corrupción quedarían impunes. Ello porque si fuese solo el Estado el legitimado, por lo general existen sistemas de corrupción instalados en las instituciones estatales. Y si fuese solo un ciudadano/a, los obstáculos para acceso a justicia en este tipo de delitos son considerables. Es la propia sociedad la que aparece como ofendida y portadora del bien jurídico protegido, y por ende resulta legitimada para actuar en el proceso penal a través de asociaciones intermedias que representan sus intereses vulnerados.

Es menester reiterar: nos encontramos en un ámbito que demanda, por exigencia convencional y constitucional, una eficaz defensa del sistema republicano

y democrático y del interés social vulnerados, lo que en esta materia debe guiar la actividad interpretativa de los tribunales a los fines de asegurar el derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva y el derecho a participar en los asuntos públicos directamente (CADH, art. 23.1.a, entre otros).

Y es por ello que a los fines de acatar las directivas convencionales de facilitar la “participación civil” (preámbulo de la Convención Interamericana), de dar mayor eficacia a la persecución penal en el esclarecimiento e investigación de los hechos que puedan ser delitos contra la administración pública, debe admitirse —como hizo esta Sala desde “Bonfigli” — la participación de asociaciones intermedias.

De ese modo, ofendido también son las asociaciones que propendan a la lucha contra la corrupción y representen, de esa manera, a los ofendidos por tales actos. No se trata —como argumentó la cámara— de un mero y genérico deseo ciudadano de legalidad; hay una afectación real y directa en los ciudadanos por tratarse de un acto de corrupción de relevancia, con los efectos socioeconómicos negativos descriptos y la vulneración del sistema democrático de gobierno que ello implica, además de su vinculación con la vulneración de los derechos humanos por constituir —*prima facie*— un acto de corrupción de gravedad.

Solo de esa manera se garantizará a las víctimas de la corrupción el debido proceso (art. 18 de la CN), el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva (sobre el carácter bilateral de la garantía del debido proceso cf. Piqué, María Luisa, “Los derechos de las víctimas de delitos en nuestra Constitución”, en Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, Roberto Gargarella y Sebastián Guidi [coordinadores], LA LEY, Buenos Aires, 2016, pp. 933/937).

La interpretación aquí propugnada, en definitiva, no se sale del cauce impuesto por el legislador en la letra de la ley (art. 7 CPP), y respeta a su vez la interpretación dogmática del bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública y los criterios convencionales a los que ha adherido el estado argentino.

En resumen, no se advierte obstáculo alguno para habilitar a la asociación para intervenir como querellante particular en los presentes actuados. Y ello por cuanto el objeto de la asociación comprende tres conceptos fundamentales: 1) lucha contra la corrupción (íntimamente vinculada con la vulneración de los derechos humanos); 2) protección del sistema democrático y republicano de gobierno; 3) participación ciudadana en la gestión de la cosa pública (garantía de transparencia y eficiencia). Representa su actuación, pues, la defensa del bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública,

de carácter colectivo, en un hecho concreto —el denunciado— que implica la posible vulneración —en cuanto acto relevante de corrupción— de los derechos humanos y, por supuesto, del sistema democrático de gobierno.

Por todo lo expuesto, estimo que en los presentes cabe acoger la pretensión deducida, puesto que así lo aconseja una interpretación del artículo 7 del código ritual a partir de las normas constitucionales que informan el sistema.

En consecuencia, voto negativamente en relación con esta cuestión.

El doctor *López Peña* dijo:

I. Comparto la relación de causa efectuada en el voto precedente (apartados I., II., III., 1.2), aunque disiento con la solución a la que arriba en cuanto a la admisión en el carácter de querellante particular de la simple asociación civil “Acción Solidaria por una Mejor Argentina” (ASoMa), a través de su presidente Juan Pablo Quinteros, y su secretaria Liliana Montero, con el patrocinio letrado del Dr. Aurelio García Elorrio, todos legisladores provinciales por distintos partidos políticos al momento de su presentación como pretenso querellantes particulares, conforme los fundamentos que se expondrán a continuación.

II. Antes de ingresar a los mismos es dable describir, por un lado, las constancias de autos que dieron sustento al recurso incoado, y por otro, las premisas básicas en que se asienta el análisis jurídico que de él se deriva.

1. Con respecto al primer tópico, es necesario recordar que el fiscal de instrucción del Distrito I Turno V de esta ciudad, comenzó una investigación a partir de la solicitud de la Presidente —en su momento— de la Lotería de Córdoba S.E., Sra. Marta Zabala, a los fines de elucidar si en el diseño, contratación, construcción y pago de proveedores del Hotel Casino Spa “Ansenuza”, se cometieron delitos comprendidos en la corrupción de la administración pública.

Los aquí recurrentes habían solicitado en un primer momento participación en carácter de querellantes particulares, pero aquella vez en calidad de ciudadanos y legisladores provinciales, lo que fuera rechazado en distintas instancias (ver cita en la resolución de fs. 38 vta.). Al quedar firme dicho rechazo, constituyeron una simple asociación que llamaron “Acción Solidaria por una Nueva Argentina” (“ASoMa”), siguiendo las previsiones en la materia del Cód. Civil y Comercial, mediante acta de constitución y estatuto con una única actuación notarial de certificación de firmas (fs. 47 vta.).

Luego de ello, los aquí recurrentes Juan Pablo Quinteros y Liliana Montero, ostentando el carácter de Presidente y Secretaria, respectivamente, de “Acción Solidaria por una Nueva Argentina” (“ASoMa”), aducen justificar la admisión en el carácter de querellante particular de la persona jurídica que representan, pues los hechos investigados en la causa (presuntos ilícitos), son pasibles de afectar el correcto funcionamiento de la administración pública, bien jurídico protegido que involucra al objeto social de la simple asociación que representan.

2. En forma ulterior, el instructor resolvió no hacer lugar a la solicitud de admisión en el carácter de querellante particular de la simple asociación “ASoMa”, presentada por el Dr. Juan Pablo Quinteros y la Lic. Liliana Montero, en nombre y representación de la persona jurídica aludida, con el patrocinio del Dr. Aurelio García Elorrio.

Ante ello, y conforme la oposición interpuesta por los agraviados, la jueza de control y faltas N° 2 de esta ciudad decidió (en base a distintos argumentos) mediante auto interlocutorio N° 130 de fecha 29/06/2017, hacer lugar parcialmente a la vía impugnativa esgrimida, admitiendo a la simple asociación en el carácter pretendido.

Posteriormente, tal como fue reseñado en el voto precedente, incoado recurso de apelación por parte del abogado de Marta Emilia Zabala en contra de la resolución descripta precedentemente, la Cámara de Acusación resolvió —por unanimidad— hacer lugar al mismo, rechazando la admisión de constitución en el carácter de querellante particular de la persona jurídica, lo cual motivó el recurso de casación aquí analizado.

3. Como se desprende de lo descripto en el voto precedente (apartado II.), el núcleo central de todos los agravios argüidos por los recurrentes se perfila en orden a la negación de la legitimación procesal para actuar como querellante particular de la simple asociación civil que integran, ello correlacionado con el efectivo cumplimiento de los instrumentos internacionales ratificados por la República Argentina en relación, entre otras cuestiones, a facilitar la prevención, control y sanción de la corrupción estatal a través de las organizaciones intermedias.

En otras palabras, en el libelo impugnativo incoado se postula el ingreso al presente proceso penal —en el carácter de querellante particular— de una persona jurídica a partir de entender, en esencia, que la misma propende a la protección de los intereses colectivos que —según lo denunciado— se conculcaron con las maniobras delictivas investigadas.

III. Ahora bien, una vez descriptos —sucintamente— los supuestos de hecho que dieron lugar a la causa principal y que motivaron el incidente aquí ana-

lizado, corresponde describir el andamiaje jurídico que sustenta las conclusiones a las que indefectiblemente se arriban a la postre.

Los presupuestos esenciales de los que se parte —los cuales, en cierta manera, concuerdan en forma parcial con lo argüido en determinados precedentes de esta Sala Penal, aún con distinta integración— son los siguientes, a saber:

1. En el derecho procesal penal argentino el sistema de creación de normas procesales se rige por la regla que determina que la ley, únicamente, emanada de los órganos legislativos competentes es la encargada de regular el respectivo proceso, determinando los actos procesales a cumplir, previos a la condena y a su ejecución, y las facultades de quienes intervienen en ellos, todo ello en orden a la necesidad de un procedimiento jurídico regulado por la ley en sentido formal (Cfr.: Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, T. I: fundamentos, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pp. 121/122).

2. En la República Argentina, la tarea de elaboración de las leyes rituales que regulan —en lo que aquí interesa— el proceso penal, es resorte de las legislaturas locales, ello debido a la división constitucional de la competencia legislativa (Derecho material competencia del Congreso de la Nación y Derecho formal competencia de los parlamentos locales: arts. 75, inc. 12, 121, ss. y cc. CN).

3. El Código Procesal Penal de la Provincia, reglamentando ciertas máximas constitucionales (arts. 28, 121 y 122 CN), consagra derechos favorables a la víctima en su mero carácter de tal (art. 96 CPP), a la vez que admite la posibilidad de que ella actúe en el proceso penal como acusador privado, interviniendo en el rol de querellante particular (arts. 7, 91 y ss. CPP). Concretamente, la ley de rito determina que el ofendido penalmente por un delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios, podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que dicho Código establece (art. 7 CPP).

De la lectura de la definición dispuesta por el ordenamiento procesal surge indudable que el legislador optó por otorgarle legitimación para constituirse en querellante particular solo a la víctima directa o sus familiares en tanto tengan la calidad de herederos forzosos, mientras que las demás víctimas a la que alude el referido documento internacional carecen de la mentada legitimación (TSJ, Sala Penal, “Actuaciones Sumariales N° 4046/11 - Unidad Judicial N° 1 —Recurso de Casación—”, Sent. N° 312, 09/10/2013, entre muchos otros).

4. El art. 7 del CPP de la provincia de Córdoba establece que por querellante particular debe entenderse

el ofendido por un delito. De esta manera, se impone un examen sobre la naturaleza y características del hecho que constituye el objeto de la imputación, con el fin de establecer si se evidencia la condición del pretensor de ser el “ofendido penalmente”.

Es ofendido penal quien porta en el contexto concreto el bien jurídico protegido por la norma penal de prohibición o de mandato presuntamente infringida (TSJ, Sala Penal, “Actuaciones Sumariales N° 4046/11 - Unidad Judicial N° 1 —Recurso de Casación—”, Sent. N° 312, 09/10/2013). Tal concepto permite la admisión como querellante particular a quien, frente a la supuesta comisión de una conducta ilícita cuya definición legal no lo erige directamente como titular del bien jurídicamente protegido según la sistematización del CP, ha sido sin embargo afectado real y directamente en un bien jurídico individual, situación que con bastante frecuencia se da en los delitos de ofensa compleja (TSJ, Sala Penal, “Bonfigli”, Sentencia N° 79, 15/02/2007).

5. La intervención del querellante particular en el proceso penal, se presenta como una manifestación del derecho a la jurisdicción y derecho a la tutela judicial efectiva, que corresponde —entre otros— a la víctima del delito. Uno y otro son derechos de raigambre constitucional por imperio de lo prescripto en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 8.1 y 25, respectivamente, consagra los mencionados derechos.

Por ello y en virtud de estas directivas constitucionales, la víctima del delito tiene un verdadero derecho a una intervención relevante en el proceso penal, para la satisfacción de sus legítimos intereses jurídicos (TSJ, Sala Penal, “Beluzzo”, Sent. N° 271, 19/10/2009, entre otros).

6. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) no acoge un sistema procesal (penal) en particular, dejando a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en el propio instrumento internacional, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional (Corte IDH, caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 66, entre otros).

En tal sentido, la ley para la Corte IDH es la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes (Corte IDH, OC 6/86, del 09/05/1986).

De esta manera, queda claro que para los organismos internacionales son los propios Estados a partir de su derecho interno y en consonancia con los estándares internacionales los que deben disponer, en lo que aquí interesa, de qué forma las víctimas o las personas jurídicas que representan intereses colectivos deben actuar en el proceso penal.

7. La lucha contra la corrupción es un compromiso asumido por el Estado argentino en sus distintos niveles, destacándose en esta tarea —entre otras importantes actividades— medidas preventivas y punitivas para combatir dicho flagelo.

En este marco de actuación y tal como fue destacado en el voto precedente, la República Argentina suscribió ciertos instrumentos internacionales con jerarquía superior a las leyes, los cuales, junto con otras disposiciones legales, consagran las finalidades aludidas precedentemente.

Precisamente, esta Sala Penal en el asunto “Flores” (TSJ, Sala Penal, A. N° 338, 28/08/2017), destacó cómo ello aplicaba muy especialmente en materia de corrupción, a partir de los principios, valores, fines y reglas que establecen en esta materia nuestra Constitución Nacional (art. 36 CN), los tratados internacionales específicos suscriptos por el país en esta materia (Convención Interamericana Contra la Corrupción, ley 24.759 —año 1997— y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ley 26.097 —año 2006—) y la ley de ética pública, sancionada por expresa directiva constitucional (25.188 —año 1999— en función del art. 36 último párrafo CN).

Se dijo que ello iba de la mano de los particulares fundamentos sobre los que esta normativa descansa, y la seria y profunda demanda política y social que hay en materia de corrupción, como consecuencia de sus graves y penosos efectos.

En un sentido similar se resaltó que, por todas esas razones, en la reforma de 1994, el constituyente argentino había entendido que la corrupción constituía un fenómeno tan grave y nocivo para la sociedad argentina, que había decidido incluir sus modalidades más graves directamente como un delito constitucional. Tal como revela el art. 36 CN, que incorpora los delitos de corrupción graves y dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento, junto con los graves atentados a la democracia, y los sanciona con la misma pena del delito —también constitucional— de los infame traidores a la patria a los que se refiere el art. 29 CN. Lo cual, como se destacó en dicho precedente, se proyecta axiológicamente en la consideración más gravosa de todos los delitos de corrupción en general aún en los casos en que no se les asignen esas consecuencias.

IV. Ahora bien, ingresando al análisis del tema objeto de cuestionamiento es dable recordar, en forma

liminar, que el voto precedente en su decisión alude que el fallo recurrido que dispuso el rechazo de la admisión en el carácter de querellante particular de la asociación civil “ASoMa”, se apartó con su intelección de ciertos precedentes de esta Sala Penal, específicamente del precedente “Bonfigli” (S. N° 79, 17/05/2007).

Precisamente, en el fallo aludido se sostuvo —entre otras varias consideraciones— que: “(...) existen buenas razones para ampliar el radio natural de la definición de querellante particular cuando las conductas que se investigan configuran algún delito contra la administración pública. Para ello resulta decisiva la vinculación existente entre los delitos contra la administración pública y la lucha contra la corrupción estatal (...)”.

Afirmándose asimismo que “(...) en el marco de mayor eficacia en el esclarecimiento e investigación de hechos que pueden configurar delitos contra la administración pública, es que puede predicarse la admisión como querellante particular a las asociaciones intermedias, en aquellos casos en que la conducta perseguida vulnere el bien jurídico, cuya protección aquellas propenden. Cuando el bien jurídico vulnereado sea el normal ejercicio de las funciones del Estado, sin perjuicio de la existencia de un ofendido individual con derecho a querellar, las asociaciones no gubernamentales que se enderecen a la defensa del aludido bien están colocadas, respecto del mismo, en una posición análoga a la de la víctima individual...”.

Como se desprende, en la resolución aludida se adujo que las personas jurídicas —asociaciones no gubernamentales— que propendieran a la protección del bien jurídico protegido “administración pública” se encontraban situadas en una posición equivalente al de la víctima individual.

En otras palabras, por vía interpretativa se extendió —por equiparación— el concepto de “ofendido penalmente” previsto en el art. 7 del CPP, ya no situándola en orden a aquel que porta en el contexto concreto el bien jurídico protegido (en el caso de autos, administración pública en relación, en principio, al delito de malversación de caudales públicos conforme lo aducido en instancias anteriores, en especial, en las resoluciones de la jueza de control y de la Cámara de Acusación, respectivamente), sino introduciendo en el mismo a ciertas personas jurídicas que no se conciden con dicho criterio legal.

Esto justificado a partir de considerar, por un lado, la relación pretendida entre el ilícito aludido y el objetivo de persecución de la corrupción estatal en su consideración con la protección de intereses difusos, y por otro lado, la intelección de determinadas normas constitucionales (entre otras, arts. 36, 43 CN y 53 C. Pcial.).

En el mismo fallo se citan otros supuestos que tratan sobre distintos aspectos del tema en cuestión, como el precedente de esta Sala “Bellotti” (S. N° 92, 2007); o el otorgamiento en otra causa a la ONG Portal de Belén del carácter de querellante particular, dejando en claro que en ambos supuestos “se daba directamente la afectación a quienes la asociación representaba por la acción delictiva referida”; es decir, que entre los integrantes de la asociación respectiva había personas físicas afectados directamente por el hecho objeto de la investigación.

1. La norma procesal en Córdoba: disposición vigente y disposición derogada.

La cuestión que surge necesaria elucidar es si la interpretación amplia postulada en la resolución descripta (como en las posteriores) se encuentra avalada por el marco legal vigente en la provincia de Córdoba, pues ella supone una extensión de lo dispuesto, expresamente, por la ley ritual que regula el proceso penal en esta provincia.

En tal sentido, el art. 7 del CPP hace referencia —tal como ya se adelantó— que por querellante particular debe entenderse al ofendido penalmente por un delito, conforme los alcances aludidos en párrafos anteriores. Por consiguiente, es evidente que en el asunto aquí tratado la persona jurídica cuya inclusión se pretende no se condice con dicho postulado, sino que, a través de la misma, se procura la protección de intereses difusos —lucha contra la corrupción— aparentemente afectados por la actuación de determinados funcionarios públicos.

Mediante dictamen del Procurador General de la Nación, en autos “Gostanian, Armando s/ recurso extraordinario”, CSJN - 30/05/2006, G.1471.XL, se sostuvo que “El bien jurídico protegido es, en este caso, la administración pública, por lo que parece legítimo que el Estado incoe contra el supuesto autor acciones penales y civiles, y por lo tanto —lejos de actuar como órgano jurisdiccional— se constituya parte del proceso”. Lo trascendente de este punto es que aquí se sostiene que debe ser el mismo Estado, como ofendido penal del delito que se trata, quien debe constituirse en parte del proceso.

Esto, claro está, según la normativa vigente en ese momento, como ocurre en autos, y sin perjuicio que una modificación a la ley ritual permita el acceso, por ejemplo a asociaciones intermedias como aquí se pretende, y como de hecho fue posible durante la vigencia del derogado art. 4 de la ley provincial 9199.

Por ello, la ampliación del término “ofendido penalmente” previsto en el art. 7 del CPP a aquellas situaciones en donde lo vulnerado son “bienes colectivos” sin referencia a la titularidad de esos bienes en cuanto víctima directa (ello sin perjuicio de lo relativo

al supuesto de delitos de ofensa compleja, en cuanto a la demostración de ser afectado real y directamente en un bien jurídico individual), no encuentra cabida en la disposición legal vigente que regula dicho tópico en la provincia de Córdoba.

Lo aludido no supone, de ninguna manera, una visión restrictiva del concepto de “ofendido penal” conforme la literalidad del art. 7 del CPP, en orden a determinar quién o quiénes se encuentran legitimados para constituirse en querellantes particulares. Por el contrario, la intelección propugnada se asienta en una interpretación amplia que admite en tal carácter —incluso— al afectado real y directamente en un bien jurídico individual (delitos de ofensa compleja) pero siempre, y eso es lo importante, dentro del parámetro enunciado por la ley ritual al respecto.

Recuérdese que entre las variadas facultades que se le acuerdan al querellante particular (en Córdoba en su carácter adhesivo) se encuentra, en lo que aquí interesa, la posibilidad de obtener la condena y la consiguiente aplicación de una pena por el hecho ilícito acontecido, aún sin la solicitud en tal sentido por parte del representante del Ministerio Público Fiscal. Esa intervención en la etapa central del proceso como en las anteriores y restantes instancias, debe encontrarse organizada según leyes previstas con anterioridad al hecho que motiva la pena.

Así, en lo que atañe a la etapa del juicio, más precisamente al establecer las normas que disciplinan el debate, el código de rito le reconoce al acusador privado, entre otras atribuciones, la de emitir conclusiones en la discusión final que efective su derecho de actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado (art. 402 y 94 del CPP), y lograr así una decisión judicial con respecto a la referida pretensión.

Por ello, la referencia a la “ley” como medio de determinación del debido proceso exigido (art. 18 CN, 8.5 CADH, 14.3.c PIDCP, etc.) para la imposición —en su caso— de una sanción penal y, en lo que aquí interesa, de las partes que intervienen en el mismo estableciendo las condiciones de su legitimación no supone una mera afirmación formal.

Por el contrario, dicha intelección se asienta en la necesidad de un proceso con características definidas —específicamente— de antemano, pues la tarea de disponer en forma previa y abstracta quiénes podrán intervenir en el mismo constituye, claramente, una de las tantas aristas involucradas en el “debido proceso”.

Es que, en realidad, la cuestión de la legitimación procesal tiende, entre otras tantas aristas, a que quienes participan del proceso sean aquellos que, conforme la ley ritual, ostenten determinadas calidades previstas en forma previa evitando la judicialización ante

los tribunales de causas por parte de aquellos que no ostentan, realmente y a priori, los requisitos invocados.

De esta manera, la introducción de una persona física o jurídica al proceso penal y en lo que aquí interesa en su legitimación, debe hallarse establecida previamente, por una ley —conforme lo expresado en párrafos anteriores— que determine los alcances y requisitos de inclusión en el mentado proceso, y esto conforme el mandato constitucional de que la ley ritual resulta una facultad —su elaboración, etc.— reservada a la Legislatura local (ver en tal sentido, TSJ, Sala Penal, “Reynoso”, Sent. N° 515 de fecha 24/11/2016).

Los argumentos brindados hasta el momento resultan dirimientes para rechazar el recurso planteado. No obstante, para mayor satisfacción de los recurrentes, en atención a la entidad de los derechos en juego, a los intereses comprometidos y en aras de garantizar una efectiva tutela judicial, corresponde —a mayor abundamiento— efectuar las siguientes consideraciones.

Derecho procesal comparado en la República Argentina.

De esa manera lo hicieron, por otra parte, determinadas leyes procesales penales en la República Argentina que han admitido, expresamente, la facultad de querellar a ciertas personas jurídicas en supuestos que, para algunos, son similares a los aquí ventilados. En tal sentido, el Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires dispone en su art. 84 que: “Cuando la investigación se refiera a delitos que afectasen intereses colectivos o difusos, las personas jurídicas cuyo objeto sea la protección del bien tutelado en la figura penal, o en su defecto, cualquier ciudadano, tendrán la legitimación a la que se hace referencia en el presente capítulo” (en similar sentido, aunque no de forma idéntica, se pueden consultar: art. 103 del Cód. Proc. Penal de Chubut, art. 10 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Mendoza, art. 93 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Santa Fe).

Por su parte, el recientemente denominado Cód. Proc. Penal Federal establece en su artículo 82 bis que, además de la víctimas, podrán querellar: “Las asociaciones o fundaciones, en casos de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados y se encuentren registradas conforme a la ley”.

Repárese que la normativa descripta en el párrafo que antecede hace alusión, en lo que aquí interesa, a “graves violaciones a los derechos humanos” referencia que, en realidad, no se evidencia prístina en orden a incluir en dichas hipótesis a los denominados casos de corrupción por conductas de delitos contra

la administración pública, al menos *prima facie* y conforme el criterio seguido por la Corte IDH, que incluye expresamente en dicho supuesto a la comisión de un crimen de derecho internacional (v.gr: genocidio, etc.) u otros supuestos relevantes en tal sentido (v.gr.: ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, etc.), en los cuales dicho órgano jurisdiccional interamericano afirmó la improcedencia de determinadas disposiciones —por ejemplo, prescripción de la acción penal— que permitan impedir la investigación y sanción de los responsables (ver en tal sentido, Corte IDH, Gelman c. Uruguay, Sentencia del 24/02/2010; entre otros).

Al respecto cabe señalar que antes de la sanción del art. 82 bis en el otrora Código Procesal Penal de la Nación (artículo incorporado por ley N° 26.550, B.O. 17/11/2009), la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal al resolver la causa N° 10.939 “Acosta, Jorge E. y otros s/ recurso de queja, rechazó, con base en distintos argumentos, la admisión en el carácter de querellante particular de diversas organizaciones que propendían a la protección de derechos humanos (v.gr.: Asociación Madres de Plaza de Mayo —Línea Fundadora—, Abuelas de Plaza de Mayo, etc.) en el marco de juicios por crímenes de derecho internacional acontecidos en la República Argentina.

En lo que aquí interesa, dicho tribunal sostuvo que el objeto social definido en el estatuto de la respectiva persona jurídica únicamente podría ser relevante para confrontar si, el mentado ente ideal tiene capacidad civil para emprender acciones criminales, pero no resultaba dirimente para definir si la ley le reconoce o concede un derecho de acción, es decir, a que se lo tenga legitimado para actuar como acusador privado. Entendiendo, por consiguiente, que no es el estatuto constitutivo el que determina su legitimación, sino, en todo caso, la ley que regula el ejercicio de tal clase de acciones.

Principio de Legalidad.

De esta manera, y en concordancia con lo aquí postulado, es la ley ritual emanada de la legislatura respectiva la que determina en qué supuestos y bajo qué requisitos, una persona —física o ideal— se encuentra autorizada a introducirse al proceso penal en el carácter de querellante particular y con las facultades que ello implica, en los casos como los aquí ventilados.

Ello, amén de todo lo dicho, tiene una clara repercusión hasta en la propia administración de justicia. Tal como se adujo en el Acuerdo Reglamentario Serie “A” N° 1499, del 06/06/2018 dictado por este Tribunal Superior de Justicia, la tutela de derechos de incidencia colectiva prevista en la Constitución Nacional pero sin disposición normativa específica que regule la cuestión tanto en lo sustancial como en lo proce-

dimental, supuso la proliferación de causas judiciales en las que se acciona en forma colectiva tramitadas en diferentes tribunales del país. Dicho aumento exponencial de procesos colectivos —se dijo en el A.R. aludido— en su conjunción (a lo que debe agregarse) con la legitimación otorgada vía constitucional, podría traer aparejado la afectación de la racional y eficiente distribución de los limitados recursos materiales y humanos, así como la razonable duración de los procesos judiciales, sin desconocer la “gravedad potencial para la seguridad jurídica que podría significar el estrépito del dictado de sentencias contradictorias”. Por ello se entendió imprescindible el establecimiento de pautas mínimas que permitan la registración y ordenación de los procesos de raigambre colectiva, ello hasta que se brinde una respuesta legislativa integral a la cuestión.

De esta manera, trasladados dichos parámetros al ámbito aquí analizado es evidente que si aún en procesos colectivos que no involucren, *prima facie*, cuestiones penales se hace necesario establecer, claramente, determinadas pautas para el mejor orden y desarrollo del proceso respectivo, entonces, por consiguiente, dicha necesidad se hace incluso más patente en orden al dictado de una ley formal que determine qué sujetos pueden ingresar al proceso penal para la protección de intereses difusos, ello producto de las garantías que ostenta el imputado en el mentado proceso.

2. Prohibición de analogía in malam partem.

Recuérdese, en este punto, que en el fundamento de la justificación de la inclusión en el proceso penal de la provincia de Córdoba de la mentada persona jurídica y en forma contraria a lo estipulado por la ley ritual, se recurre a una aplicación analógica de normas en perjuicio de él o los posibles imputados, obviando en su intelección, a su vez, las diferencias existentes entre el proceso penal y la acción de amparo.

a. Precisamente, la lucha contra la corrupción debe ser entendida en el marco o en la intelección de un bien de dimensión colectiva; es decir, cuya titularidad corresponde difusamente a todos, por lo que la regulación que estipula el precepto aludido (art. 7 del CPP) no permite, por la multiplicidad de acusadores resultantes sin regulación específica y legal en la Provincia de Córdoba al respecto, que cualquier miembro de la comunidad, o las asociaciones que los agrupen puedan (con fundamento en el art. 43 de la CN) detentar en tales hipótesis la calidad de querellante en el proceso penal. Permitir lo contrario, implicaría una interpretación analógica, extensiva y perjudicial para el imputado, prohibida en nuestro sistema constitucional por imperio del Art. 18 CN, que consagra el principio de legalidad (taxatividad) penal, esto es, precisamente, por resultar una regla no fijada legalmente.

Esto sin perjuicio que las particularidades del hecho puedan indicar como afectado en un bien jurídico individual —con los alcances señalados en párrafos anteriores— en el caso concreto a un individuo o grupo de individuos determinados, posibilitando de tal manera su legitimación (véase, en tal sentido: Navarro, Guillermo Rafael, Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinario y jurisprudencial, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 82 y ss.; TSJ, Sala Penal, S. N° 409, 15/09/2017, “Anuzis”).

b. Diferencia entre la figura del querellante particular y la acción de amparo prevista en el art. 43 CN.

Así, es claro que el argumento relacionado con la transpolación al proceso penal en la Provincia de Córdoba, de la legitimación extraordinaria conferida por el art. 43 de la CN en la acción de amparo a las asociaciones intermedias, o incluso el art. 53 de la C. Pcial. (ambos no reglamentados a la fecha en cuanto a los requisitos, formas de organización y de registración de las asociaciones), no puede efectuarse sin más, es decir con base a una decisión jurisdiccional, sin estipulación en tal sentido por la ley que regula específicamente el respectivo proceso penal. Supondría, además, la introducción de un criterio amplio de legitimación —sin regulación específica legal— el cual requiere, por regla, la determinación previa de aquellos sujetos que van a participar del proceso en la función aludida.

Esto, porque una cuestión es, por un lado, todo lo concerniente a la acción de amparo prevista en el art. 43 CN y otra, distinta, es aquella referida a la legitimación de las asociaciones para intervenir en el proceso penal, con las facultades que ello involucra. Uno y otro proceso son distintos obviamente, pero su diferenciación surge trascendente —en lo que aquí respecta— en lo relativo a la naturaleza de ambas acciones en su correlación con la admisión extraordinaria estipulada.

En tal sentido, es dable recordar que la reforma constitucional de 1994 dio en materia de amparo (art. 43) legitimación activa al “afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines” (ver en tal sentido, TSJ, Sala Contencioso Administrativa, “González, Guillermo E. y otro c. César Pascual Pérez —Amparo— Recurso de Apelación, Sentencia N° 50, del 21/11/1996), en cuanto a la tutela de los derechos del ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor, la no discriminación y, en términos más amplios, “los derechos de incidencia colectiva en general”.

Pero ello no implicó que allí el constituyente haya admitido una acción popular, en favor de cualquiera: el promotor del amparo tiene que reunir alguna de las cualidades señaladas (Sagüés, Néstor P., Derecho constitucional. 3 Estatuto de los derechos, 1ª ed., Buenos Aires., Astrea, 2017, p. 60).

Amén de ello, el quid de la cuestión se encuentra, precisamente, en que la propia Constitución Nacional al dar recepción al amparo lo hizo estableciendo una acción de protección inmediata para el derecho, la cual se caracteriza como una vía excepcional, residual y heroica (Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada, 4ª ed., T. I, LA LEY, Buenos Aires, 2008, P. 611).

En este marco se otorgó legitimación de manera extraordinaria a las asociaciones a los fines de interponer una acción colectiva, con la consecuente posibilidad de la obtención de una sentencia favorable con efectos expansivos, de manera de comprender *erga omnes* a todos aquellos que coparticipan en la titularidad del bien colectivo, o al menos, a todos los miembros de la clase, grupo o categoría (ver en tal sentido, la reciente sentencia de este Tribunal Superior de Justicia en autos: “Portal de Belén, Asociación Civil c. Superior Gobierno de la provincia de Córdoba —amparo— recursos de casación e inconstitucionalidad”, Sent. N° 24 de 18/12/2018).

Por ello, tal como se sostuvo en la resolución citada en el párrafo que antecede, una de las cuestiones cruciales en orden a la legitimación de aquel que lo hace invocando intereses supraindividuales o de incidencia colectiva se encuentra, precisamente, en determinar quién es el idóneo a tales fines. Ante tal interrogante, se señaló en la sentencia aludida, que en el Derecho latinoamericano la representación adecuada —como presupuesto subjetivo que debe acreditarse para probar quién es el más idóneo para la gestión procesal colectiva— suele ser ponderada de antemano por el propio legislador, lo cual debe justificarse en función del caso concreto.

Dichas referencias refuerzan, aún más, que en el ámbito del proceso penal la exigencia del desarrollo del debido proceso supone, entre otras consideraciones, la previa existencia de una ley formal que determine, de antemano, cuáles son las personas legitimadas para ingresar al proceso en el carácter de querellantes particulares y en defensa de intereses colectivos como los aquí postulados.

Por ello, la equiparación pretendida de lo dispuesto por los artículos 43 de la Constitución Nacional y/o 53 de la Constitución Provincial (ambos no reglamentados a la fecha en cuanto a los requisitos, formas de organización y de registración de las asociaciones) al proceso penal, supone la introducción de un criterio amplio de legitimación —sin regulación específica legal— al ámbito propio referido que requiere, por regla, la determinación previa de aquellos sujetos que van a participar del proceso en la función aludida.

De esta manera, la normativa constitucional que estipula dicha legitimación no puede transvasarse,

sin más, al proceso sino que requiere una adecuada intelección con el ámbito (en este caso penal) en que se pretende su inserción y ello, por ende, en consonancia con lo ya postulado en orden al desarrollo del debido proceso.

3. Garantías procesales.

De esta manera, reitero, la posibilidad de ingreso de múltiples acusadores al proceso penal sin un marco legal específico con los alcances ya señalados, implicaría un desbalanceo de aquellas garantías —algunas— que se proyectan en el proceso penal (v.gr.: paridad de armas, más aun en la etapa del juicio) a partir de los estándares constitucionales y convencionales establecidos a favor del imputado, máxime si, en realidad, la pretensión de inclusión de la persona jurídica al presente proceso lo es en el carácter —que algunos denominan— de un “acusador profesional” (ver Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal: Parte general: sujetos procesales, 1ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 667), al señalarse —entre otros variados aspectos— que la misma cuenta con mayores recursos técnicos que la víctima individual, poseyendo la organización necesaria para sistematizar —y aportar al proceso— el cúmulo de elementos probatorios existentes en determinadas causas con características de complejidad. Es por ello que parte de la doctrina y la jurisprudencia exige de los pretensos querellantes particulares en el proceso penal, cuando no se es el afectado directo del delito, cierto grado de experticia en la materia, que justifique su inclusión (ver resolución de fs. 18).

Una consecuencia práctica de vital importancia para el debido proceso podría atentar el paradigma reseñado en el párrafo precedente: si se aceptara la idea de ingreso al proceso penal sin un marco legal específico, como el que aquí se trata, las disposiciones del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, al desformalizar y facilitar la constitución de personas jurídicas en sus distintas variantes, permitirían hoy que cualquier particular, previa fácil y accesible constitución de una de dichas personas jurídicas, puede alegar estar facultado para intervenir como querellante particular en una causa que investigue un hecho de corrupción (o con mayor ahínco constitucional, verbigracia, en una causa que investigue un delito ambiental), permitiéndose así la existencia de múltiples acusadores sin necesidad de experticia alguna, lo que iría en contra de lo postulado en relación al “acusador profesional”, en los términos reseñados por Maier.

4. Las convenciones internacionales.

Lo aludido hasta aquí se encuentra en plena sintonía con lo determinado por el art. 30 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097, BO 09/06/2006), en cuanto estipula expresamente,

al tratar las reglas del proceso, lo siguiente: “9. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que regulan la legalidad de una conducta queda reservada al “derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho”.

Ello se colige, asimismo, con lo aducido por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución 1/2018, del 2 de marzo de 2018, intitulada “Corrupción y derechos humanos”, en cuanto alegó que la lucha contra la corrupción debe hacerse con pleno respeto a los derechos humanos, en especial, las garantías judiciales y de debido proceso que incluyen, obviamente, al imputado.

Huelga aclarar que los preámbulos de los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22), tantas veces invocados como supuesto presupuesto jurídico del derecho que en su caso se reclama, sirven como pautas de interpretación de dichos tratados, pero de ninguna manera puede invocarse a los mismos para arrogarse facultad legisferante. Del mismo modo, tampoco pueden servir de criterios interpretativos de una norma procesal local; más bien, pueden resultar útiles en todo caso como paradigma para la creación de una norma que contemple su objeto.

Derechos Humanos: limitación para las personas jurídicas (Corte IDH).

No puede obviarse, en este punto, que la distinción de aquellos supuestos en donde la persona jurídica solicita su ingreso a un determinado proceso por el mero carácter de tal —y no se admite su inclusión en el mismo—, con respecto a otros en donde, por el contrario, dicho ente ideal se encuentra efectivamente integrado por los ofendidos (reales, directos) y sí se acepta su incorporación, encuentra concordancia en ciertas decisiones de la Corte IDH.

Me refiero, concretamente, a que dicho órgano judicial ha establecido en su opinión consultiva CO-22/16 de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá, que las personas jurídicas no son titulares de derechos ante el sistema interamericano (párr. 70), salvo en determinadas situaciones particulares (v.gr.: comunidades indígenas o tribales, sindicatos, federaciones y confederaciones).

En tal sentido, el mentado tribunal regional de protección de los derechos humanos evidenció un análisis de aquellos supuestos que se vinculan con la relación entre los seres humanos y la sociedad, es decir de aquellos que no atañen directamente a las funciones

vitales de los seres humanos o aquellas de índole físicas o la integridad personal.

En consonancia con ello se sostuvo que, independientemente de la especificidad de cada caso, el ejercicio del derecho a través de una persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación, por cuanto no es suficiente con un simple vínculo entre ambas personas para concluir que efectivamente se están protegiendo los derechos de personas físicas y no de las personas jurídicas (párr. 119).

Por ello, quedaría vedada en dicha línea argumental, la posibilidad de que una persona jurídica, como es el caso que nos ocupa, esté legitimado para intervenir como querellante particular en un proceso penal, siempre que el fundamento para ello fuera en última instancia la protección de un derecho humano.

A *contrario sensu*, la comparación efectuada no supone desconocer, obviamente, el reconocimiento de la persona jurídica en el sistema constitucional y legal argentino como su legitimación, en lo que aquí interesa, para actuar en determinados procesos para la protección de sus derechos o en representación de otros sujetos distintos (entre otras variadas cuestiones), y a su vez, la diferencia existente entre el ejercicio de derechos ante el sistema interamericano como en lo que respecta al particular proceso penal en la provincia de Córdoba.

Por el contrario, lo que aquí se pretende señalar es que incluso en el sistema interamericano que propende, por esencia, a la protección de los derechos humanos —obviamente entendidos en relación a personas físicas— la admisión en el proceso de personas jurídicas lo es en determinadas ocasiones y, en el mejor de los casos cuando medie una “relación esencial y directa” entre la persona natural y la persona jurídica que produjo la violación y que, a la postre, conculcó el derecho que se entiende digno de protección, lo cual debe determinarse en cada caso.

Entonces, que los tratados internacionales propendan a la participación de la sociedad civil, no significa que la autorice en el caso concreto, menos aún si se vulneran autonomías provinciales. Dicho esto desde el punto de vista legal, y mas allá de las consideraciones positivas y ventajosas que puedan hacerse sobre el punto, a las que por otro lado adhiero.

V. El derecho a la información.

Lo dicho hasta aquí no supone soslayar, sin embargo, las finalidades previstas en los instrumentos internacionales suscriptos por la República Argentina

en el marco de la lucha contra la corrupción. Específicamente, en lo que respecta a garantizar el acceso eficaz del público a la información y a fomentar la participación activa de personas y grupos en causas de corrupción, específicamente, de aquellas que no pertenecen al sector público.

Por el contrario, y hasta tanto se dicte una ley por la legislatura local que determine los presupuestos, alcances, etcétera, en orden a la participación de personas jurídicas como querellantes particulares en representación de intereses colectivos (como de hecho existiera en el art. 4 de la Ley 9122, derogado por la Ley 9199), es que existen varias herramientas para lograr los propósitos aludidos en el párrafo que antecede.

Así, se cuenta con la posibilidad de vincularse al proceso penal sin ostentar la calidad pretendida, atento la amplia legitimación otorgada por la ley de rito de esta provincia a cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito perseguible de oficio (art. 314 del CPP), a denunciarlo al Ministerio Público o a sus órganos auxiliares.

De esta forma, se otorga la posibilidad de poner en conocimiento de la autoridad judicial competente la posible existencia de un hecho presuntamente delictivo y de acción pública, viabilizando el inicio de la persecución penal.

Por otra parte, en clara concordancia con el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, con los alcances y límites establecidos por la normativa constitucional y legal vigente, se cuenta en el marco del Observatorio de Causas de Anti-corrupción e Interés Público (creado por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, mediante Acuerdo Reglamentario N° 1465 de fecha 21/12/2017), con la posibilidad de acceso a toda la ciudadanía a la página web: <http://www.justiciacordoba.gob.ar/transparencia/Observatorio.aspx>.

Precisamente, mediante el ingreso al sistema implementado se pueden consultar todas aquellas causas iniciadas con motivo de hechos de corrupción o que revelen un particular interés público. De esta manera, el acceso irrestricto a la consulta sobre el tópico aludido supone la realización del mentado derecho humano fundamental que deriva de uno de los principios básicos del sistema republicano: la publicidad de los actos de actos de gobierno, implicando, asimismo, la promoción de la transparencia como único modo viable para una gestión responsable de los recursos públicos, tal como se destaca en la página web aludida. Por su parte, también existe la posibilidad de participación como amicus curiae (lo cual deberá determinarse en cada caso) conforme la Acordada N° 7/2013 de la CSJN, específicamente, en aquellas cuestiones de trascendencia colectiva o interés general,

ello —siempre y cuando— sea compatibilizado con el normal desarrollo del proceso penal.

Esta posibilidad se perfila en orden a facilitar, en lo que aquí interesa, que las personas jurídicas con experticia técnica puedan expresar sus opiniones en torno a la materia debatida aún sin ser parte en el proceso penal, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso aunque no vinculantes para el órgano judicial, todo lo cual se encuentra en consonancia con institutos propios del derecho internacional de derechos humanos.

En definitiva, las directrices enunciadas en los instrumentos internacionales ratificados por la República Argentina en orden a la lucha contra la corrupción (ver *ut supra*), encuentran una clara acogida en la normativa y disposiciones descriptas en los párrafos que anteceden, posibilitando de forma específica y amplia la participación de la ciudadanía en causas de corrupción. Ello no obsta, por supuesto, a la facultad del legislador local de consagrar por ley la potestad de constituirse en parte del proceso, por ejemplo, a los aquí recurrentes en el carácter invocado.

VI. Norma procesal derogada. Error en la vía intentada.

Por último, no puede soslayarse lo establecido por el —derogado— art. 4 de la ley N° 9122 (BO, 11/08/2003), en cuanto este otorgaba legitimación para constituirse en querellante particular “al afectado, el Defensor del Pueblo y las ONG que tengan por objeto la lucha contra la corrupción y que se encuentren legalmente registradas”, afirmando, a su vez, que la derogación acaecida sobre dicha disposición conforme lo dispuesto por la ley N° 9199 y en consonancia con la discusión parlamentaria que se suscitó al respecto, no podía entenderse como una invalidación de lo dispuesto en el mencionado art. 4 para dejar de cumplir con los compromisos internacionales que vinculan a nuestro país en tal sentido.

Al respecto, la intelección de la norma que deroga el mentado art. 4 de la ley N° 9122 resulta palmariamente clara, como así también la expresa voluntad del legislador en tal sentido.

Al respecto, para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802).

Pero, si el entendimiento para la amplia legitimación y el pretendido ingreso del ente ideal al proceso penal, se sustentó —implícitamente— en la inconstitucionalidad del art. 7 del CPP por su falta de adecuación a determinadas normas constitucionales en el marco de la lucha contra la corrupción, ello debería haberse declarado expresamente así en tal sentido, cuestión que no acontece en autos. Esa afirmación no desconoce, por otra parte, que la tacha de inconstitucionalidad (art. 483 del CPP) de la norma aludida no fue argüida por los recurrentes, lo cual habría habilitado el análisis de la presente cuestión por parte del Tribunal Superior de Justicia en pleno.

Pero aún así, tampoco podría prosperar la pretensión de los recurrentes si entendiéramos que su intención, aunque sin desarrollar las razones (art. 474 CPP), es que se declare la inconstitucionalidad del art. 2 de la ley provincial N° 9199 (que deroga el art. 4 de la ley provincial N° 9122), lo que no podría ser traído como agravio de casación por cuanto solo puede articularse a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 483 del CPP y no a través de un planteo de inconstitucionalidad inmerso en el recurso de casación.

En efecto, el sistema recursivo que estructura la ley procesal local prevé recursos ordinarios y extraordinarios hábiles para instar la revisión de los pronunciamientos que se estiman ilegales y agraviantes, con características y requisitos bien diferenciados.

En lo atinente a las vías extraordinarias, respecto del recurso de inconstitucionalidad, esta Sala ha expresado en reiteradas oportunidades que la discusión sobre la constitucionalidad de las normas locales o federales, en contra de resoluciones definitivas o equiparables a tales, o de autos mencionados en el art. 469, solo podrá efectuarse a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 483 CPP (cfr. TSJ, Sala Penal, “Aguirre Domínguez”, S. 76, 11/12/1997; “Acción de Amparo presentada por Jorge Castiñeira” A.I. 178 del 03/05/2001; “Delsorci”, A. 365, 20/09/2001; “Luna”, S. 32, 27/02/2013; entre otros).

Por su parte, el artículo 468 CPP en ambos incisos prevé los motivos sustancial y formal del recurso de casación en contra de una decisión, cuando se advierta un error jurídico o un defecto procesal conminado con alguna sanción de este carácter.

La Constitución de la Provincia ha asignado al Tribunal Superior de Justicia competencia derivada, para conocer y resolver, en pleno, los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad, y, por intermedio de sus salas, los recursos extraordinarios que las leyes de procedimiento acuerden (artículo 165, inc. 2 y 3), desde antiguos precedentes se ha insistido en explicitar el organigrama recursivo dispuesto por la

ley del rito local para aquellos agravios que versan —de una u otra manera— sobre la vulneración de normas constitucionales (TSJ, en pleno, 06/05/1942, “Romero”; Sala Penal, S. N° 76, 11/12/1997, “Aguirre Domínguez”; S. N° 20, 25/03/1998, “Gaón”; A. N° 86, 23/03/1999, “Moreno”; A. N° 176, 13/05/1999, “Olmos”; A. N° 178, 13/05/1999, “Arce”; entre otros).

Así, en “Romero” (cit. supra), se sostuvo una prolija escisión: a través del recurso de inconstitucionalidad podía discutirse la constitucionalidad de normas, mientras que a través del recurso de casación podía impugnarse la resolución que inobservara una garantía constitucional. La importancia del precedente finca en que con motivo de la reforma al Código Procesal Penal de la Provincia y la previsión de los recursos de casación e inconstitucionalidad, se hacía necesario interpretar el deslinde entre ambas vías extraordinarias (cfr., Martínez Paz, Enrique (h), “Las violaciones de la Constitución en el Código de Procedimiento Penal”, “Justicia”, Revista de Jurisprudencia, T. 2, 1942-43, p. 235; Núñez, Ricardo C., “Recursos establecidos por el Código de Procedimiento Penal de Córdoba a los fines de que el Tribunal Superior pueda hacer efectivo el principio de supremacía de la Constitución”, LA LEY, T. 28, p. 429, en nota a “Fernández, Raúl”, TSJ, en pleno, 30/10/1942; posición que mantuvo en Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, 2ª edición, Lerner, 1986, p. 490; De La Rúa, Fernando, “La casación penal”, Depalma, 1994, p. 283 y ss.).

En definitiva, es el recurso de inconstitucionalidad la vía que sirve para impugnar “la ley misma; el vicio consiste —en ese recurso— no ya en aplicar erróneamente la ley, sino simplemente en aplicarla” (de la Rúa, ob. cit., p. 285).

Asimismo, en los precedentes invocados se ha descartado que obste a tal hermenéutica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (“Strada, Luis c. Ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen”, 08/04/1986, Fallos: T. 308-1:490; “Christou; Hugo y otros c. Municip. de Tres de Febrero”, 20/02/1987, Fallos: 310/1:324; “Di Mascio, Juan R. interpone recurso de revisión”, 01/12/1988, Fallos: 311/2:2478), en cuanto a la obligación del Tribunal Superior de Justicia de pronunciarse sobre las cuestiones federales planteadas por las partes; ya que para arribar a tal pronunciamiento es necesario abrir la competencia por la vía procesal apta o idónea que acuerda la legislación local y cuya infecundidad no ha demostrado el recurrente, quien ha optado por una de las vías impugnativas previstas, sin reparar en la específica idoneidad de otra (TSJ, Sala Civil, “Imaz de Maubecin, Ana M. c. Municipalidad de Córdoba - Daños y perjuicios —Recurso directo—”, S. N° 75, 02/10/1996; Sala Penal, “Bucheler”, cit.; en igual sentido Morello, Augusto, “El recurso

extraordinario”, Abeledo-Perrot, 1987, p. 124; Sagües, Néstor Pedro, “El concepto de instancia útil, apta o idónea provincial previa al recurso federal”, LA LEY, 1986-E, 1062).

Cabe agregar que, la conclusión de improcedencia arribada supra, no desconoce la doctrina y jurisprudencia favorable a admitir el recurso, en aplicación del principio *iura novit curia*. Este solo permite supe- rar errores de encuadre legal entre las distintas causa- les de un mismo recurso, no así alterar la vía recursiva escogida por el impugnante, toda vez que esta elec- ción emerge no solo del título asignado y norma invo- cada, sino además de su contenido y fundamentación (cfr., TSJ, Sala Civil, S. N° 75, 02/10/1996, “Imaz de Maubecin c. Municipalidad de Córdoba”; Sala Penal, “Aguirre Domínguez”; “Gaón”, cit.).

Ello es así, por cuanto si bien el principio de la for- malidad —particularmente acentuado en los recursos extraordinarios— ha sido atenuado, no ha llegado a re- ceptar legal ni jurisprudencialmente, el llamado re- curso indiferente, conforme al cual el tribunal puede adecuar la instancia recursiva a los parámetros lega- les supliendo vicios o deficiencias, máxime cuando no se trata de un simple error material en su designa- ción, ya que la fundamentación del recurso exteriori- za la consciente elección de una vía equivocada (TSJ, Sala Civil, “Imaz de Maubecin...”, cit.).

División de poderes en el sistema republicano. Control de constitucionalidad.

Por último, y atento al marco descripto, no pueden dejar de soslayarse las siguientes consideraciones. En el precedente “Reynoso” citado en párrafos an- teriores (Sent. N° 515 de fecha 24/11/2016), se dispuso exhortar al Poder Legislativo local a los fines de que legisle sobre la materia objeto de controversia, que ya había sido sancionada y puesta en vigencia en el Código Penal de la Nación. Idéntico camino tomó el Juez de Control y Faltas N° 7 de esta Ciudad, quien por auto N° 188, de 2 de Noviembre de 2018 (Protocolo de Autos Año 2018, T. 7, Folio 2030-2031), exhortara a la Legislatura local y al Ministerio Público a establecer reglas de aplicación de la ley nacional N° 27.304, que establece la figura del “arrepentido”, ya vigente en el orden federal. En ambos casos, la Legislatura de la Provincia de Córdoba finalmente sancionó ambas leyes reglamentando lo dispuesto por las respectivas leyes federales.

En el caso que nos ocupa, si bien no corresponde a este Tribunal (en estricto respeto a la división de poderes y al sistema republicano) inmiscuirse en la potestad legislativa de discutir un proyecto de ley, no podemos soslayar que debe ser en ese ámbito —y no en sede judicial— donde debe plantearse la solución que los recurrentes aquí pretenden (que

por tratarse de una norma procesal no cuenta con una ley federal en sentido alguno); con excepción —claro está— de un eventual planteo de inconsti- tucionalidad que habilite la competencia de este Tribunal para decidir sobre la materia, atento la vigencia de la Ley 9199 que derogara expresamen- te la legitimación de las personas jurídicas que re- presentan intereses colectivos para constituirse en querellantes particulares en el proceso penal en la provincia de Córdoba.

Lo contrario, implicaría el ejercicio por parte de este Tribunal del poder legisferante reservado al Poder Legislativo. Es que, en clave republicana, la organización constitucional del poder en la Ar- gentina descansa sobre el presupuesto de la divi- sión de funciones entre departamentos u órganos que, en el despliegue de tal cometido, deben ha- cerlo en forma limitada y con estricto apego a las disposiciones del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Así lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN): “La esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. Ningún de- partamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (Fallos: 316:2940 y sus citas)” (Fallos: 330:3160, considerando N° 5 del voto de la mayoría, causa “Bussi, Antonio D. c. Congreso de la Nación - Cá- mara de Diputados”, 13 de julio de 2007). En el mis- mo sentido, también se ha destacado: “Ningún de- partamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicación de aquellas. Cualquier otra doctrina es incompatible con la Constitución, que es la única voluntad expresada en dicha forma” (Fallos: 315:2074, considerando N° 7 del voto de los ministros Augusto César Belluscio y Enrique Santia- go Petracchi; causa “Miguel Angel Rossi Cibils”, falla- da el 8 de diciembre de 1992).

A lo anterior hay que sumar que, en ese diseño, al Poder Legislativo es al que le compete legislar (CN, art. 75); esto es, “dictar todas las leyes que sean nece- sarias para hacer efectivos los derechos, deberes y ga- rantías consagradas por esta Constitución sin alterar su espíritu” (Constitución de Córdoba, art. 104, inc. 1). Por eso, la CSJN ha expresado: “[N]o incumbe a los jueces, en el ejercicio regular de sus atribuciones, sus- tituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias. Si así lo hicieran, la Corte despla- zaría a los poderes políticos y se convertiría en una ‘superlegislatura’, como alguna vez se dijo en la Corte Suprema de Estados Unidos (voto concurrente en el caso ‘Dennis c. US’, 341, US, 494, [confr. causa: M.114. XXIII, ‘Montalvo, Ernesto A., considerando 9’], del 11 de diciembre de 1990). La Corte, de este modo, debe

evitar convertirse en un órgano decisor de esas políticas circunstanciales, lo que la llevaría, muchas veces, a actuar como un obstáculo en perjuicio de las resoluciones tomadas por los órganos con responsabilidad electoral, afectando tanto la recta marcha del proceso democrático, como a la misma seguridad jurídica, por la existencia de distintas fuentes —sucesivas y contradictorias— de establecimiento de las reglas jurídicas destinadas a ordenar el libre desarrollo de la vida en sociedad” (Fallos: 316:2624, considerando N° 10 del voto de la mayoría, causa “Cocchia, Jorge D. c. Estado Nacional y otro”, de 1993).

En otras palabras, al Poder Legislativo le corresponde —por antonomasia— el impulso en la creación de las disposiciones normativas con alcances generales; esto es, “crear derecho, en algunas materias de modo absoluto y exclusivo” (Gelli, María Angélica; Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 5ª ed. ampl. y actual, LA LEY, Bs. As., 2018, T. II, p. 15). En cambio, al Poder Judicial le cabe resolver “causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación” en el orden federal (art. 117, CN), y lo mismo en el orden provincial, respecto de “las cuestiones que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los tratados que celebre la Provincia, por las leyes y demás normas provinciales” (Constitución de Córdoba, art. 160).

Como puede observarse, si al Poder Judicial le compete desplegar el denominado control de constitucionalidad y de convencionalidad (para asegurar la supremacía del bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal), dicho examen no puede operar en el vacío, de forma abstracta, sino en el marco de casos concretos, a pedido de parte interesada; esto es, debidamente legitimada para hacerlo. Y esto, según lo ha establecido la propia Corte, “no para eludir cuestiones de repercusión pública sino para asegurar la preservación del principio de división de poderes, que excluye al Poder Judicial de la atribución de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los otros departamentos de gobierno” (causa “Unión Cívica Radical - Distrito La Rioja y otro s/ acción de amparo”, considerando N° 6 del voto de la mayoría, fallada el 25 de enero de 2019).

Por ello, no hay que confundir evasión en el control de constitucionalidad con debido respeto por la forma republicano-democrática y, por ende, por las atribuciones conferidas a los otros departamentos de gobierno. En ese sentido, una añeja doctrina expresa: “Que desde antiguo se ha sostenido que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la

Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos: 155:248; 311:2580). Por tal motivo, en las causas en que —como en el *sub lite*— se impugnan actos cumplidos por otros poderes en el ámbito de las facultades que les son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación (Fallos: 254:45)” (Fallos: 320:2851, considerando N° 10 del voto de la mayoría, causa “Jorge Rodríguez - Jefe de Gabinete de Ministros”, fallada el 17 de diciembre de 1997).

La cuestión de los límites del ejercicio del control de constitucionalidad en el marco de una democracia es una de las cuestiones más problemáticas y urticantes. Por ello, en el caso de la Argentina, donde se ha adoptado un sistema difuso, ese examen “no enjuicia a la norma en sí misma, de manera abstracta, sino que enjuicia su aplicación al caso concreto; de tal modo, no juzga lo legislado por el Congreso sino en todo caso lo negativa que puede resultar esa decisión legislativa en un caso particular” (Bianchi, Alberto; Control de constitucionalidad, 2ª ed., actual., reestruct. y aument., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2002, T. 1, p. 221).

Como consecuencia, un sector de la doctrina advierte sobre el riesgo que ese control puede generar cuando se lo emplea ligeramente, sin restricciones; por ejemplo, por medio de interpretaciones forzadas que, so pretexto de perseguir una salida conforme al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, pretenden hacer decir a las leyes lo que ellas expresamente no dicen, al margen de los carriles previstos para la sanción de disposiciones con alcance general por parte del órgano representativo de la voluntad popular (cfr. Fallos: 316:2624, considerando N° 14 del voto de la mayoría). El peligro es mayor cuando dicha salida hermenéutica, además, puede proyectarse más allá del caso concreto. En ese sentido resulta pertinente la siguiente observación de algunos tratadistas: “Una facultad que es claramente legítima cuando se trata de no aplicar una ley inconstitucional en el orden particular, como medio de proteger un derecho que la Constitución reconoce, se torna más crítica cuando los jueces no solo deciden un caso sino que al mismo tiempo gobiernan, esto es, toman decisiones que proyectan sus efectos fuera del caso individual” (Bianchi, Alberto; ob. cit., p. 222).

Lo desarrollado sirve para ponderar debidamente que la fortaleza del Poder Judicial reside en la fuerza persuasiva y argumental de sus decisiones, que, en el caso de Córdoba, por mandato constitucional, siempre debe descansar en una “fundamentación lógica y legal” (Constitución de Córdoba, art. 155).

VII. Conclusión.

Por todo lo dicho, la pretendida introducción de una persona jurídica al presente proceso en representación de intereses colectivos (causas de corrupción) y con los alcances ensayados por los recurrentes, no encuentra cabida en la disposición legal vigente que regula dicho tópico en la Provincia de Córdoba, es decir, en el art. 7 del CPP conforme lo argüido en párrafos anteriores, por lo que el recurso incoado debe ser rechazado.

Ello sin dejar de señalar, específicamente, que la lucha contra el flagelo de la corrupción debe hacerse conforme el derecho interno de cada estado en consonancia con los instrumentos internacionales ya aludidos que, en lo aquí interesa, se reconduce a la existencia de una normativa procesal penal específica (ley formal) que regule la materia objeto de análisis, admitiendo a los entes ideales que representan intereses colectivos a constituirse en parte del mentado proceso.

Así voto.

La doctora *Cáceres de Bollati* dijo:

El señor Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

Asimismo, entiendo necesario señalar que resulta claro que en el caso que nos ocupa, a diferencia de los precedentes citados, la simple asociación ASoMa se trata de una ONG que no tiene entre sus miembros afectados directos del delito investigado, sino que por el contrario, legisladores (eventualmente, podría tratarse también de ciudadanos sin cargo o función pública), cuya participación como querellantes particulares en tal carácter ya había sido rechazada, a la postre, y a través de un simple trámite notarial, pretenden asumir idéntico rol.

Aceptar tal supuesto implicaría, con independencia de las consideraciones jurídicas que aquí se desarrollan, aceptar la idea que cualquier persona asuma el carácter de querellante particular en cualquier tipo

de delito, a través de la figura de una simple asociación —que incorpore entre sus objetivos la protección de los tipos de delitos que se trate—, y que se perfecciona con un simple acto notarial, desvirtuándose claramente el sentido y alcance de la ley procesal sobre este punto.

Así voto.

2ª cuestión. — La doctora *Tarditti* dijo:

Atento al resultado de la votación que precede, corresponde rechazar, por mayoría, el recurso de casación interpuesto por Juan Pablo Quinteros y Liliana Montero, en su carácter de presidente y secretaria, respectivamente, de la Simple Asociación “Acción Solidaria por una Mejor Argentina” (ASoMA), con el patrocinio letrado del Dr. Aurelio García Elorrio. Con costas (CPP, 550/551).

Así voto.

El doctor *López Peña* dijo:

Estimo correcta la solución que da la doctora *Tarditti*, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La doctora *Cáceres de Bollati* dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión.

Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; resuelve: Rechazar, por mayoría, el recurso de casación interpuesto por Juan Pablo Quinteros y Liliana Montero, en su carácter de presidente y secretaria, respectivamente, de la Simple Asociación “Acción Solidaria por una Mejor Argentina” (ASoMA), con el patrocinio letrado del Dr. Aurelio García Elorrio. Con costas (CPP, 550/551). Protocolícese, notifíquese y oportunamente bajen. — *Aída L. T. Tarditti* (en disidencia). — *Sebastian C. López Peña*. — *María M. Cáceres de Bollati*.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADA

2.^a edición actualizada y ampliada

Susana G. Cayuso

Verónica M. Ientile

(coordinación
general y gráficos)



2021



1 Tomo

Disponible en
papel y eBook.

Incluye un anexo exclusivo
en la versión eBook.



La obra está pensada para aquellos que deben abordar las materias que tratan la organización institucional argentina y diversos aspectos del Derecho Público, sin tener conocimientos avanzados del Derecho. Es decir, está recomendada para los que deben iniciarse, de uno u otro modo, en el estudio del texto constitucional, incluyendo a los alumnos de los primeros años de la carrera de Derecho.

Su propósito es analizar las normas constitucionales, entrenar la lectura integral y armónica del texto constitucional, verificar la relación entre normas, principios y valores, descubrir algunas pistas para entender los conflictos constitucionales más relevantes, comprender la problemática del ejercicio relativo a los derechos fundamentales, entender los presupuestos que rigen la relación entre los poderes constituidos e iniciar el análisis jurisprudencial.

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 

TRATADO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO

Director: **Juan G. Corvalán**



2021



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 

