RDP

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

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

Diciembre 2021 | 12

DIRECTORES:
PATRICIA ZIFFER
MAURO DIVITO

ISSN 1851-0353

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0353
RNPI: 5074817

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

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

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

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de noviembre 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

Diciembre 2021 | 12

INCLUYE VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

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

DIRECTORES
Patricia Ziffer - Mauro Divito

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

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

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

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

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

COMITÉ ACADÉMICO

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

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

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

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

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

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

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

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

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

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

ÍNDICE

DOCTRINA

Autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder ante vulneraciones de derechos de los internos en establecimientos penitenciarios
Pedro M. Sancho Eiras 3

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

"La ciencia de la parte especial del derecho penal"
Jeremías Brusau - Rocío E. Buosi - Camila Nijensohn 9

El tratamiento jurídico de los excluidos sociales en la obra de Pawlik
Hernán Darío Orozco López 27

JURISPRUDENCIA

RECUSACIÓN CON CAUSA
Temor de parcialidad. Disenso de criterio. Rechazo 35

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES
Emergencia sanitaria. Debate oral y público virtual. Inmediación y oralidad. Intervenciones telefónicas 36

LIBERTAD CONDICIONAL
Informes desfavorables al pronóstico de reinserción social. Rechazo. Recurso de casación. Discrepancias valorativas. Inadmisibilidad 49

ARRESTO DOMICILIARIO
Condiciones de salud del causante. Agravamiento en el ámbito carcelario. Procedencia 59

LIBERTAD ASISTIDA
Alcance. Delitos excluidos. Razonabilidad. Respecto al principio de progresividad de la pena y su finalidad resocializadora 64

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES
Mínimo de la escala legal. Razonabilidad y proporcionalidad. Facultades del Poder Legislativo. Lucha contra el narcotráfico 70

DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD
Pandemia. Rechazo del pedido de arresto domiciliario. Interno carcelario con enfermedades preexistentes 81

RECURSO DE CASACIÓN
Auto que ordena el desarchivo de la causa. Rechazo del recurso 86

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA
Persona imputada por el delito de uso de documento público falso. Título de médico apócrifo. Inobservancia de las reglas de conducta. Revocación 87

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES
Juicio abreviado. Captación de mujer en situación de vulnerabilidad. Trata de personas. Facultades del Ministerio Público Fiscal 89

PRISIÓN DOMICILIARIA
Alcances. Pedido de autorización para que la imputada realice salidas recreativas con sus hijos. Cumplimiento adecuado de las reglas de conducta. Procedencia 103

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL
Pena en abstracto del delito presuntamente cometido. Último acto con virtualidad interruptiva. Procedencia. Sobreseimiento 104

PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD
Hurto. Amenazas coactivas. Delitos cometidos contra la expareja del imputado. Condena. Imposición de reglas de conducta 105

HURTO EN GRADO DE TENTATIVA
Recuperación de la mercadería robada. Pañales. Sentencia condenatoria 111

HABEAS CORPUS
Recurso de casación. Cuestión federal suficiente. Cuestionamiento de las condiciones dignas de detención. Admisibilidad. Disidencia 115

DERECHOS DEL IMPUTADO
Mérito acerca de su situación. Valoración de la prueba. Facultades del juez 117

DELITOS TRIBUTARIOS
Evasión fiscal simple. Ley 27.430. Norma penal más benigna. Aplicación del criterio sentado por la Cámara Federal de Casación Penal. Sobreseimiento del imputado 119

INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO
Tareas de investigación. Imágenes del patio de una casa tomadas desde un dron. Allanamiento ordenado en consecuencia. Nulidad 121

DELITOS TRIBUTARIOS
Evasión tributaria simple. Ley 27.430. Norma penal más benigna. Montos evadidos que no superan la condición objetiva de punibilidad. Sobreseimiento del imputado 123

DELITO MARCARIO
Venta de zapatillas con marcas apócrifas en un paseo de compras. Ausencia de lesión al bien jurídico tutelado por el art. 31, inc. d) de la ley 22.362. Baja calidad de la mercadería y precio claramente inferior al de mercado. Falta de idoneidad para producir engaño al público consumidor. Sobreseimiento 124

DELITOS TRIBUTARIOS
Retención indebida de los recursos de la seguridad social. Ley 27.430. Norma penal más benigna. Sobreseimiento. Disidencia 126

LIBERTAD CONDICIONAL
Pronóstico de reinserción desfavorable. Rechazo 128

LIBERTAD CONDICIONAL
Persona imputada por el delito de abuso sexual. Ausencia de pronóstico favorable de reinserción social. Rechazo..... 130

EXCARCELACIÓN
Escala penal del delito imputado. Existencia de otro proceso penal. Violencia desplegada en el hecho. Rechazo..... 131

RECURSO DE CASACIÓN
Inadmisibilidad del remedio procesal. Ausencia de sentencia definitiva. Rechazo del pedido de sobreseimiento..... 132

HOMICIDIO CALIFICADO
Hecho cometido por agente policial. Valoración integral de la prueba. Revocación de la excarcelación..... 133

RECURSO EXTRAORDINARIO
Sobreseimiento. Sentencia definitiva. Interpretación de normas de jerarquía constitucional. Admisibilidad formal..... 169

APROPIACIÓN INDEBIDA DE TRIBUTOS
Régimen penal tributario. Retroactividad de la ley más benigna. Condiciones objetivas de punibilidad. Sobreseimiento..... 171

EXCARCELACIÓN
Caución real. Imposibilidad de afrontarla. Pedido de reducción. Emergencia sanitaria. Procedencia..... 173

COMPETENCIA POR CONEXIDAD
Expediente radicado en otro tribunal en condiciones de celebrar la audiencia de debate oral y público. Eficaz y rápida administración de justicia..... 175

PRISIÓN DOMICILIARIA
Imputado con hijo menor de edad. Protección de los derechos del niño. Emergencia sanitaria. Buen estado de salud del acusado. Rechazo..... 177

ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL
Hecho cometido por un hombre contra la hija menor de edad de su pareja. Niña de doce años. Embarazo y aplicación de un protocolo abortivo. Agravantes. Promoción a la corrupción de menores. Reconocimiento del hecho y vivencias traumáticas en su minoría de edad tenidas como circunstancias atenuantes..... 180

ABUSO SEXUAL
Víctima mayor de trece años y menor de dieciséis. Consentimiento. Suministro y producción de material pornográfico. Aprovechamiento de una relación asimétrica de poder. Corrupción de menores..... 193

ABUSO SEXUAL INFANTIL
Producción de pornografía infantil. Principio de congruencia. Inexistencia de lesiones al momento del examen médico..... 212

DOCTRINA

Autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder ante vulneraciones de derechos de los internos en establecimientos penitenciarios

Pedro M. Sancho Eiras (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder ante casos de violencia en establecimientos penitenciarios.— III. Dominio del hecho y fungibilidad del ejecutor. ¡Esa es la cuestión!— IV. Conclusión.

"Para diseñar una construcción jurídica no es posible prescindir de la realidad" (**).

I. Introducción

En el presente evaluaré cuáles son los casos en los que corresponde acudir a la teoría de Claus Roxin, llamada "autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder" (de ahora en más, ADVA), atribuyendo responsabilidad penal en carácter de autores a aquellos que forman parte de la cadena de intervinientes en la comisión de un hecho penalmente relevante, desde el llamado "hombre de atrás" (autor mediato) hasta el ejecutor (autor directo), respecto de vejaciones cometidas contra internos alojados en una unidad penitenciaria por parte de los funcionarios a cargo de su cuidado. Advierto una ausencia de respuesta por parte del Estado ante la problemática suscitada en los establecimientos penitenciarios a lo largo de nuestro país respecto de una violencia institucional que se naturaliza por la impunidad y la naturalidad con las que se lleva a cabo, muchas veces como un extraoficial medio de sanción **(1)**, máxime al estar completamente blanqueada en cifras oficiales que parecen poco importar, más allá de su crecimiento constante a lo largo de los años **(2)**.

(*) Abogado con orientación en Derecho Penal y graduado con diploma de honor, Universidad de Buenos Aires (en trámite). Autor de artículos de doctrina en revistas jurídicas como *Pensamiento Penal, elDial.com, Revista del Colegio Público de Abogados de Zárate-Campana* y el Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Participante en el manual autogestivo "Teoría del delito y sistemas de la pena", Ed. Fusión, Buenos Aires, 2019. Se desempeña como auxiliar tercero en la UFyJ de Zárate, Departamento Judicial de Zárate-Campana, desde el año 2015.

(**) DE LUCA, Javier A., "Autoría en aparatos organizados de poder. Caso argentino", *Revista Jurídica de Buenos Aires. Testimonio de derecho penal. Homenaje a Andrés José D'Alessio,* 2011, p. 145.

(1) LAMAS, Felipe — CARLIN SÁNCHEZ, John, "Sobre la omisión de evitación de tortura como mecanismo de frenos punitivos", *Revista de Derecho Penal y Criminología,* Ed. Thomson Reuters — La Ley, año IX, nro. 9, octubre de 2019, p. 6.

(2) PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, "Informe estadístico sobre muertes en prisión", primer trimestre de 2018, disponible en *www.ppn.gov.ar.* En el informe se establecen situaciones preocupantes; también, que la mayoría de ellos (279 de 395 fallecidos en establecimientos penitenciarios durante el primer trimestre de 2018) murieron a menos de un año desde su ingreso, determinando ese momento como uno de sumo

Espero brindar someramente un aporte a la solución de esta problemática, para que las cárceles en nuestro país sean un ámbito de sanación y reflexión, y no de tormento, dando así vida a la letra de nuestra Carta Magna.

II. Autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder ante casos de violencia en establecimientos penitenciarios

Comenzaré por formular una pregunta que podría sonar frecuente: ¿Por qué no acudir a una autoría directa, en la forma de coautoría por reparto funcional de las tareas, en lugar de la teoría de la ADVA? Cuando entre los autores de un hecho se reparten el trabajo criminal a desarrollar bajo un plan esquematizado por ambos, haciendo cada uno un aporte, sin el cual dicho plan no puede llevarse a cabo, se desvanece esta construcción doctrinaria, ya que, en los delitos de propia mano, el guardia que sostiene al interno mientras otro comete el abuso sexual contra este no es autor, sino que en este caso sería un cómplice primario, prestando una ayuda indispensable al hecho.

El caso del director de la prisión es algo más complejo, ya que podría entenderse como un determinador. Sin embargo, el determinador puede ser autor directo cuando se sirve de un sujeto que no realiza una conducta, como sería el caso de aquel que es utilizado como "masa mecánica" para lesionar a otro (el guardia que, encontrándose los internos descendiendo por una escalera, empuja al interno A, para que así este caiga sobre el interno B, y este último se lesione de gravedad al chocar su cuerpo contra los escalones). Estos casos claramente no son los de análisis, sino que aquí hablamos de una maquinaria organizacional delictiva compleja: quien ordena y dirige es el hombre de atrás, y por tal motivo tiene dominio del hecho y le compete responsabilidad como autor. También podríamos imaginar que el determinador podría ser un autor mediato cuando se vale de alguien que actúa como factor causal ciego (cuando el guardia desconoce que el interno A sufre de una lesión en el cráneo por una operación que lo hace sumamente vulnerable en dicha zona, y obedece la orden del jefe de guardia —quien, al haber leído el expediente del interno, conoce dicha debilidad—, el cual lo manda a reprimirlo, indicándole concretamente que para aleccionarlo efectúe un golpe en la base del cráneo de dicho interno), pero tampoco es el tipo de casos que pretendemos analizar en este esbozo, ya que en todos estos supuestos el determinador no puede ser autor mediato de los delitos de propia mano del ejecutor, sino que, por regla general, es instigador, excepto que se pruebe que tenía el dominio funcional del hecho **(3)**. Es por ello que consideramos que la teoría de Roxin viene a brindar una solución ante estos casos complejos de criminalidad organizada intraestatal, que la teoría tradicional de la participación (en especial por inducción y complicidad) no puede comprender de modo adecuado. Esto es así, ya que, de manera inversamente proporcional a lo que acontece en estos casos "comunes", ante un caso de complejidad, Roxin invierte el

peligro para la vida del detenido; asimismo, la falta de colaboración por parte de las autoridades penitenciarias (p. ej., el caso emblemático de la reticencia para brindar información sobre las circunstancias en que fallecieron internos bajo la custodia del CPF I de Ezeiza), debiendo interponer la Procuración Penitenciaria de la Nación un recurso jerárquico exhortando a hacer cesar toda maniobra obstaculizadora y dilatoria intentada por la administración penitenciaria. Al día de la fecha, las autoridades de la DNSPF no han brindado respuesta alguna. Del mismo informe surge que, de un total de población de las unidades penitenciarias federales del país de 13.782, la capacidad de alojamiento al 11/03/2019 excede en 1547 tutelados, con un evidente grado de hacinamiento; *https://ppn.gov.ar/institucional/lugares-de-detencion-monitoreados/unidades-penitenciarias*. A este mismo respecto, Lamas analiza los tormentos que sufren los nuevos reclusos al ingresar a un penal, en lo que denomina la "economía de ranchada", según el mismo análisis etnográfico que realiza Neumann (LAMAS, Felipe, "De las voces y de las penas. La palabra de los detenidos en la metodología de Neumann", p. 8; en idéntico sentido, respecto de las vejaciones a internos en celdas de aislamiento y la omisión por evitación para atribuir responsabilidad penal, véase LAMAS, Felipe — CARLIN SÁNCHEZ, John, "Sobre la omisión...", ob. cit., ps. 3 a 5).

(3) ZAFFARONI, Eugenio, "Manual del derecho penal. Parte general", Ed. Ediar, 2006, ps. 621 a 624; asimismo, en este mismo sentido, respecto de la restricción al criterio del dominio del hecho en los delitos de propia mano, otro prestigioso autor hace una distinción que encontramos acertada respecto del coautor y el autor mediato: STRATENWERTH, Gunter, "Derecho penal. Parte general", 4ª ed., Ed. Hammurabi, 2000, t. I: "El hecho punible", ps. 377 y 393 a 395.

baremo de responsabilidad, asignándole más responsabilidad al hombre de atrás, quien, a pesar de tener una mayor distancia respecto del hecho cometido, posee el dominio del hecho **(4)**, sin deslindar de manera alguna al ejecutor, quien resulta ser autor directo, mientras que el hombre de atrás merece el reproche penal de un autor mediato.

III. Dominio del hecho y fungibilidad del ejecutor. ¡Esa es la cuestión!

La teoría final objetiva del dominio del hecho (dejando atrás la subjetiva) contempla como autor a quien domina el hecho, reteniendo en sus manos el curso causal, para poder decidir sobre el si y el cómo respecto de la configuración central del acontecimiento **(5)**. Roxin distingue tres formas de dominio del hecho: i) por acción; ii) funcional; y iii) por voluntad, pudiendo asimismo darse este último: a) por coacción; b) por error; o c) por fungibilidad, tratándose de un sujeto que puede intercambiarse libremente **(6)**, siendo este último el objeto de nuestra exposición. Lo trascendental de la teoría de Roxin es justamente esta "dominabilidad del hecho" por parte del autor mediato (cimentada a partir de la llamada fungibilidad del ejecutor), el llamado "hombre de atrás", que (a diferencia de lo que se podría inferir ante un delito común de propia mano), al estar situado jerárquicamente más arriba, en la cúspide de la pirámide de mando, tiene un mayor dominio organizativo, por la disposición misma de esta estructura de poder y la fungibilidad de que puede echar mano, ante una posible negativa del ejecutor a realizar el hecho. Así, el ejecutor se vuelve un mero engranaje de la organización, relevante, pues lleva a cabo el hecho, pero intercambiable o reemplazable en caso de que decida no realizarlo **(7)**. Así, si el director de un penal ordena al jefe de guardia que recluya en el "buzón" a determinado interno por un mes, luego de lo cual dicho funcionario instruye a otro agente penitenciario (subordinado a este) para que lleve adelante la tarea de propia mano, sometiendo este último al tutelado a un encierro inhumano por un tiempo, vulnerante de sus derechos más básicos, pudiendo causar su muerte, ello sucede a causa de un dominio del hecho que mantiene el mismo director del penal, que lo constituye justamente en autor por esa dominabilidad **(8)**. No es oportuno entenderlo como un mero instigador, ya que no hace surgir en el ejecutor la decisión del hecho, no provoca que este se decida a cometer el hecho, sino que es el autor mediato el que domina la acción. Tampoco puede entenderse al autor mediato, desde la teoría de Roxin, como un determinador que resulta un mero partícipe, pues su aporte no es accesorio al del ejecutor, sino que es el hombre de atrás que planifica y organiza el hecho; es su designio el que se lleva a cabo, justamente, por orden suya. Nada hay de accesorio en su conducta. Consideramos así que la teoría del profesor de Múnich se enmarca en la primera parte del art. 45 del Cód. Penal: "los que tomasen parte en la ejecución de un hecho (...) tendrán la pena establecida para el delito", ya que —como explicamos— el autor mediato es quien desarrolla el plan, da la orden que un ejecutor fungible realiza. Al mantener completo dominio del hecho, consideramos que debe entendérselo como autor del hecho con la misma pena que el ejecutor. Se podría aplicar, sin embargo, de forma residual, la teoría de los roles de Jakobs, imputando el hecho si fue producido como resultado de la defraudación a expectativas del rol que debía cumplir el funcionario encargado de la custodia del tutelado. Así, respecto de la violación a los derechos humanos de los detenidos, sería responsable todo aquel que, teniendo el deber de custodia, no proceda conforme a su deber **(9)**.

(4) KAI, Ambos, "Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nro. 9-A, 1999, p. 384.

(5) ZAFFARONI, Eugenio, "Manual del derecho penal...", ob. cit., p. 610.

(6) ROXIN, Claus, "Autoría y dominio del hecho en derecho penal", Ed. Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, ps. 273 a 276.

(7) DE LUCA, Javier, "Autoría en aparatos organizados...", ob. cit., p. 147.

(8) Contrariando nuestra postura, ROMERO VILLANUEVA, Horacio, "Código Penal de la Nación", 8ª ed., Ed. AbeledoPerrot, p. 127; y a favor de esta: DE LUCA, Javier, "Autoría en aparatos organizados...", ob. cit., ps. 150 a 156.

(9) DE LUCA, Javier, "Autoría en aparatos organizados...", ob. cit., p. 156.

IV. Conclusión

Espero con este trabajo poder dar visibilidad a la importancia de la ADVA, que magra recepción tuvo en la doctrina nacional y que —entiendo— resulta plenamente compatible con el derecho positivo argentino, respetando de modo más adecuado el deber de administrar justicia respecto a la protección de los bienes jurídicos de las personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios. Para otra ocasión, quedará pendiente el análisis —que excede el de esta obra— respecto a si resulta residualmente aplicable la teoría de los roles de Jakobs, sobre el análisis del tipo omisivo para casos en los cuales la producción de prueba del hecho es compleja, por la clandestinidad en que ocurre y el manejo del lugar del hecho que poseen los autores. En este sentido, consideramos que es de importancia el apartamiento de la víctima de abusos del ámbito carcelario cuando la pena se vuelve desproporcionada a raíz de los tormentos a los cuales es sometido el interno, como surge del planteo de la defensa en el fallo "Reyna" **(10)**. Confío en que se pueda dar favorable solución tanto a la comisión de delitos contra los tutelados por parte de las personas que los tienen a su cuidado, en una cadena de jerarquía que aplica y explica la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder de Roxin, así como también a la omisión de evitación que guardan como garantes aquellos en la cadena de mando estatal que —no obstante las abrumadoras cifras oficiales **(11)** referidas y reconocidas por el Estado argentino desde los órganos de control de mención— omiten lisa y llanamente, bajo la misma naturalización de la violencia en las prisiones, aprontar una solución a esta realidad acuciante. Es este nuestro esperado anhelo.

(10) El fallo "Reyna" establece, en una queja impetrada por la defensa, lo absurdo del análisis hecho por la Cámara Departamental en referencia a la veracidad que se atribuye a los informes (contrariando la versión de la víctima) emanados de las mismas autoridades penitenciarias que fueron señaladas como autores de las terribles vejaciones sufridas por el interno: Trib. Cas. Penal Bs. As., Sala I, 2016, "Reyna, Damián Ezequiel s/ recurso de casación", causa 75.213.

(11) PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, "Informe estadístico...", ob. cit.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

La ciencia de la parte especial del derecho penal (*)

Autor: Michael Kubiciel
Título original: *Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, ihre Methoden*
Datos editoriales: Ed. Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 2013, 1ª ed., trad. de José Béguelin y Leandro A. Dias, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, 456 ps.

Reseña de

Jeremías Brusau (**)

Rocío E. Buosi (***)

Camila Nijensohn (****)

Sumario: I. Introducción.— II. La autognosis de la ciencia del derecho penal.— III. La metodología interpretativa.— IV. Función y contenido del concepto de bien jurídico.— V. La doctrina de la imputación objetiva.— VI. La tarea de la ciencia de la parte especial.— VII. Conclusiones preliminares.— VIII. La teoría de la pena y la parte especial.— IX. Teoría jurídico-penal de los deberes.— X. Legitimación e interpretación del § 216, StGB.— XI. Legitimación e interpretación del § 89a), StGB.— XII. Legitimación e interpretación del § 325, StGB.— XIII. Conclusión: la relación entre la parte general y la parte especial.

I. Introducción

A continuación, reseñaremos la mencionada obra **(1)**, recientemente traducida al español, del jurista alemán Michael Kubiciel. Esta constituyó su tesis de habilitación, elaborada bajo la tutoría académica de Michael Pawlik, presentada en el año 2012 en la Universidad de Regensburg, mediante la que obtuvo la *venia legendi* como profesor universitario en Derecho Penal Alemán y Europeo, Derecho Procesal Penal, Filosofía Jurídica y Derecho Penal Comparado. Kubiciel, actualmente profesor en la Universidad de Augsburgo, fue asistente de Albin Eser en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, de Michael Pawlik en la Universidad de Regensburg, se doctoró en la Universidad de Friburgo bajo la dirección de Uwe Blaurock y fue colaborador científico de Michael Pawlik en la Universidad de Regensburg.

La relevancia de la llegada de esta obra a la lengua española radica en la ambiciosa pretensión que se propone el autor de abordar la par-

(*) Esta recensión fue realizada en el marco del proyecto UBACyT 20020190100143BA: "Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik. Análisis de las consecuencias dogmáticas de la renuncia a un concepto de ilícito independiente de la culpabilidad", dirigido por el Prof. Dr. Marcelo D. Lerman.

(**) Abogado (UBA). Especialista y maestrando en Derecho Penal (UTDT).

(***) Abogada (UBA). Especialista y maestranda en Derecho Penal (UTDT).

(****) Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Penal (UdeSA).

(1) Otra reseña, realizada a partir de la obra en su idioma original, puede hallarse en *ExLibris, InDret 2/2015*.

te especial del derecho penal con sujeción a las funciones y los métodos de la ciencia jurídico-penal, y con el mismo rigor científico y sistemático con el que se estudia la parte general, sin desconocer los aspectos propios de aquella. En efecto, como veremos, postula la necesidad de herramientas adicionales a las que provee la parte general para lograr una interpretación sistemática de los tipos penales. Para ello, en los primeros capítulos, Kubiciel se aboca a sentar las bases de su teoría general de la parte especial, para luego poner a prueba aquellos fundamentos en el análisis de tres tipos penales en particular.

II. La autognosis de la ciencia del derecho penal

Kubiciel parte de la premisa de que quien se ocupe científicamente de la parte especial del derecho penal debe hacerlo con sujeción a las funciones y a los métodos de la ciencia jurídico-penal. Por ello, decide abordar, primeramente, lo que denomina la *autognosis de la ciencia jurídico-penal moderna* con el objetivo de juzgar si esta puede cumplir las funciones que se propone con los métodos que emplea.

Para este autor, la dogmática jurídico-penal y, en un segundo lugar, la política criminal, constituyen los principales campos de actividades de la ciencia de la parte especial. Kubiciel afirma que la ciencia del derecho penal es una ciencia práctica cuya función principal es la búsqueda de fundamentaciones racionales para penar a una persona. Por un lado, a través de su función dogmática, la ciencia jurídico-penal trabaja como ciencia de aplicación del derecho: sirve a la averiguación de contenidos jurídicos, presentándole a la práctica jurídica una oferta de posibilidades de interpretación que se utilizarán en la tarea de argumentación jurídica para vincular un elemento típico y un caso concreto. Por otro lado, cumple una función crítica del derecho, al implementar una instancia de control dirigida al legislador que somete las leyes a una prueba de construcción científica. Este potencial crítico de la ciencia jurídica de preguntarse por la racionalidad de los tipos penales vigentes dependerá de los parámetros que se utilicen; en primer término, la ciencia jurídico-penal podrá examinar si las leyes son compatibles con reglas normativas, pero también deberá introducir en sus consideraciones los conocimientos de otras disciplinas vecinas sobre relaciones empíricas de efectos, en tanto no está capacitada para constatar y valorar datos empíricos.

En síntesis, Kubiciel afirma que el arte de la ciencia jurídico-penal consiste en encontrar un equilibrio entre estos elementos de su autognosis, desarrollando teorías que posibiliten una interpretación racional y crítica, sin alejarse demasiado de la práctica del derecho penal vigente.

Ahora bien, el autor destaca que tanto la interpretación como la crítica del derecho vigente deben efectuarse de un modo específico para poder aspirar al estatus de cientificidad. En lo que respecta al derecho, se reconocen dos estándares de la cultura científica: el empleo de un método racional y la colección sistemática de conocimientos.

No obstante, Kubiciel reconoce que con frecuencia se duda de que los tipos penales de la parte especial y los principios jurídicos creados para aplicarlos puedan vincularse en un todo armonioso. Así, se suele negar que los tipos puedan reconducirse a un núcleo material del ilícito, y lo habitual es aceptar como posible únicamente una organización de las leyes en torno a la afectación de bienes jurídicos, concepto que se suele utilizar con pocas pretensiones de contenido y que sirve más bien a fines didácticos. De esta forma, opina Kubiciel, la ciencia jurídica subestima lo importante que es para ella misma configurar la formación de un sistema. Para el autor, si bien se responsabiliza a la arbitrariedad del legislador de este estado de las cosas, lo cierto es que este panorama variopinto de la parte especial respondería a la vinculación estrecha de esta rama de la ciencia penal con los problemas sociales diversos y cambiantes y con los conceptos de valores sociales, lo que constituye un rasgo esencial de la actividad legislativa democrática.

Sin embargo, destaca la importancia que se le da al empleo de un método racional. Así, el proceso de “averiguar el derecho vigente” es caracterizado como ciencia jurídica originaria.

Con respecto a este método, Kubiciel explica que actualmente la ciencia jurídico-penal

confía, para la interpretación, en sus nociones propias. De esta forma, se le asigna una importancia central al método jurídico de interpretación y al bien jurídico como concepto liberal que limita al derecho penal. Consecuentemente, las doctrinas de la filosofía del derecho, que a comienzos del siglo XIX se encontraban entre las fuentes del derecho criminal alemán común, son vistas hoy en día con escepticismo, y se recurre a ellas solo ocasionalmente para evaluar algunos tipos penales. En esta línea, Kubiciel es drástico al afirmar que existe una crisis absoluta de la filosofía del derecho en la parte especial del derecho penal.

III. La metodología interpretativa

A continuación, Kubiciel realiza un análisis crítico sobre el método de interpretación que considera hoy en día predominante respecto de los tipos penales: *la exégesis del texto de la ley*. De acuerdo con este método, el intérprete debe descubrir el contenido normativo de la ley penal, esto es, debe buscar *intra legem*, lo que puede significar tanto la indagación por las consecuencias pretendidas por el autor (intencionalismo o interpretación histórica) como la búsqueda en el significado corriente de los signos lingüísticos (convencionalismo). Sin embargo, Kubiciel sostiene que este método tiene escasa importancia práctica debido a la indeterminación del lenguaje, a la inexistencia de un significado lingüístico con validez intersubjetiva universal y al hecho de que los tipos penales son característicamente incompletos.

Frente a esta realidad, Kubiciel explica que se suele exigir al legislador una observancia más fuerte del mandato de determinación. Sin embargo, la opinión del autor es que este mandato solo puede ser una directriz político-criminal. Por ello, Kubiciel entiende que los tipos penales otorgan al juez una macroestructura a partir de la que debe tanto alcanzar las manifestaciones del estado de cosas como también formular argumentos jurídicos. Consecuentemente, la interpretación de tipos penales indeterminados debe fundarse en un "entendimiento consolidado de un elemento del tipo" o en una premisa mayor ya desarrollada y concretizadora de la norma, y debe "desarrollarla consecuentemente" en la aplicación al caso concreto. En resumidas cuentas, el intérprete deberá otorgarle sentido al concepto lingüísticamente abierto con ayuda de otro *topos* interpretativo. El margen de acción que tendrá dependerá de la decisión entre un método interpretativo histórico-subjetivo y uno objetivo.

A continuación, Kubiciel explora la interpretación histórica-subjetiva y esboza algunas objeciones. En primer lugar, frente a quienes afirman que la observancia de las directrices del legislador por parte del juez respondería a un mandato del principio democrático, Kubiciel argumenta que bajo las condiciones de una democracia parlamentaria (como es el caso de Alemania) resulta difícil determinar empíricamente la voluntad del legislador. Por otro lado, a quienes sostienen que este método de interpretación se fundamenta en que la ley es una "orden" y que, por tanto, debe ser interpretada según el sentido que tuvo en mente quien la emitió, Kubiciel responde que esa conceptualización ignora que las condiciones marco de la sociedad repercuten en la interpretación de los tipos penales. A esta altura, el autor plantea dos conclusiones para descartar la utilidad del método histórico-subjetivo: por la apertura de la redacción de la ley, la interpretación de la "voluntad del legislador" no es otra cosa que una construcción normativa de quien ha de aplicar el derecho, una personificación de un determinado fin de la ley que valora la jurisprudencia. Asimismo, este método de interpretación no contempla que los tipos penales solo adquieren su contenido a través de su conexión con una sociedad cuya realidad de vida está inscrita en el derecho.

Por último, en este apartado, Kubiciel analiza el método de interpretación teleológico-objetivo. Según este método, la interpretación debe depender decisivamente del significado y el propósito de la norma; así, la interpretación de los elementos típicos de un delito debe basarse en la *ratio legis*. No obstante, Kubiciel remarca que este método también tiene falencias, en tanto la fórmula del "sentido y propósito de la ley" es una frase vacía que debe ser completada artificialmente por el intérprete, y observa que la opinión dominante ha acudido para completarla a la protección de bienes jurídicos por medio de los tipos penales.

Luego de este recorrido teórico, Kubiciel llega a algunas conclusiones preliminares. En primer lugar, que los tipos penales no predeterminan un comportamiento correcto para los destinatarios de la norma o una decisión correcta para quien debe aplicar el derecho, sino que requieren de una fundamentación que vincule la decisión de que una persona se ha comportado típicamente con el texto de la ley. En segundo lugar, que los métodos actuales de interpretación solo podrían proporcionar al intérprete una orientación periférica sobre el resultado que debe elegir y cómo justificarlo. Como consecuencia, Kubiciel afirma que es necesario procurar teorías que funcionen como apoyo material para el procedimiento de interpretación y que ellas no pueden derivarse directamente de la ley.

IV. Función y contenido del concepto de bien jurídico

Llegado a este punto, Kubiciel analiza la posición dominante en la doctrina alemana que sostiene que el concepto de bien jurídico proporciona el fundamento teórico necesario para la interpretación de los tipos penales de la parte especial. Continuando el desarrollo del apartado anterior, analiza en primer término la tarea que se le asigna al bien jurídico como punto de referencia de la interpretación teleológica-objetiva del derecho vigente.

Kubiciel señala dos problemas en relación con esta postura. El primero, que a los tipos penales no se les puede adjudicar la protección unidimensional de bienes jurídicos, porque tienen que equilibrar los intereses multidimensionales en conflicto y, en segundo lugar, que la protección de bienes jurídicos solo puede ser una parte de las tareas que le incumben al tipo penal. Esto se debe a que una protección absoluta de los bienes jurídicos en la vida social no sería posible ni deseable normativamente, ya que implicaría imponer restricciones desproporcionadas a la libertad de los destinatarios de la obligación de proteger. Para contrarrestar esta tendencia punitiva, Kubiciel entiende que deben introducirse en la interpretación de tipos penales normas sobre la distribución de los ámbitos de responsabilidad. Como consecuencia de estas adiciones, surgiría un silogismo imperfecto en términos de metodología jurídica. Sobre la base de ello, el autor concluye que el concepto de bien jurídico no puede ser una condición suficiente para una interpretación racional de los tipos penales.

Otra crítica que plantea Kubiciel se vincula con la indeterminación del contenido del concepto de bien jurídico. Así, considera que solo puede utilizarse este concepto en la interpretación de un tipo penal si no existe una duda fundamental sobre cuál es el bien jurídico protegido. El autor, valiéndose de algunos ejemplos de bienes jurídicos clásicos (como la vida o la paz pública), ilustra cómo frecuentemente un intérprete puede enfrentarse a ambivalencias frente al contenido material de un bien jurídico, el que puede ser interpretado como un derecho subjetivo, un valor ideal, un interés individual o incluso uno comunitario.

El siguiente paso que da Kubiciel es examinar si el concepto de bien jurídico puede sostenerse de manera sustantiva. Para ello, propone un recorrido histórico por las distintas concepciones materiales que se le han otorgado. En primer lugar, se ocupa de autores contractualistas como Hobbes, Pufendorf y Locke, para quienes la autorización punitiva solo puede justificarse sobre la base del mantenimiento de la paz, del bienestar general o de la protección de derechos individuales. No obstante, Kubiciel sostiene que el hecho de que el poder punitivo estatal se entienda limitado por el contrato social depende de decisiones políticas, por lo que no se puede derivar una conexión directa entre la concepción de contrato social y un concepto de bien jurídico crítico del derecho penal.

A continuación, menciona a Feuerbach, para quien el legislador penal solo debe imponer sanciones punitivas por violaciones de derechos, es decir, en la medida necesaria para garantizar la libertad de los ciudadanos. Luego, analiza la posición de Birnbaum, quien sustituyó la doctrina de violación de derechos de Feuerbach por un concepto abierto, relativista y dinámico de bien. Así, sostuvo que un delito no podía disminuir ni privar de un derecho, sino que solo un bien era susceptible de sufrir daños. Para Kubiciel, una comprensión tan elemental del delito como una lesión a un objeto que es de valor para un sujeto puede hacer que los estudios del derecho penal sean el punto de partida de otras reflexiones,

pero no puede constituir el fundamento de su trabajo.

Seguidamente, Kubiciel analiza la conceptualización de bien jurídico de Binding, quien afirma que es el legislador quien convierte al bien en un bien jurídico y, consecuentemente, su lesión, en un hecho punible. El autor critica también esta conceptualización, dado que, si se le concede al legislador el derecho de elegir los bienes jurídicos dignos de protección, los tipos penales ya no pueden remontarse a un aspecto material, sino solo a uno formal. A ello se agrega que del hecho de que la valoración del legislador haya sido correcta no se desprende la prohibición o el mandato.

Sobre la base de ello, Kubiciel identifica las tres ideas rectoras sobre el contenido sustantivo del concepto de bien jurídico que son esenciales hoy en día. En primer lugar, la noción de que el concepto sustantivo de bien jurídico es la protección de derechos de terceros. Aquí menciona nuevamente a Feuerbach, quien sostuvo que el derecho penal sirve a la protección de los derechos de los individuos y del Estado. También a la jurista contemporánea Hörnle, quien ha reformulado la posición de Feuerbach desde el punto de vista constitucional. Así, los derechos que no deben lesionarse son aquellos consagrados en la Constitución, lo que permitiría prescindir de una búsqueda pre-positiva de los derechos. Sin embargo, Kubiciel afirma que ni el derecho constitucional ni la teoría del Estado pueden justificar que el derecho penal deba limitarse a la protección de los derechos de terceros.

La siguiente idea rectora proviene de la elaboración de Von Liszt, quien afirma que el derecho penal sirve para proteger intereses vitales, a los que eleva a la categoría de bienes jurídicos. De esta forma, el legislador no crea intereses vitales, sino que protege aquellos que ya se encuentran en la sociedad. Esta posición, según Von Liszt, permitiría establecer un criterio material pre-positivo que podría funcionar como principio rector de la parte especial y establecer límites al legislador. Nuevamente Kubiciel critica esta conceptualización señalando algunas inconsistencias. Por un lado, destaca el problema de la subjetivización de los intereses. Por el otro, que el derecho penal no puede proteger todos los temas en los que un individuo tiene un interés. Esto muestra que es necesario un trabajo de política criminal para elaborar un interés razonablemente generalizable. A ello se suma el peligro de la funcionalización de los intereses humanos en beneficio de fines sociales.

A esta altura, Kubiciel llega a una conclusión parcial: el legislador no encuentra los bienes dignos de protección en el presupuesto del interés social, sino que selecciona y pondera los intereses y los conflictos entre sí, y luego establece una jerarquía.

Por último, Kubiciel se ocupa de analizar las doctrinas del valor de origen neokantiano que afirman que los tipos penales se encargan de proteger estados valiosos o valores elementales ya presentes en la comunidad cultural. Para algunos, estos valores ideales deben ser tomados de la Constitución. Kubiciel esboza nuevamente una serie de críticas. Así, a su criterio, la doctrina del valor comparte la debilidad del enfoque de los intereses, al no poder decir por iniciativa propia qué valores son dignos de protección penal y cuáles no lo son. Como consecuencia, la legislación penal continúa siendo un acto discrecional, en tanto será el legislador quien deba elegir qué valores sociales serán protegidos por el derecho penal y en qué medida. A ello se agrega, para quienes consideran que estos valores son aquellos esgrimidos en la Ley Fundamental, que esta contiene un gran número de otros valores cuya protección en el derecho penal es muy discutida.

Como conclusión del desarrollo precedente, Kubiciel afirma que el concepto de bien jurídico solo puede prestar una asistencia limitada en la tarea de interpretación de los tipos penales. Ello, en virtud de la indeterminación de su contenido, a lo que se suma la necesidad de criterios adicionales para identificar a la persona responsable de su protección. Así, pues, en opinión del autor, el enfoque de la protección de bienes jurídicos precisa especificarse y complementarse.

V. La doctrina de la imputación objetiva

En este apartado, Kubiciel examina si la doctrina de la imputación objetiva resuelve la cuestión que el enfoque de la protección de bienes jurídicos dejó abierta, esto es, si una persona es responsable por la violación de bienes jurídi-

cos y, en su caso, en qué medida. Comienza por presentar la postura mayoritaria —casi unánime, afirma el autor—, según la cual la imputación objetiva es la que cumple aquella función y, según la concepción de Roxin, la que limita el alcance de la responsabilidad que se desprende de la mera causación del resultado a lo racionalmente plausible. A continuación, realiza una síntesis del desarrollo histórico de la doctrina de la imputación jurídico-penal hasta llegar a la concepción actual de la imputación objetiva. Finalmente, presenta una valoración de la doctrina para concluir que no constituye la herramienta definitiva para la interpretación de los tipos penales de la parte especial.

El punto inicial del examen que efectúa Kubiciel es la doctrina de Pufendorf y su conocida distinción entre dos partes de la imputación: la *imputatio facti*, en la que se elabora el objeto de la imputación, y la *imputatio juris*, que es el juicio de valor sobre el hecho y que constituye el resultado de la *applicatio legis ad factum*. También Kant identificaba al hecho y a la ley como dos elementos de la imputación. Para él, esta última era el juicio sobre la conexión entre una acción y la ley. Esta postura fue desarrollada más aún por los penalistas hegelianos, para quienes la imputación consistía en la sentencia de que un hecho sería un delito, aunque ellos no tomaron la distinción de dos partes de la imputación, pues para ellos, por definición, solo era imputable una acción que violara la ley.

Explica Kubiciel que, en la segunda mitad del siglo XIX, esta doctrina se vio sometida a presión debido a dos desarrollos. Por una parte, el moderno pensamiento analítico basado en las ciencias naturales privilegió a las doctrinas naturalistas de la causalidad y a las teorías sobre las condiciones psicológicas para la capacidad por sobre la doctrina de la imputación. Por otra parte, aquella doctrina no era compatible con la separación dogmática entre injusto y culpabilidad. En este período, la doctrina clásica de la imputación fue sustituida por una fragmentación en distintos niveles de análisis.

El desarrollo de la doctrina actual de la imputación objetiva comenzó, según expone Kubiciel, cuando se puso en evidencia que las teorías de la causalidad naturalistas no podían dar cuenta de la conexión entre acción y resultado. Por ello, se inició la búsqueda de una formulación normativa, lo que dio lugar a la teoría de la adecuación como un complemento a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Sin embargo, el autor destaca el aporte de Honig como un antecedente fundamental de la doctrina actual, que a su vez reconoce como precedente un trabajo de Larenz. Por ello, avanza desarrollando la receptación de Hegel por Larenz y luego la de este último por Honig.

Sostiene Kubiciel que Larenz, teniendo como garantía los desarrollos de Hegel, notó que los procesos causales revelaban una dicotomía entre voluntad y naturaleza, de tal modo que la primera es la que daba sentido a la segunda. Según ese entendimiento, la imputación de un acto a una persona requería que su voluntad cubriera la conexión entre el acto y sus efectos. La imputación objetiva consistiría así en la identificación de un hecho, separándolo de los fenómenos no dominables por la voluntad y, por ello, no imputables.

Honig tomó el desarrollo de Larenz para estudiar los cursos causales extraordinarios e incontrolables, es decir, la conexión de un comportamiento con un resultado del mundo externo, no así la cuestión conceptualmente más amplia de la responsabilidad por un hecho. Por ello, este autor entendía que la imputación objetiva permitía responder a la pregunta por la importancia de una relación causal para el ordenamiento jurídico. Este desarrollo es fundamental para la noción actual, porque Roxin estuvo de acuerdo con el postulado de Honig: para ellos, la imputación objetiva es una doctrina de imputación del resultado, mientras que todas las demás cuestiones deben ser resueltas en otros niveles sistemáticos.

Kubiciel presenta también las dos principales posturas doctrinarias relativas al estándar de imputación o principio rector de la imputación jurídico-penal. Lo hace como una transición desde lo que llama la imputación voluntativa —cuyo principal exponente fue Welzel— a la imputación funcional, surgida en el último tercio del siglo XX —cuyo principal exponente es Roxin—. Según el autor, este camino parte del desarrollo de Honig, quien identificó un componente específicamente jurídico en la imputación objetiva del que carecía la mera cau-

salidad: solo los resultados perseguibles podían ser atribuidos al comportamiento humano. Para Kubiciel, la identificación del factor de atribución con la voluntad, postulada por el finalismo, fue una exageración necesaria para el posterior planteo de una imputación funcional.

Veamos brevemente cómo caracteriza esta transición. La imputación voluntativa sostiene que la relación final entre el sujeto y el resultado, necesaria para la imputación, está presente si el autor ha tenido la posibilidad de evitar el resultado, es decir, si ha tenido un control final. Esta teoría, a diferencia de la explicación de Honig, no se presenta como la solución de un problema limitado, sino como una teoría general de la imputación jurídico-penal y, por ello, representa una exageración. Roxin, por otra parte, es presentado como el responsable de liberar a la teoría de la imputación de conceptos prejurídicos como el de la voluntad, mediante la elaboración de un enfoque funcional. Según esta postura, la doctrina de la imputación debe orientarse funcionalmente a las ideas de protección de bienes jurídicos y de la prevención. Así, el resultado solo puede ser imputable si el comportamiento de la persona en cuestión ha creado un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica a bienes jurídicos. Esta transición marcó el inicio de un proceso de normativización de las categorías de la imputación.

Según Kubiciel, el desarrollo de la teoría funcional propuesta por Roxin implicó un giro desde lo óntico hacia lo normativo, y ello podría ser suficiente para la interpretación de tipos penales si proporcionara las directrices necesarias para la decisión de casos que no se derivasen directamente de la ley. Sin embargo, identifica dos límites que muestran que aquella, en los términos en que se la acepta mayoritariamente, no puede cumplir con tal objetivo.

En primer lugar, la doctrina de la imputación objetiva se concentra en la conexión entre un comportamiento y un resultado y, por ello, ignora el problema de qué criterios deben utilizarse para interpretar otros elementos de los tipos penales de la parte especial. Así, su margen de acción queda limitado a una pequeña porción de los problemas de interpretación. Incluso en un planteo más amplio que el del propio Roxin, que acepte que la valoración jurídica del hecho debe abarcarlo en todos sus aspectos y no solo en su conexión con un resultado, la teoría se limita a los delitos de lesión.

En segundo lugar, el estándar de imputación obliga a tomar decisiones entre *topoi* opuestos, elecciones que no pueden justificarse dentro de la propia teoría. Es que, si el derecho penal tiene por objeto proteger bienes jurídicos, al aplicar el derecho debe identificarse la clase de comportamientos que pongan en peligro bienes jurídicos. Pero, al mismo tiempo, el derecho penal solo puede abarcar hechos ocurridos en el pasado. Por ello, Roxin plantea que la creación de peligro es un requisito de la punición, pero que esta procura prevenir futuros crímenes de otras personas. En este esquema se produce una tensión entre dos *topoi*: por un lado, la protección de bienes jurídicos; por otro, la protección del autor, que por ejemplo se pone en evidencia en los límites que impone el principio de culpabilidad para la imputación de conductas que ponen en peligro bienes jurídicos.

Finalmente, el autor examina el planteo de Frisch, quien a su criterio enfatiza dos aspectos importantes más claramente que Roxin. El primero es que la protección de bienes jurídicos no puede ser el único punto de referencia para determinar la tipicidad de un comportamiento. El segundo, que una imputación que se orienta simultáneamente según distintos *topoi* da lugar a la ponderación de aspectos diferentes.

Así queda expuesta la crítica central de Kubiciel a la teoría de la imputación objetiva: la diversidad de criterios de decisión. Sin embargo, el autor reconoce que los críticos de esta doctrina no han presentado concepciones alternativas. Una propuesta tal debería poder precisar los criterios para establecer la acción típica sin más, es decir, sin recurrir a *topoi* externos a la propuesta con el objeto de llenar las lagunas que persisten en la redacción de los tipos penales.

VI. La tarea de la ciencia de la parte especial

Luego de haber analizado las principales herramientas con las que cuenta la ciencia del derecho penal, Kubiciel llega a la conclusión de que ellas no resultan suficientes para posibilitar la aplicación racional de la parte especial y

producir un análisis crítico de los tipos penales. Es decir, para cumplir con esas tareas, la ciencia de la parte especial necesita ampliar su gama de instrumentos. En este apartado, el autor se pregunta cómo debe producirse la necesaria ampliación de esas herramientas y, por lo tanto, dónde deberá adquirirlas la ciencia del derecho penal.

La primera vía explorada por el autor es la búsqueda de *topoi* adicionales, que completen las herramientas ya analizadas sin necesariamente mejorarlas, pero aportando elementos que permitan llegar a una solución persuasiva caso por caso. Siguiendo este camino, la ciencia del derecho penal persigue el objetivo de dotar a la práctica jurídica y a la legislación de la suficiente cantidad de argumentos para resolver cuestiones individuales, pero descuida su tarea de lograr resultados de interpretación predecibles y coherentes. De allí que, luego de explorar aquella primera vía, Kubiciel proponga como salida complementar el sistema con otras herramientas.

Lo que se presenta en este apartado es, entonces, una contraposición entre dos visiones sobre la tarea de la ciencia de la parte especial. La primera de ellas es la concepción de la ciencia jurídica como "ciencia de fundamentación tópica" y se caracteriza por intentar aportar, tanto en las decisiones de política criminal (del legislador) como en la interpretación del derecho (de los tribunales), elementos para apoyar decisiones persuasivas caso por caso. En cada uno de esos ámbitos, el autor destaca los problemas a los que lleva esta concepción.

Para el autor, una ciencia del derecho cuyo objetivo sea hacer cumplir ciertas decisiones de política criminal que sean consideradas dignas de preferencia debe contar con una gama suficientemente flexible de *topoi*. Esta disciplina no operaría a partir de un sistema de conceptos que prescribe la solución correcta a un caso, sino que solo trataría de encontrar consideraciones adecuadas para apoyar una solución ya dada. Así, el derecho penal pierde cualquier clase de pretensión de sistematicidad respecto de sus soluciones.

En cuanto a la interpretación del derecho, esta ciencia de fundamentación tópica tiene la tarea de proporcionar conceptos, modelos dogmáticos y otros medios que pretendan apoyar la argumentación que promueve una decisión. Aquí, Kubiciel examina una cuestión de suma actualidad: ¿debe la ciencia jurídica ser una servidora de la práctica de los tribunales?

Este examen comienza con una observación sobre la jurisprudencia alemana, pero que es también trasladable a los tribunales argentinos: las conclusiones de la ciencia jurídica suelen tener una función meramente ornamental en la práctica jurídica. Para Kubiciel, ese impacto limitado de la academia en la práctica jurídica es estructural. La jurisprudencia no está obligada a respaldar sus decisiones en la doctrina y, por el contrario, tiene incentivos para procurar un respaldo en decisiones jurisprudenciales anteriores. A ello se suma que las sentencias judiciales resultan de mucho más fácil acceso para los tribunales que las conclusiones de los académicos.

El modelo de la ciencia del derecho como fundamentación tópica conduce, entonces, según el análisis del autor, a una pérdida de relevancia institucional y de racionalidad. Es que, si únicamente se procura la solución de casos concretos, sin basarlos en elementos que les provean un fundamento viable, se descuida la corrección de los juicios o, al menos, no se proporciona una garantía de ella.

Kubiciel explora a continuación un modelo alternativo, el de la *ciencia sistemática*. Este será el modelo que identifique con la "verdadera ciencia de la parte especial" y que permita cumplir con la tarea específica de la ciencia jurídica. La ciencia del derecho penal se ocupa de elaborar pautas interpretativas para resolver casos cuyas soluciones no derivan del texto de la ley. Para el autor, la tarea verdaderamente científica de la parte especial solo puede consistir en hacer explícitos los fundamentos extralegales de esas soluciones y, adicionalmente, comprobar su validez. La solución de casos concretos es la tarea de la práctica jurídica, mientras que la ciencia jurídica debe dirigir su mirada hacia los principios generales que se aplican a todos los casos, elaborarlos y validarlos. Para ello, debe contar con una red sistemática de términos y de modelos dogmáticos, sin dejarse llevar por cual-

quier objetivo que se le presente con suficiente poder persuasivo.

En otra observación, Kubiciel afirma que la ciencia jurídica no puede partir de reconocer a la parte especial como un "caos amorfo". Es decir, debe esforzarse por encontrar una estructura detrás de los tipos penales, y para ello las herramientas tradicionales resultan insuficientes. Es necesario adoptar un punto de vista desde el cual se pueda analizar algo más que el ordenamiento legal, y para ello es fundamental que la ciencia del derecho penal se oriente según las doctrinas de la filosofía del derecho y la teoría de la pena.

Llegado a este punto, el autor plantea la hipótesis que someterá a contrastación en la segunda parte del texto: que la ciencia de la parte especial debe hacer de la teoría de la pena el punto de partida para su trabajo. Para lograr este objetivo, es preciso alcanzar claridad sobre el concepto y la legitimación de la pena estatal, para poder determinar los límites de la legitimidad del derecho penal y fundamentar sistemáticamente un análisis crítico del derecho.

VII. Conclusiones preliminares

Sobre el final de la primera parte del libro, Kubiciel hace una recapitulación y presenta las dos tendencias opuestas que revela el desarrollo de la ciencia de la parte especial: la ampliación del espectro de tareas y la reducción de los instrumentos utilizados. En particular, en este último punto, se destaca la disminución de la importancia de la filosofía del derecho y la falta de una pretensión de sistematicidad de los tipos penales.

El autor afirma que, si la ciencia del derecho penal pretende cumplir sus tareas con pretensiones de racionalidad, debe partir de una teoría de la pena axiológicamente fundada, capaz de orientar la imputación, y hacer que el legislador reconozca los límites del castigo legítimo.

Para ello, el camino a seguir en la segunda parte de la obra es la exposición de una teoría de la pena basada en la teoría de la libertad, que entienda a la pena como una respuesta a la violación del derecho. Así, concluye el autor que la teoría de la pena y sus reflexiones filosóficas, la teoría de la imputación guiada por la teoría de la pena y la dogmática de los deberes componen la parte general de la parte especial del derecho penal, que permite a la ciencia del derecho realizar sus tareas de manera adecuada.

VIII. La teoría de la pena y la parte especial

Como ya mencionamos, el autor plantea como hipótesis que la doctrina general de la parte especial es la teoría de la pena, junto con la teoría de la imputación que ella supone y la teoría de los deberes. Inicia entonces su desarrollo de la doctrina general a partir de un estudio de la teoría de la pena. Para Kubiciel, ella permite determinar la imputación, establecer qué es una norma y cómo interpretarla, como así también formular un examen crítico de la política criminal; de allí su relevancia para el estudio de la parte especial.

Ahora bien, Kubiciel entiende que el establecimiento de una teoría de la pena puede abordarse de dos formas. Primero, siguiendo un razonamiento deductivo, que consiste en partir de un concepto de pena pre-positivo (jurídico, filosófico o ético) para, de allí, extraer una teoría de la pena. El problema que presenta este razonamiento es que confunde el concepto de pena con su legitimación: no solo concepto y legitimación no son lo mismo, sino que de un mismo concepto se pueden extraer legitimaciones distintas.

El segundo tipo de razonamiento, por el que el autor opta, es el método inductivo: se trata de partir del derecho vigente y extraer de allí la teoría de la pena. La ventaja que encuentra en esta metodología es que permite dar cuenta del carácter dinámico del derecho. Así como la sociedad cambia con el paso del tiempo, varían los tipos penales, ya sea en su redacción o en su interpretación, y cambia también la pena, ya sea en su significado o en su ejecución. El método inductivo posibilita el análisis de una sociedad real en un momento concreto. Kubiciel advierte, no obstante, que este método podría conllevar una aceptación acrítica de las normas vigentes, y alerta al lector para que ello no suceda.

Así pues, si el objeto de la teoría de la pena es la pena, es necesario definir este concepto, es decir, determinar su especificidad. Kubiciel re-

pasa y critica ciertas definiciones tradicionales (que la pena protege bienes jurídicos o que lo específico de la pena es su intensidad) y presenta su propuesta: la pena combina la pérdida de libertad o de propiedad junto con un juicio de disvalor, un reproche. Es decir que la pena es la aplicación de un mal ante un hecho culpable.

Tras definir el concepto de pena, Kubiciel repasa las tradicionales teorías de la pena, para encontrar aquella que fundamente su aplicación.

VIII.1. Teoría de la prevención especial

Para Kubiciel, el principal problema de esta teoría de la pena es que no se condice con el principio de culpabilidad, es decir, con el concepto de pena. Si lo que se busca, en una concepción clásica del Estado, es proteger a la sociedad del peligroso, en vez de reintegrarlo, el estándar de imputación es sociológico y empírico, y no se vincula con el hecho ilícito cometido.

De este estándar se desprenden consecuencias que no armonizan con el concepto de pena propuesto por Kubiciel. Así, por ejemplo, podría suceder que se condene a un sujeto, aunque su actuar esté justificado, porque, a pesar de no haber un hecho ilícito, ese actuar podría ser un síntoma de la peligrosidad del autor. O bien podría suceder que se adelante la punibilidad a momentos anteriores al comienzo de ejecución, porque ya ciertos actos preparatorios podrían ser síntomas de peligrosidad.

Los problemas vinculados con el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad llevan a que Kubiciel deseche esta teoría de la pena como fundamento de su postura.

VIII.2. Teoría de la prevención general negativa

Kubiciel percibe dos problemas en esta teoría. El primero es que la teoría de la prevención general negativa no fundamenta ni legitima la imposición de una pena, sino solo una teoría de la amenaza. Esto es así porque esta teoría piensa en un destinatario calculador, que sopesa ventajas y desventajas. Ahora bien, ese sujeto jamás aceptaría el contrato social que subyace a esta teoría; no habría entonces razón legítima —en el sentido de que no habría consenso social— para la imposición del castigo. La teoría legitimaría una amenaza, pero no la aplicación de una pena.

El segundo problema de esta teoría es, como en la anterior, respecto del principio de culpabilidad. La pena no responde a la culpabilidad del sujeto ni es proporcional al hecho cometido; se la determina sobre la base de la necesidad de disuasión. Y entonces no responde al concepto de pena que Kubiciel propone.

VIII.3. Teoría de la prevención general positiva

Kubiciel distingue dos variantes de esta teoría: la social-psicológica, que se centra en el impacto que produce el hecho en los ciudadanos y busca confirmar la norma en la conciencia social; y la normativo-comunicativa, que se enfoca en el hecho (no en su impacto) y apunta a comunicar que la norma está vigente.

La primera variante entra en conflicto con el principio de culpabilidad, que, como ya hemos visto, es un punto nodal para Kubiciel. A modo de ejemplo: si lo que importa es más el impacto que el hecho en sí, podría aplicarse pena, aunque la acción haya sido realizada por un inimputable, siempre que su impacto sea fuerte. Esto es incompatible con el concepto de pena que Kubiciel propone y, en consecuencia, no es una teoría de la pena legítima.

La segunda variante es levemente distinta. Si bien en este caso, y por primera vez en las teorías que Kubiciel está analizando, el principio de culpabilidad cobra valor, puesto que aquello que se toma como referencia es la lesividad del hecho, aparece en conflicto el principio de proporcionalidad: la pena no se determina exclusivamente sobre la base del hecho, sino también sobre la base de la necesidad de estabilizar la vigencia de la norma. Aún más, la efectividad del mensaje que se quiere comunicar no es estudiada por la teoría, sino que aparece vinculada solo con lo pragmático. Y, para Kubiciel, al dejar de lado lo comunicativo, esta teoría se asemeja a la retributiva.

VIII.4. Teoría retributiva

A diferencia de las teorías anteriores, esta fundamenta la pena sobre la base de la comisión de un hecho ilícito y culpable.

Kubiciel destaca que un ilícito lesiona a un tiempo a la víctima y a la sociedad en su conjunto. A la primera, por afectar sus bienes jurídicos, y a la segunda, al lesionar el derecho, condición de posibilidad de la libertad real. En este sentido, Kubiciel entiende que la pena es una respuesta ante ese daño, una compensación.

Por supuesto, esto podrá ir acompañado de otros efectos (por ejemplo, la aplicación de la pena podrá transmitir el mensaje de la vigencia de la norma), pero eso será siempre de forma colateral. Lo central en la legitimación de la pena es que se condena un hecho culpable que lesionó el derecho en cuanto condición de posibilidad de la libertad de los ciudadanos.

Para Kubiciel, esta es la teoría de la pena que fundamenta y legitima el concepto de pena por él adoptado, por los siguientes motivos:

i) como se penan hechos que infringen el derecho, el objeto de imputación solo puede ser un hecho ilícito y culpable. En este sentido, hechos justificados o exculpados no lesionan el derecho y, en consecuencia, no son penados;

ii) el parámetro de imputación que acompaña a esta teoría es jurídico: se trata de la teoría de los deberes, que Kubiciel desarrolla más adelante. Si se entiende que el derecho es aquello que garantiza la libertad real a los ciudadanos, su contrapartida es la exigencia jurídica de ciertos deberes; la responsabilidad se determina sobre la base de estos últimos; y

iii) la retribución puede funcionar como una guía interpretativa y crítica respecto de los tipos penales y de la política criminal porque da pautas jurídicas para evaluar aquellos hechos que se consideran punibles. A modo de ejemplo, se puede tomar una visión crítica respecto de cierto tipo penal sobre la base de si el bien jurídico lesionado es un bien que debe estar protegido para asegurar la libertad.

En conclusión, Kubiciel entiende que la teoría retributiva es la única que resulta consistente con el concepto de pena propuesto en este trabajo, pues permite fundamentar su aplicación sin recurrir a elementos ajenos a la teoría, como así también delinear una teoría de la imputación y una visión crítica de la política criminal jurídicas, coherentes y convincentes.

IX. Teoría jurídico-penal de los deberes

A continuación, siguiendo su método inductivo, Kubiciel observa el ordenamiento jurídico vigente y constata que hay en él un sistema diferenciado de deberes. Por ejemplo, destaca la diferencia entre la omisión de auxilio —común a todos— y la omisión impropia —en la que el sujeto punible debe tener un deber específico de garante—. Ahora bien, su propuesta es trazar una teoría de esos deberes diferenciados de forma tal de poder interpretar correcta y críticamente la parte especial del derecho penal. Para ello, parte del presupuesto de que todo delito es una lesión a un deber. Luego, distingue dos tipos de deberes: los negativos y los positivos.

Los deberes negativos consisten en no vulnerar la integridad de la esfera jurídica ajena. Esto incluye tanto la omisión de acciones dañosas como la neutralización de peligros (creados de manera imputable) que surjan de la propia esfera jurídica.

Los deberes positivos consisten en acciones positivas necesarias para garantizar la libertad, tanto en el ámbito privado —la familia— como en el ámbito público —las instituciones estatales destinadas a tales efectos—.

La diferencia fundamental radica en que, respecto de los deberes negativos, todos los ciudadanos se ven compelidos a cumplirlos; en cambio, los deberes positivos no son atribuibles al conjunto de la sociedad, sino solamente a quienes cuentan con ese deber especial.

Kubiciel se pregunta entonces qué fundamenta la existencia de deberes, tanto los negativos como los positivos, y su respuesta es consistente con su visión del derecho como condición de posibilidad de la libertad real: solo se puede imponer un deber si la conducta exigida es un presupuesto para garantizar la libertad real.

Kubiciel entiende que los deberes no forman parte del derecho penal, sino que se encuentran regulados por fuera de él: algunos están positivizados en otras áreas, como el derecho privado o el derecho societario, y otros no se encuentran

regulados normativamente, sino que se vinculan con las expectativas sociales de conducta. El derecho penal sería así un ordenamiento normativo secundario que indicaría, a través de los tipos penales, qué derechos son protegidos y qué deberes deben exigirse. De acuerdo con el autor, esta concepción tiene una gran importancia para la tarea de la ciencia del derecho penal, pues, por ejemplo, implica que no es legítimo imponer un deber que no reconozca una de las fuentes antes mencionadas y que no sea necesario para garantizar la libertad personal.

A continuación, como ya adelantamos, Kubiciel analiza tres tipos penales que considera particularmente problemáticos dentro de este esquema, ya sea en su legitimación o en su interpretación. Para sortear sus aspectos conflictivos, propone soluciones a partir de la teoría general de la parte especial que acabamos de presentar, a la que de ese modo somete a prueba.

X. Legitimación e interpretación del § 216, StGB

El primer tipo penal analizado por Kubiciel es el contenido en el § 216, StGB. Esta figura, que prohíbe sin excepciones el homicidio a petición, suele ser interpretada de forma tal que sí permite la llamada "ayuda indirecta y pasiva" a morir. A Kubiciel le interesa este tipo penal porque su interpretación no puede justificarse por medio de las teorías tradicionales: ni por la protección de bienes jurídicos (pues tanto en lo prohibido como en lo permitido lo que se protege es la vida), ni por la teoría de la imputación objetiva (ya que el § 216 regula un ilícito, aunque haya consentimiento de la víctima).

Según la opinión del autor, el problema más importante de este tipo penal es el desplazamiento que produce de la competencia por la disposición sobre la propia vida hacia un tercero. Por ello, intentará evaluar esa situación a partir de la doctrina general por él desarrollada.

El análisis comienza por un breve repaso acerca de cómo fue fundamentada la prohibición del homicidio a petición. Kubiciel destaca que, como siempre fue difícil encontrar el fundamento jurídico de este tipo penal (por carecer de injerencia en derechos subjetivos ajenos), a menudo se lo fundamentó en razones político-criminales, a las que se intentó asociar, con mejor o peor resultado, a alguna teoría de la pena.

A modo de ejemplo, Kubiciel se centra en el fundamento político-criminal de la protección del tabú, que suele estar asociado a la teoría de la prevención general positiva. Este enfoque pretende mantener la prohibición del homicidio y entiende que la protección contenida en el § 216 es un elemento que contribuye a eso. Así, se considera que penar la ayuda a morir es reforzar la vigencia de la norma que prohíbe el homicidio. Sin embargo, se presentan dos grandes problemas. En primer lugar, es dudoso que se logre el objetivo de reafirmar la vigencia de la norma porque, en la práctica, se han ido permitiendo formas puntuales de homicidio a petición, aunque la redacción del tipo penal se haya mantenido inalterada. En segundo lugar, es problemático utilizar a una persona para lograr un interés supraindividual, que en esta situación se traduciría en mantener a alguien con vida, a su pesar, con el objetivo de que se mantenga la protección del tabú.

Tras formular esta crítica, Kubiciel brinda una interpretación de este tipo penal centrada en la teoría retributiva. En su concepción, la pena es una reacción ante la lesión de un derecho, que es condición de posibilidad de la libertad personal; entonces la pregunta es qué derecho se ve lesionado. Kubiciel repasa distintas respuestas posibles para llegar a la conclusión de que aquí no se lesiona ni el derecho subjetivo a la vida de quien pide morir (porque esa persona está decidiendo sobre su vida, es decir, no hay una injerencia no deseada en su propia esfera), ni tampoco el interés público en el valor "vida" (porque la vida de una persona no puede ser utilizada con fines colectivos).

Pero esto no lo lleva a abogar por la derogación del tipo, pues para Kubiciel el § 216 debe ser entendido en términos de protección paternalista. Así, el tipo penal presupone que quien delega en un tercero la ejecución de su propio homicidio probablemente no haya meditado suficientemente sobre ello. En cambio, la comisión de un suicidio parece demandar una reflexión más acabada.

La propuesta de Kubiciel es, entonces, entender a este delito como de peligro abstracto: pro-

híbe una acción que podría conllevar el riesgo de que se termine con una vida sobre la base de un pedido que no fue meditado suficientemente. Ello supone que en el autor del tipo no recae un deber negativo de omitir la injerencia en la esfera jurídica ajena, sino que tiene un deber positivo de ayudar a quien atraviesa un mal momento, no haciendo realidad ese pedido que podría ser precipitado.

Ahora bien, la legitimidad de este enfoque paternalista exige que sea acorde a las convicciones sociales y que resulte una condición de posibilidad de la libertad personal. Respecto del primer punto, Kubiciel considera que la prohibición del homicidio a petición como forma de protección a quien quiere morir es conciliable con las convicciones de la sociedad. Respecto del segundo punto, tras un repaso de distintos conceptos de autonomía, Kubiciel llega a la conclusión de que la determinación de cuándo una decisión es o no autónoma es una construcción normativa: debe establecerse en función del modo de acción, de sus consecuencias y del contexto de la decisión.

Para el caso del homicidio a petición, el pedido suele darse en contextos de extrema presión (temor a la muerte, sensación de que se sufrirá mucho, etc.), que pueden ir acompañados de falta de conocimiento acerca de formas de curación o de métodos paliativos, que hacen que el pedido, evaluado en su contexto, no sea necesariamente un acto de autodeterminación. El paternalismo, que en este caso protege al individuo de sus propias decisiones tomadas tempestivamente, es completamente compatible con el concepto de autonomía como construcción normativa, así como también es necesario para asegurar a esa persona que va a tomar sus decisiones existenciales de forma verdaderamente libre, es decir, protegida de sus propios impulsos irreflexivos.

Con esta fundamentación del tipo de homicidio a petición, entendido como una reacción ante la violación del deber positivo de proteger a quien ya no quiere vivir de sus propias decisiones intempestivas, Kubiciel se propone ahondar en las consecuencias que supone al interpretar los alcances del tipo.

Así, se pregunta por la extensión de la prohibición: si estamos ante un delito de peligro, siempre que el autor (aquel a quien se solicitó asistencia) pueda estar seguro de que quien pide ayuda para morir está tomando una decisión razonada y madura, no debería haber prohibición ni punibilidad. No obstante, la dificultad reside en identificar un método para determinar que una decisión tiene tales cualidades. Kubiciel critica distintas propuestas para llegar a la conclusión de que solo es compatible con su concepción de la pena y del derecho un parámetro paternalista material que tome valoraciones objetivas de la realidad social y jurídica para poder determinar si la decisión reviste aquellas características y, en consecuencia, si hay o no una infracción al deber positivo de proteger a quien quiere morir de sus propias decisiones no suficientemente razonadas.

Ahora bien, si, cuando la decisión es madura, no hay acción prohibida, ¿cómo se explica esto según la teoría general de la parte especial? En otros términos, si la interrupción del tratamiento por pedido del paciente es socialmente aceptada, ¿cómo se la concilia con la redacción del § 216?

En una sociedad en la que el derecho garantiza la libertad de los ciudadanos, el individuo puede autodeterminarse y decidir por sí mismo cuándo y cómo seguir (o no) su tratamiento. La propuesta de Kubiciel es que solo en un caso se puede entender que la decisión de querer morir es razonada (es decir, que la autodeterminación no está viciada): cuando lo que se busca es calmar el dolor y esto tiene como consecuencia el acortamiento de la vida. Solo en esos casos se puede estar seguro de que el pedido de ayuda para morir es maduro y, en consecuencia, ya no es necesaria la protección del § 216.

Así, el homicidio a petición solo estaría fuera de los alcances del tipo penal cuando su objetivo sea aliviar el dolor. De este modo, no entran en consideración cuestiones vinculadas al destinatario del pedido (poco importa si este es médico o un lego), ni tampoco al ánimo que mueve el pedido de muerte; lo único que debe evaluarse para excluir la tipicidad es la causa de la petición de morir.

Así, Kubiciel ofrece una interpretación del tipo penal regulado en el § 216 sobre la base de su teoría general de la parte especial: da cuenta del fundamento del tipo, de la causa del desplazamiento de la competencia por la disposición sobre la propia vida hacia un tercero y de su alcance.

XI. Legitimación e interpretación del § 89a), StGB

Kubiciel también se ocupa de la legitimidad del tipo penal del § 89a), StGB, que tipifica la preparación de actos de violencia grave que pongan en peligro al Estado. No obstante, de todos sus apartados, decide tomar como ejemplo el supuesto del § 89a), apart. 2º, nro. 4, StGB, que, como señala, es rechazado de forma casi unánime por la doctrina alemana.

Como explica el autor, la legitimidad de la figura penal del § 89a) es discutida, en tanto una parte de la doctrina considera que se trata de un delito que prevé una elevada pena de prisión por meros actos preparatorios. La crítica central se basaría en que la figura reposa en la lógica de la prevención general negativa; así, el tipo penal buscaría intimidar a las personas que están pensando en apoyar terroristas para que no concreten su plan y, de esa forma, neutralizar a autores peligrosos. Esto resultaría violatorio del principio de culpabilidad. Así, algunos sostienen que se debería diferenciar estrictamente entre pena y facultades policiales de intervención y, consecuentemente, que se debería trasladar la regulación del tipo al derecho policial.

Kubiciel critica esta última posición, en tanto considera que aquellos que se oponen a esta figura no logran fundamentar por qué se debería preferir la protección extrapenal frente a personas que preparan atentados que ponen en peligro al Estado. A eso se le sumaría que a los acusados no se los favorecería con el traslado del § 89a) del derecho penal a un régimen preventivo, debido a que aquel proporciona un estándar más alto de protección de sus derechos fundamentales, a diferencia de lo que ocurre con el derecho policial.

Luego, el autor recuerda a los lectores que es necesario, para afirmar la legitimidad de un tipo penal, que este sancione penalmente un deber cuya observancia represente un requisito para el estado real de libertad de los ciudadanos, pero que, a su vez, la norma penal en cuestión no convierta la protección de la libertad en lo opuesto. Kubiciel afirma que, según su enfoque de teorías de la pena, el § 89a), StGB, incorpora un deber cuya observancia es necesaria para conservar un estado de libertad real, ello en tanto no caben dudas de que el Estado y las organizaciones de derecho internacional protegen instituciones que pueden ser concebidas como presupuestos de la libertad personal. En esta línea, la restricción de este tipo de actos preparatorios es legítima, en tanto el tipo penal prohíbe la preparación de delitos que ponen en grave riesgo al Estado a través de, por ejemplo, la recolección, la recepción y la puesta a disposición de valores patrimoniales no irrelevantes [§ 89a), apart. 2º, nro. 4], entre otros.

Seguidamente, Kubiciel aborda el problema que implica en este tipo penal el adelantamiento de la punibilidad hacia la etapa previa de la lesión al Estado, como bien jurídico protegido por la norma.

Para Kubiciel, una norma que adelanta la punibilidad tiene que fundarse en un deber que pueda ser concebido como presupuesto de existencia de la libertad personal. De esta manera, el autor argumenta que no podría objetarse la punibilidad de un adelantamiento si las acciones alcanzadas condujeran a una puesta en peligro relevante del estado de libertad real de los ciudadanos. No obstante, considera que debe tratarse de un riesgo que típicamente pueda convertirse en un peligro concreto o en un daño. Sobre ello, señala que las investigaciones enseñan que los terroristas y sus cómplices muestran una motivación y una lealtad al hecho excepcionalmente más altas que otras personas con tendencias delictivas, por lo que es característico que sus planes sean cumplidos. En consecuencia, Kubiciel afirma que existe una razón suficiente para suponer que los actos preparatorios conducirán a un delito que pone en peligro al Estado, por lo que no podría formularse ninguna objeción contra la decisión del legislador de adelantar la punibilidad en el ámbito de los peligros abstractos de delitos que ponen en grave riesgo al Estado.

A continuación, Kubiciel se encarga de las críticas que postulan que el § 89a) castigaría, en realidad, la formación de una mala voluntad, discusión que lleva implícito el análisis del principio de hecho y el de "adecuación social".

En primer lugar, Kubiciel explica que el análisis de si la criminalización de una conducta satisface el concepto jurídico-penal de acción depende del alcance que se le dé al principio del hecho. En una versión mínima, podría sostenerse que la condición única para una criminalización legítima es que la idea contraria al derecho trascienda a través de un movimiento corporal; bajo esta concepción, el § 89a), StGB, resultaría legítimo. Sin embargo, una concepción más estricta del principio, como la postulada por Günther Jakobs, requeriría que la acción haya dejado el ámbito de la persona y, consecuentemente, alcance la esfera externa. De lo contrario, si el Estado le negase a una persona el respeto de su esfera privada, ya no la trataría como a un ciudadano.

No obstante, señala Kubiciel que la línea divisoria entre lo privado y lo público es una construcción caracterizada por las convenciones sociales y jurídico-culturales y, por tanto, variable. Un Estado social que tiene que prestar servicios a los ciudadanos, a criterio del autor, debe poder interferir con mayor intensidad en la esfera de los ciudadanos para lograr sus objetivos; esto legitimaría los derechos del Estado de información, datos y control de la esfera privada financiera de las personas. Por ello, Kubiciel afirma que el principio del hecho, en sentido estricto, tampoco se ve lesionado cuando se examinan los fines perseguidos por las personas con sus acciones de recolección, recepción y puesta en circulación de dinero.

En segundo lugar, el autor explica que quienes reconocen la inadecuación social como requisito para la criminalización de conductas son más exigentes con este tipo penal. Esto lo observa más claramente respecto del § 89a), apart. 2º, nro. 4, StGB, a cuyos críticos adjudica una mirada fenomenológica en cuanto afirman que ese delito describe actividades socialmente adecuadas. Ello, ya que, para Kubiciel, la forma en la que se valora una conducta depende principalmente de la extensión con la que se considere su contexto concreto. Así, por ejemplo, la recepción de dinero, que es un acto cotidiano y socialmente adecuado, trasciende ese ámbito tan pronto como se observa su ejecución en el contexto del financiamiento de un atentado. No obstante, el autor reconoce que persisten problemas que, si bien no afectan la legitimación del tipo penal, sí ameritan una interpretación restrictiva, solución que extiende en términos generales a todos los delitos de peligro abstracto que también alcancen formas de conducta inocuas.

A continuación, el autor analiza si este tipo penal satisface la prohibición de exceder la culpabilidad. En este sentido, afirma que el amplio marco penal del § 89a), apart. 2º, nro. 4, posibilita, junto con la facultad de atenuación y renuncia de pena de los aparts. 5º y 7º, una sanción que cumple con los requisitos de consideración simultánea de culpabilidad por el hecho y fines de prevención, a través de la graduación de la pena.

Una vez desarrollados el fundamento y los límites de la legitimación del § 89a), apart. 2º, nro. 4, StGB, Kubiciel se encarga de mostrar, a través del análisis de los elementos del tipo penal, la incidencia que tienen las teorías generales de la parte especial en la interpretación de esta disposición. Para ello, analizará puntualmente la acción típica, el objeto típico y, por último, el dolo.

El primer punto que somete a prueba es el problema que plantea la indeterminación de uno de los elementos del tipo del § 89a), apart. 2º, nro. 4, esto es, el término "recolección", pues se discute si se refiere solo a la acción de "juntar" o también a la de "acopiar". Ello, en tanto "juntar" valores patrimoniales no irrelevantes podría ser considerada una conducta socialmente adecuada. Kubiciel afirma, una vez más, que la adecuación social no representa un criterio para valorar una acción, sino su conclusión, y que, consecuentemente, la cuestión de qué formas de recolectar son típicas solo puede resolverse con otros criterios valorativos que deben desarrollarse a partir de la teoría general de la parte especial. Así, el autor señala que el recolectar dinero constituye una lesión de un deber si el acto de adquisición solo puede ser considerado razonablemente como parte del plan delictivo. De ello se desprende que tanto la acción de

juntar como la de acumular bienes patrimoniales no irrelevantes solo pueden constituir acciones típicas cuando a partir de la valoración del contexto de aquellas conductas pueda excluirse que se trate de acciones socialmente usuales.

El segundo punto que analiza se vincula con el elemento objetivo de que la recolección, recepción y puesta a disposición solo es punible cuando los bienes patrimoniales sean "no irrelevantes". Así, remarca Kubiciel que no existe consenso respecto del método y de los criterios de interpretación de este elemento normativo. Para el autor, esto se soluciona nuevamente con el punto de vista de la teoría de la pena. En esta línea, es la acción de "recolectar" la que pasa al primer plano, y no el valor patrimonial. De esta forma, en caso de hechos que representen disposiciones de valores patrimoniales de bagatela, no estaremos ante una verdadera lesión al deber de omitir la preparación para poner en peligro al Estado.

El último elemento de este tipo penal que aborda es, como ya adelantamos, el dolo. Al respecto, es relevante destacar que Kubiciel enfatiza la utilidad de la teoría de la pena para la interpretación de los elementos subjetivos del tipo. En este caso, el punto conflictivo reside en identificar si basta para la imputación el dolo eventual respecto de la comisión del delito de puesta en peligro del Estado. El punto central que desarrolla el autor es que la finalidad de la ley es incompatible con la exigencia de intención respecto de aquella consecuencia. Es que, si este tipo penal tiende a prevenir el financiamiento de delitos que pongan en peligro al Estado, resulta suficiente con que el financiador cuente con esa aplicación delictiva posterior para que deba omitir la realización de transacciones financieras. En cuanto al dolo eventual, este quedaría excluido ya en el tipo objetivo, pues, en virtud de la interpretación restrictiva propuesta, únicamente pueden realizar el tipo penal conductas en las que esté excluida la connotación no delictiva.

XII. Legitimación e interpretación del § 325, StGB

En este apartado, Kubiciel se posiciona en la discusión respecto del derecho penal ambiental, en la cual —en su opinión— ha quedado sin aclarar la cuestión del rol de la teoría de la pena en la promoción jurídica del ambiente. En este apartado, tomando como caso de estudio el § 325 del StGB, él muestra la capacidad de rendimiento de su teoría sobre ese ámbito especialmente controvertido del derecho penal.

Su análisis, al igual que en las secciones anteriores del trabajo, parte del examen y la crítica de la visión mayoritaria de la parte especial del derecho penal. Así, el autor muestra cómo las diferentes versiones de la doctrina de la protección de los bienes jurídicos no logran explicar sistemáticamente las características de este tipo penal. Es que el § 325 del StGB no abarca todas las conductas potencialmente peligrosas para el ambiente, sino únicamente las que violan algún deber jurídico surgido de las normas regulatorias ambientales y que son cometidas por ciertos sujetos. Ello no puede ser conciliado con una mirada que pretenda explicar al derecho penal del ambiente a partir de una necesidad absoluta de proteger a un bien jurídico, ya sea que ello pretenda justificarse a partir de un valor absoluto del ambiente, de su valor en tanto presupuesto de la salud de las personas o de su valor como recurso necesario para las generaciones venideras.

Una cuestión especialmente problemática para una visión basada en la doctrina de los bienes jurídicos es que sean el legislador y la autoridad administrativa en conjunto quienes delimitan los contornos del deber jurídico. Esta accesoriedad del derecho administrativo, problemática para la mirada tradicional, es aprovechada por el autor para mostrar el potencial explicativo de su postura. Aquí Kubiciel no encuentra una diferencia sustancial entre el derecho penal ambiental y otras normas penales, sino que, para él, en todos los casos el ordenamiento adquiere su forma definitiva mediante la inclusión de normas extrapenales. Estas normas son las que fijan los deberes del derecho administrativo, que constituyen partes esenciales del deber jurídico-penal y que, por lo tanto, también son objeto de imputación jurídico-penal.

Ahora bien, incluso al examinar un tipo penal correspondiente a un ámbito controvertido, Kubiciel mantiene su preocupación por que la ciencia del derecho penal no pierda su poten-

cial crítico. Por esa razón, volviendo a las bases, examina si los deberes impuestos en el caso del § 325 del StGB pueden ser fundados racionalmente como derivados de normas necesarias para mantener un estado de libertad. La respuesta es positiva: estos deberes aseguran que el empleo de recursos ambientales no quede sometido a la voluntad de cada individuo. Solo una regulación como esta puede evitar que surjan conflictos de intereses privados y públicos, que probablemente acabarían por ser resueltos a favor de los actores con mayor poder de imposición de sus posturas. Los deberes administrativos ambientales evitan el surgimiento de estos conflictos y aseguran una infraestructura jurídica que permite utilizar los recursos naturales de manera socialmente sustentable.

Esa utilidad social de los deberes administrativos en materia ambiental es central para la postura de Kubiciel: es lo que fundamenta que las normas de derecho ambiental sean protegidas penalmente y, al mismo tiempo, lo que explica que el tipo penal no suponga un peligro concreto para el ambiente. El tipo penal garantiza la vigencia de los deberes del derecho ambiental, no la salud humana ni la diversidad de animales y plantas.

A continuación, se desarrollan algunas consecuencias para la interpretación del § 325 que surgen de ese desarrollo. Un punto especialmente conflictivo está dado por la situación que se da cuando el derecho penal tiene que forzar deberes de un acto administrativo que es antijurídico. En este supuesto, la necesidad de proteger bienes jurídicos no logra explicar que un deber de esas características se imponga bajo pena. Pero dentro del planteo de Kubiciel, en el que los deberes administrativos tienen un significado central, las formas de conducta que contradicen un acto administrativo materialmente antijurídico también constituyen violaciones de un deber válido. Es que, si la función de la regulación es retirar la decisión sobre el modo de utilización de los recursos naturales de manos de los privados, sería un contrasentido que los ciudadanos se reservaran la facultad de examinar la obligatoriedad de los deberes que las normas impongan.

Otra consecuencia del planteo de Kubiciel se presenta en el ámbito de la imputación del resultado. El § 325, apart. 1º, StGB contiene un componente de resultado, ya que se pena la causación, contraria al deber administrativo, de modificaciones del aire que sean adecuadas para dañar la salud de otro, los animales, las plantas u otras cosas de valor significativo. Para determinar los requisitos que deben verificarse para la imputación del resultado, el autor propone descartar los criterios empíricos, tales como la teoría de la condición ajustada a una ley de la naturaleza y la teoría de la probabilidad, y avanzar hacia la normativización. Para ello, vuelve la mirada hacia la teoría de la imputación objetiva y, en particular, al concepto de creación de un riesgo jurídicamente reprobado. En el tipo penal analizado, el ámbito del riesgo permitido estaría determinado por las normas administrativas de regulación de la actividad, por lo que, en definitiva, crearía un riesgo reprobado toda actividad que excediera los valores establecidos por la autoridad especializada. Esta consecuencia, que para una postura basada en el bien jurídico sería asistemática, es completamente coherente con los puntos de partida de Kubiciel, ya que, en esta visión, el derecho penal no procura prevenir conductas peligrosas para el ambiente, sino imputar la violación del derecho. El punto de orientación relevante para Kubiciel es el deber —delineado por el derecho administrativo— ante cuya infracción reacciona la pena y, así, confirma la vigencia de la norma.

XIII. Conclusión: la relación entre la parte general y la parte especial

En el último apartado, el autor explicita la relación que para él debe existir entre la parte general y la parte especial del derecho penal. Según su enfoque, ni una puede ser desvinculada de la otra, ni tampoco una de ellas puede dominar a la restante. Ambas partes se influencian recíprocamente, de tal manera que los tipos penales no podrían ser aplicados sin reglas generales de imputación que, a su vez, deben orientarse según la teoría de la pena. Así, la teoría de la pena no puede ser independiente de la aplicación efectiva del derecho penal ni de su configuración político-criminal concreta. Por ello, los tipos penales son un punto de referencia para la teoría de la pena.

Kubiciel propone adoptar una mirada de la parte general y de la parte especial del derecho

penal que no las tome como compartimentos estancos y, más en general, un derecho penal que, sin renunciar a su pretensión científica, esté atento a los cambios en la práctica.

Hasta aquí hemos realizado un recorrido por el trabajo de Kubiciel, esquematizando sus ideas centrales, aunque sin pretensión de exhaustividad. El planteo del autor es sin dudas innovador y nos interpela a reflexionar sobre la pretensión de sistematicidad de la parte especial del derecho penal y la consistencia de nuestra visión con las metodologías más extendidas en la interpretación de los tipos penales. En este sentido, representa un esfuerzo por librar al derecho de la arbitrariedad. A su vez, presenta puntos de vista novedosos respecto de ciertos delitos de la parte especial, lo que demuestra la capacidad de rendimiento de su esquema teórico.

Ello así, recomendamos la lectura de esta obra y esperamos haber contribuido a incrementar el interés por ella.

El tratamiento jurídico de los excluidos sociales en la obra de Pawlik (*)

Hernán Darío Orozco López (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Pena y delito en "Das Unrecht des Bürgers".— III. ¿Cómo reaccionar frente a los hechos de los excluidos sociales?

I. Introducción

La siguiente exposición no pretende ofrecer una valoración exhaustiva de la teoría de la pena y del concepto del delito en Pawlik. Su objetivo, por el contrario, es bastante modesto. Por razones de tiempo y epistemológicas, se concentra en un somero análisis de la forma en que, a la luz del pensamiento de Pawlik, el Estado está legitimado para reaccionar frente a los excluidos sociales. Para ello procederé en dos pasos generales. En un primer momento (II) expondré las principales ideas de Pawlik sobre los conceptos de delito y pena desarrollados en su principal obra, "Das Unrecht des Bürgers" (PAWLIK, Michael, "Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre", Tübingen, 2012), pues estos constituyen los criterios esenciales para hablar de un uso legítimo del derecho penal. Posteriormente, en la segunda parte de la exposición (III), analizaré de forma un poco más detenida las consideraciones de Pawlik en su contribución al libro homenaje a Sancinetti [PAWLIK, Michael, "Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierten", en HILGENDORF, Eric — LERMAN, Marcelo D. — CÓRDOBA, Fernando J. (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2020, ps. 145 y ss.], pues allí se ocupa precisamente del problema de la exclusión social. Al detectar aciertos y problemas en la posición de Pawlik, lo que se pretende no es, por supuesto, presentar una teoría desarrollada de la reacción estatal frente a los excluidos sociales, sino llamar la atención sobre una senda teórica que merece ser explorada con mayor profundidad.

II. Pena y delito en "Das Unrecht des Bürgers"

Si bien Pawlik ya se había ocupado incluso de forma extensa del problema de la legitimación de la pena, "Das Unrecht des Bürgers" es la obra en la que expone con mayor profundidad su concepción de la "pena como una respuesta a la lesión de un deber de cooperación", lo cual le sirve, adicionalmente, como punto de partida e idea regulativa para el desarrollo de su teoría general del delito.

Toda vez que el paradigma prevencionista sigue jugando un rol preponderante en la actual

(*) El presente texto corresponde a una exposición esencialmente descriptiva del pensamiento de Pawlik en torno al problema de los excluidos sociales y el derecho penal que presenté el 07/10/2021 en el seminario del grupo UBACyT "Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik. Análisis de las consecuencias dogmáticas de la renuncia a un concepto de ilícito independiente de la culpabilidad" (nro. 20020190100143BA), por lo que carece de notas al pie. Quiero manifestar mi sincero agradecimiento a los miembros del seminario y, en especial, a su director, el Prof. Dr. Marcelo D. Lerman, por la fructífera discusión.

(**) Magíster en Derecho de la Universität Regensburg y doctor en Derecho de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Docente investigador del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Asesor externo del grupo UBACyT "Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik" (nro. 20020190100143BA).

discusión sobre la teoría de la pena, la primera tarea que asume Pawlik es someter a una valoración crítica a las diferentes teorías preventivas. Aquí no es posible, pero tampoco es necesario reproducir sus críticas frente a cada una de esas teorías, pues basta mencionar los problemas generales que Pawlik le atribuye al pensamiento prevencionista. En su opinión, el paradigma prevencionista tiene un enorme potencial expansivo por la carencia de límites, pues los niveles de protección de los bienes jurídicos que existen hoy pueden ser mejorados mañana, y así sucesivamente. En esa medida, como las teorías de la prevención miran hacia el futuro y sufrirían, en consecuencia, de una ceguera estructural frente al hecho pasado, ellas no podrían incorporar de manera adecuada el principio de culpabilidad como elemento central del concepto del delito, pues el reproche de culpabilidad se refiere al injusto cometido por el autor, por lo que el objeto de referencia de la culpabilidad estaría en el pasado y no en el futuro. Ya que el paradigma preventivo le robaría su identidad al derecho penal, al convertirlo en una especie de régimen jurídico de defensa ante peligros, Pawlik concluye que sería necesario descartar dicho modelo de legitimación.

Después de la valoración crítica de las teorías de la prevención, Pawlik desarrolla su propia teoría retributiva de la pena. En una reconstrucción de la concepción general de Pawlik, podríamos decir que su teoría de la pena puede ser dividida en una suerte de tres niveles argumentativos. Empezando de arriba hacia abajo, el primer nivel se referiría a la pena como respuesta a un delito; el segundo nivel, al concepto del delito como lesión de un deber de cooperación; y, finalmente, el tercer nivel, a la legitimación de dicho deber.

Toda vez que la infracción del deber de cooperación constituiría el injusto penal ante el cual reacciona la pena, la primera tarea de la que se debe ocupar Pawlik es de la legitimación de dicho deber. Como la imposición de un deber de cooperación corresponde a un acto coactivo del Estado, su legitimación caería entonces en el ámbito de la filosofía práctica, más exactamente, en el de la filosofía política. De acuerdo con Pawlik, el criterio básico de legitimación desde la modernidad sería la idea de la libertad: puesto que el ser humano solo podría realizarse en el reino de la libertad, el derecho tendría la tarea de garantizar a los ciudadanos la posibilidad de desarrollar su propio proyecto de vida en un entorno pacífico y libre de injerencias de terceros. En contraposición a la concepción de Kant, de acuerdo con la cual incluso en un pueblo de demonios se podría garantizar la convivencia pacífica a través de una "adecuada organización del Estado", Pawlik considera que para garantizar un estado de libertades en el cual cada uno puede desarrollar su propio proyecto de vida no es posible apoyarse únicamente en las instituciones del Estado, sino que es necesario apelar de forma directa a los ciudadanos como responsables no solo ante, sino también por el derecho. A través de su comportamiento conforme a derecho, los ciudadanos mostrarían de forma ejemplar la validez del ordenamiento jurídico y, de este modo, prestarían su aporte para el mantenimiento del orden de libertades que es beneficioso para todos.

Una vez legitimado el deber de cooperación, Pawlik puede entonces conjugar esto con su noción del delito. Como el delincuente lesionaría el deber de cooperar en el mantenimiento de un estado de libertades, la infracción de dicho deber constituiría en primera instancia un ataque a la comunidad jurídica, y no la mera afectación de un bien jurídico individual. No obstante, si bien el delito consistiría desde el punto de vista conceptual en un injusto frente a toda la comunidad, lo general, el derecho en sí, derivaría su realidad y el merecimiento de protección penal —como sostiene Pawlik, apoyándose en Hälschner— de lo especial, es decir, de los bienes que son condición necesaria de la existencia libre.

Para cerrar el círculo argumentativo, Pawlik sostiene que el delito y la pena no pueden operar en planos distintos, por lo que la pena no puede ser concebida, por ejemplo, como una reparación frente a la víctima, sino como respuesta a la lesión del deber de cooperación. Según Pawlik, mediante la pena se le exige responsabilidad al delincuente por el proyecto de un orden de libertades en la medida en que se demuestra a costa suya la relación indisoluble entre el cumplimiento del deber de cooperación y el disfrute de las libertades que ello posibilita.

Así pues, de acuerdo con Pawlik, únicamente los titulares de un deber de cooperación pueden

cometer un injusto criminal y, por consiguiente, solamente frente a ellos se puede reaccionar de forma legítima mediante el ejercicio del poder punitivo (del Estado). Para poder acudir al derecho penal, la pregunta esencial en la teoría de Pawlik es, por lo tanto, *quiénes son titulares del deber de cooperación*. Apoyándose en Hobbes y Leibniz, Pawlik sintetiza su respuesta en la idea de la *protección* como garantía del ejercicio de libertad; esta prestación básica, sin embargo, no tendría que estar supeditada a la existencia de un Estado nacional, sino que también podría entrar en consideración una comunidad supranacional que garantice el respeto de sus miembros.

Sobre esta base conceptual, Pawlik considera que el estatus jurídico de quien ataca desde adentro la comunidad jurídica es totalmente diferente del estatus jurídico de quien se encuentra afuera de dicha comunidad.

En el primer evento, es decir, en relación con los ciudadanos, se podría recurrir de forma legítima al ejercicio del derecho penal, pues el ordenamiento jurídico contra el que se alza el ciudadano es precisamente aquel que le garantiza libertad real. En la concepción de Pawlik solamente es legítimo, por consiguiente, el derecho penal del ciudadano, lo cual sería captado de manera adecuada por el § 3, StGB (Código Penal alemán), que consagra el principio de territorialidad.

Por el contrario, en el segundo caso, esto es, en el caso de los llamados externos, no se podría hablar de un deber de cooperación, pues el orden jurídico en cuestión no les garantiza un ámbito de libertad real. Aquí, por lo tanto, no se podría hablar de un verdadero derecho penal. Pero si en estos casos no se puede castigar penalmente a los externos, la pregunta que surge inmediatamente es cómo se puede reaccionar frente a ellos. Apelando a la antigua teoría del derecho penal internacional que aún no había sido influenciada por el dogma de la protección de bienes jurídicos y en especial a Ernst I. Bekker, Pawlik considera que la imposición de medidas coactivas contra los externos debe contribuir al incremento de la seguridad futura de los bienes jurídicos. Así pues, en estos casos no se trataría de una pena, sino de pura defensa ante peligros.

En esa misma dirección, Pawlik considera que frente a quienes actúan bajo la protección de sistemas jurídicos perversos o en ámbitos en los que no funciona de manera efectiva un orden jurídico, como sucede principalmente en los eventos de los que se ocupa el derecho penal internacional, tampoco es posible hablar de derecho penal en sentido estricto, pues la sanción no tendría el sentido de reforzar el estado de libertades *existente*, sino que más bien tendría la función de preparar el terreno para una mejora duradera del estado actual. En consecuencia, los delitos del derecho penal internacional deberían regularse aparte del derecho penal ordinario y ser sometidos a una dogmática especial, más orientada por la idea de la prevención. A pesar de que ya no se trataría de verdadero derecho penal, Pawlik considera que esta forma de reacción no es menos legítima que la de un Estado soberano frente a sus ciudadanos, solo que debería ser llamada por su verdadero nombre.

En "Das Unrecht des Bürgers", Pawlik no se ocupa del problema de la exclusión social, es decir, no analiza si frente a las conductas constitutivas de infracciones penales cometidas por excluidos sociales se puede reaccionar de manera legítima a través del derecho penal, o si se debe acudir más bien a otro régimen de reacción estatal. No obstante, de sus consideraciones sobre la legitimidad del deber de cooperación y de su negativa a reconocer un verdadero derecho penal en los casos de los externos y en el ámbito del llamado derecho penal internacional podría intuirse la respuesta de Pawlik, a saber, que tampoco en el caso de los excluidos sociales podría hablarse de un verdadero y legítimo derecho penal. Esto, sin embargo, podría quedar en entredicho por una afirmación del mismo Pawlik, según la cual el principio de territorialidad consagrado en el § 3, StGB, como un "principio de universalidad restringido regionalmente", captaría de forma adecuada el ámbito de aplicación del genuino derecho penal, puesto que frente a los excluidos sociales que actúan dentro de determinado territorio estatal se cumplirían los requisitos del principio de territorialidad y, por consiguiente, el recurso al derecho penal sería legítimo. Dicha afirmación, empero, se basa en la asunción por parte de Pawlik de que en Alemania no existen grupos de excluidos sociales en un sentido penalmente relevante, algo que se ve confirmado por una observación en su con-

tribución en el libro homenaje a Sancinetti, de acuerdo con la cual el problema de la reacción estatal frente a los excluidos sociales es solamente de interés *teórico* en sociedades con un sistema social robusto como la alemana. Independientemente de si dicha asunción de Pawlik es correcta, lo relevante en este momento es que su referencia al principio de territorialidad como expresión del ámbito de aplicación del genuino derecho penal no se opone a reconocer excepciones en el caso de sociedades menos estables y con grandes desigualdades sociales como las suramericanas.

III. ¿Cómo reaccionar frente a los hechos de los excluidos sociales?

Es precisamente en el libro homenaje a Sancinetti donde Pawlik se ocupa por primera vez de las consecuencias de la exclusión social para el derecho penal. Después de exponer de forma resumida su concepción del delito como la lesión de un deber de cooperación, Pawlik se pregunta si el ordenamiento *jurídico-penal* tiene fuerza vinculante respecto de aquellas personas que, a pesar de ser formalmente consideradas como ciudadanos, desde el punto de vista material prácticamente no se benefician de las prestaciones políticas y sociales del sistema estatal. Allí Pawlik reconoce explícitamente que las fronteras del grupo de los excluidos sociales son borrosas; no obstante, considera que existen supuestos claros de exclusión social, como los habitantes de barrios marginales que, atrapados por espirales de violencia, drogas y miseria, deben luchar diariamente por conseguir los bienes mínimos para sobrevivir. En esos casos, de acuerdo con Pawlik, a los excluidos sociales no se les podría imponer un deber de cooperación y, por consiguiente, no sería posible ejercer el poder penal del Estado en contra de ellos. La razón de ello radicaría en el argumento de *fairness*, que sirve de base al propio deber de cooperación: puesto que el Estado no les ha garantizado a los excluidos sociales la prestación básica de seguridad como requisito indispensable del ejercicio de libertad real, no puede ahora reprocharles penalmente el incumplimiento de un deber de cooperación basado precisamente en ello. Como lo muestra su crítica a las principales alternativas teóricas para legitimar el ejercicio del derecho penal en contra de los excluidos sociales como la iusnaturalista, Pawlik lleva su argumento de manera consistente hasta sus últimas consecuencias, es decir, considera que incluso en relación con los más graves *mala in se* no es posible recurrir de forma legítima al derecho penal.

Si bien esta respuesta de Pawlik era predecible y está en sintonía con sus ideas en "Das Unrecht des Bürgers", el desarrollo de esa posición por parte del propio Pawlik permite extraer algunos aspectos relevantes para cualquier teoría que pretenda tratar de forma *justa* a los excluidos sociales. En primera instancia, Pawlik recuerda que lo esencial para el ejercicio del *ius puniendi* no es el reconocimiento formal como ciudadanos o de sus derechos, algo que difícilmente está en duda en sociedades como la colombiana y la argentina, sino la garantía *material* de las prestaciones estatales mínimas para el ejercicio real de la libertad, lo cual sí está en entredicho en amplios sectores de nuestras sociedades. En esa medida, en contra de lo que opinan algunos detractores de un estilo de fundamentación filosófica como el de Pawlik, su teoría es mucho más cercana a la realidad y, por consiguiente, con gran capacidad de rendimiento en la praxis. Adicionalmente, la fundamentación de Pawlik garantiza ese *estatus especial* del derecho penal que lo *diferencia* de otras ramas del ordenamiento jurídico y que le permite reaccionar mediante un instrumento que, como en el caso de la pena privativa de la libertad, implica no solo una intromisión en uno de los ámbitos más sagrados de la persona, su libertad ambulatoria, sino también un reproche con un efecto comunicativo y estigmatizador. Así pues, la concepción de Pawlik, por un lado, ofrece una legitimación de la pena no solo frente a la sociedad, sino también y de forma especial frente al ciudadano que ha delinquido y, por otro, como contrapartida, deja claras las fronteras del ámbito legítimo del derecho penal. Esto, a su vez, permite dirigir la atención a cuál debe ser el régimen de reacción estatal frente a los actos de los excluidos sociales, en especial cuáles serían su fundamento y sus límites.

Precisamente de este problema se ocupa Pawlik en el último acápite de su contribución en el libro homenaje a Sancinetti. Allí Pawlik menciona tres posibles alternativas para concebir la relación entre el Estado y sus ciudadanos excluidos.

La primera consistiría en negarle el carácter jurídico a dicha relación y concebirla como un acto de mero poder. Pawlik, sin embargo, rechaza con buenos motivos esta posibilidad, pues el Estado, por más imperfecto que sea, no puede dejar de tratar a sus miembros como personas en derecho. Aunque Pawlik no lo menciona explícitamente, es claro entonces que un límite mínimo que debe observar el Estado en el tratamiento de los excluidos sociales es el respeto de los derechos humanos.

La segunda alternativa que menciona Pawlik consiste en someter a los excluidos sociales a un régimen preventivo autónomo, es decir, independiente del derecho penal, pero también del derecho de policía ordinario. Si uno tuviese que intentar adivinar la respuesta de Pawlik a la pregunta por la naturaleza del régimen de reacción estatal frente a los excluidos sociales tomando como base sus argumentos en "Das Unrecht des Bürgers", seguramente uno apuntaría a una respuesta de esta naturaleza, es decir, a señalar que ese modelo especial de reacción debería orientarse por la idea de la prevención, pues precisamente esa es la idea que Pawlik defiende en el caso de los externos y de quienes delinquen en un espacio carente de un sistema jurídico efectivo o al amparo de un régimen perverso, es decir, en aquellos eventos en los que los individuos no se benefician de las prestaciones mínimas (estatales) que garantizan seguridad y libertad, por lo que no pueden ser considerados como titulares de un deber de cooperación y, por consiguiente, tampoco sancionados penalmente. Pawlik, sin embargo, rechaza en el caso de los excluidos sociales un modelo de *pura* prevención, pues el desarrollo consecuente de un derecho de intervención orientado por la idea de la prevención produciría en términos generales unos enormes riesgos para los afectados y, adicionalmente, en el caso de los excluidos sociales, implicaría una mayor afectación que no tiene en cuenta la vulnerabilidad de su posición en la sociedad.

Debido a esto, Pawlik se declara partidario de una tercera alternativa. Para él, mientras en una sociedad persistan graves circunstancias de exclusión social no es posible encontrar una respuesta limpia desde el punto de vista sistemático, pues el derecho penal no puede solucionar los problemas de justicia social que deben ser resueltos a través de una adecuada política económica y social. En su opinión, la mejor alternativa es, por lo tanto, una estrategia mixta. En lo que se refiere al modelo de reacción frente al comportamiento de los excluidos sociales lesivo de intereses individuales o colectivos, Pawlik expone algunas pautas como las siguientes. Las normas del derecho penal deberían aplicarse en todo lo que sea beneficioso para los excluidos sociales; por lo tanto, no sería aceptable una reducción de las garantías procesales y tampoco se podrían imponer sanciones que fuesen más allá de lo permitido por el principio de culpabilidad del derecho penal ordinario; por el contrario, en los casos en que desde la óptica preventiva fuese suficiente una sanción menos drástica, tampoco se podría superar esa medida. En lo que se refiere a la persecución y sanción de los excluidos sociales, Pawlik propone una praxis que someta a los jefes de bandas a una mayor presión en la investigación y a sanciones más drásticas, y que, por el contrario, frente a otros miembros sea más indulgente y les abra la posibilidad de un proyecto de vida no criminal. Pawlik concluye su contribución en el libro homenaje a Sancinetti subrayando que el tratamiento estatal de la criminalidad de los excluidos sociales debe desligarse del derecho penal ordinario y orientarse por la idea de la defensa ante peligros o prevención, la cual, sin embargo, no debe tratar a los excluidos como enemigos, sino como conciudadanos que deben ser incluidos y cuyos derechos deben ser respetados.

A Pawlik se le debe dar mérito por haberse ocupado de un tema que no aparece en el primer plano de su agenda investigativa y que tampoco es de la mayor relevancia práctica en su realidad social; además, se le debe reconocer que el marco general para la solución del problema, esto es, su concepto de la pena como respuesta a la infracción de un deber de cooperación legitimado en la idea de libertad, es de una enorme profundidad teórica y con gran capacidad de rendimiento en la práctica. No obstante, los parámetros mencionados en su estrategia mixta, aunque en sí interesantes, o bien son demasiado amplios como para constituir una teoría de la reacción estatal no penal frente a los excluidos sociales que pueda ser implementada en la práctica, o bien parecen generar ciertas fricciones en la concepción global de Pawlik. Así pues, si se quiere proseguir esta senda delineada por

Pawlik, se deben despejar múltiples obstáculos. Para finalizar esta exposición me quiero referir brevemente a tres de los aspectos que considero más problemáticos.

En primer lugar, para poder delimitar y aplicar el modelo de reacción estatal frente a los excluidos sociales es absolutamente necesario conceptualizar de manera más precisa qué constituye exclusión social en un sentido penalmente relevante. Si bien Pawlik tiene razón en que existen casos claros de exclusión social que impiden emplear de forma legítima el derecho penal, el primer problema está en delinear de manera más o menos precisa el contorno del círculo de los excluidos sociales.

En segundo lugar, en lo que se refiere ya a la fundamentación teórica del modelo de reacción estatal frente a los excluidos sociales, se presentan varios problemas que deben ser resueltos. Aquí la cuestión más intrincada es el papel de la prevención. Mientras que en su crítica de la segunda alternativa para concebir la relación entre el Estado y sus ciudadanos excluidos Pawlik rechaza la idea de la prevención pura, argumentando que ella genera graves riesgos para los afectados, en su estrategia mixta señala que el tratamiento estatal de los excluidos sociales debe desligarse del derecho penal ordinario y orientarse por la idea de la prevención o defensa ante el peligroso, aunque en un sentido limitado. De esta manera, la posición de Pawlik se enfrenta al siguiente dilema. O bien se mantiene en su crítica férrea a las teorías de la prevención en general, por lo que no parece adecuado orientar a la idea de la prevención el modelo de reacción estatal frente a los excluidos sociales, pues se trata precisamente de las personas que han sido desamparadas por el Estado y privadas de sus prestaciones más elementales; en este caso se tendría que buscar otra idea regulativa para *legitimar* y trazar los *límites* de la reacción estatal frente a los excluidos sociales. O, por el contrario, se reconoce que el paradigma prevencionista no es tan nocivo como Pawlik lo interpreta en su crítica de las teorías de la prevención, por lo que sería posible y adecuado fundamentar la reacción estatal a través de la idea de la prevención, sometiéndola a límites externos como los impuestos por el principio de culpabilidad o los derechos humanos.

En tercer lugar, y desde una óptica diferente, a saber, la del plano empírico criminológico, la estrategia que Pawlik propone para la praxis deja la impresión de ser un tanto *naïve*, pues no parece tomar en cuenta que, en el contexto de la criminalidad grupal o en los casos de las llamadas guerras recicladas, los lacayos de hoy son los barones de mañana.

JURISPRUDENCIA

RECUSACIÓN CON CAUSA

Temor de parcialidad. Disenso de criterio. Rechazo.

1. — Corresponde rechazar in limine la recusación interpuesta, toda vez que no existe elemento alguno que pudiera sustentar sospecha de ausencia de imparcialidad, sino tan solo el disenso de la defensa con el criterio adoptado en un anterior pronunciamiento de este tribunal respecto de su asistido.

2. — La circunstancia de haber intervenido en un proceso, en el marco del ejercicio de sus funciones y deberes específicos, que le imponen el deber de decidir sobre el tema llevado a su conocimiento, no puede erigirse como causal de recusación.

3. — Es doctrina de la Corte Suprema el rechazo in limine de la recusación por improcedente, cuando se funda en la mera intervención de los magistrados en pronunciamientos anteriores propios de sus funciones legales.

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 17/09/2021. - Garcés, Gabriel Adrián s/ recurso de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141822/2021]

Expte. n° CPE 000529/2016(-B)/TO02/CFC025

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

Considerando:

I. Que, en fecha 18 de noviembre de 2020, en el marco de la presente incidencia, la defensa particular de Gabriel Adrián Garcés realizó una presentación a través del Sistema de Gestión Judicial LEX100, mediante la cual mantuvo el recurso de casación interpuesto oportunamente y planteó la recusación de esta Sala I por entender que su anterior intervención en las presentes actuaciones le genera un temor fundado de parcialidad.

II. Que, de manera liminar, deviene menester señalar que, en fecha 10 de septiembre de 2020, bajo el registro n° 1197/20, en el Legajo nº CPE 529/2016(- B)/TO2/CFC24, caratulado: "GARCÉS, Gabriel Adrián s/recurso de casación", esta Sala resolvió –en lo aquí pertinente-: "I.- DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Gabriel Adrián Garcés, con costas (arts. 444, 530 y ccds. del CPPN)" -el resaltado pertenece al original-.

El mencionado recurso había sido interpuesto contra la decisión dictada por el Tribunal Oral en lo Penal Económico Nº 2, integrado por los señores jueces Jorge Alejandro Zabala, Claudio Javier Gutiérrez de la Cárcova y Luis Gustavo Losada, que el 2 de junio de 2020, en lo que aquí interesa, resolvió: "(I). NO HACER LUGAR al pedido de suspensión del trámite de la presente causa nro. 529/2016 (2978) caratulada: "PALOMINO ZITTA, V(í)ctor Esteban y otros s/contrabando", solicitado por el [...] Dr. Cristian PÉREZ, defensor de Gabriel Adrián GARCÉS y el Dr. Juan Martín CEROLINI defensor de Gladys Fabiana FERNÁNDEZ, al que adhirió el Dr. Franco A. BINDI letrado defensor de Víctor PALOMINO ZITTA. Sin costas [...] III.FIJAR audiencia de debate oral para el próximo 15 de agosto a las 11:00 hs [...]" (El destacado pertenece al original).

III. Ahora bien, llegado el momento de resolver, entendemos que corresponde rechazar in limine la recusación interpuesta, toda vez que no existe elemento alguno que pudiera sustentar sospecha de ausencia de imparcialidad, sino tan solo el disenso de la defensa con el criterio adoptado en un anterior pronunciamiento de este tribunal respecto de su asistido.

En ese orden de ideas, corresponde recordar que es doctrina de la Corte Suprema el rechazo in limine de la recusación por improcedente, cuando se funda en la mera intervención de los magistrados en pronunciamientos anteriores propios de sus funciones legales (Fallos: 270:415, 274:86, 310:338; 311:578, 316:2512 y 322:712).

La circunstancia de haber intervenido en un proceso, en el marco del ejercicio de sus funciones y deberes específicos, que le imponen el deber de decidir sobre el tema llevado a su conocimiento, así como fue Fechaplanteado de firma: 17/09/2021 por la defensa, no puede erigirse como causal para el apartamiento del juez, ya que no constituye por sí mismo prejuzgamiento (Fallos: 287:464 y 300:380, entre muchos otros).

Tampoco se advierte en el caso alguno de los supuestos previstos en el art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), ni que las circunstancias alegadas por la parte impidan emitir un pronunciamiento con independencia e imparcialidad, conforme lo disponen los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); 14, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP); 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –DUDH- y 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH), tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional incorporados a nuestra Constitución Nacional (CN) en el artículo 75 inciso 22.

Por último, no se logra avizorar en autos la concurrencia de los presupuestos tomados en cuenta por

nuestro más alto Tribunal al resolver en los precedentes "Llerena" y "Dieser" (Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente).

Por ello, el Tribunal *Resuelve:*

REHAZAR IN LIMINE el planteo de recusación efectuado por la defensa particular de Gabriel Adrián Garcés contra esta Sala, en el marco de la presente incidencia.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial –CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN) y sigan los autos según su estado. — *Ana M. Figueroa. — Daniel A. Petrone. — Diego G. Barroetaveña.*

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES

Emergencia sanitaria. Debate oral y público virtual. Inmediación y oralidad. Intervenciones telefónicas.

1. — La finalidad de comercialización de la sustancia estupefaciente secuestrada fue confirmada no solo a partir del material incautado en poder del imputado al momento de allanar su domicilio, sino que también a partir de las tareas de inteligencia realizadas en las inmediaciones de su morada y de las conversaciones telefónicas que el nombrado mantuviera con sus clientes.

2. — Si bien es cierto que desde la sanción del Código Procesal Penal de la Nación, el juicio oral se desarrolló, en términos generales, reuniendo de manera presencial y en una misma sala de audiencias a todas las partes del proceso, las circunstancias excepcionales que atraviesa no solo nuestro país sino el mundo entero, como consecuencia de la pandemia declarada por el COVID-19, han obligado a las administraciones de justicia delos países del globo a adoptar herramientas alternativas para garantizar la continuidad del servicio de justicia sin poner en riesgo la salud de las personas involucradas en el proceso y satisfaciendo en la mayor medida posible los principios y garantías vigentes en un Estado de Derecho Democrático.

3. — A través de numerosas decisiones plasmadas mediante Acordadas, resoluciones y protocolos internos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Cámara Federal de Casación Penal fueron ajustando su funcionamiento a las diversas medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional, a fin de seguir garantizando la prestación del servicio de justica y cumplir con el aislamiento y distanciamiento social, preventivo y obligatorio establecido.

4. — La oralidad no exige presencialidad y este principio no se encuentra menoscabado por la forma virtual de realización del debate, es que la oralidad continúa presente en esta nueva modalidad, toda vez que la audiencia de debate se lleva adelante mediante la palabra hablada, la prueba continúa siendo expuesta y discutida de manera verbal, con la presencia ininterrumpida de todos los participantes del proceso, asegurándose así la efectiva contradicción prevista por los arts. 389, 391 y 393 del Cód. Proc. Penal.

5. — La garantía de la inmediación depende de que el juicio se lleve a cabo oralmente, dado que es la oralidad la que asegura ese contacto directo con los elementos de prueba y sujetos procesales. La virtualidad no impide que el tribunal de juicio dicte sentencia de acuerdo a la impresión que directamente perciba de los imputados y de la prueba producida. Ello es así toda vez que los jueces toman contacto directo con los elementos probatorios sin sufrir ningún tipo de alteración.

6. — A partir de la verificación de datos, tomando en cuenta la gravedad del hecho investigado y la existencia de amenazas por parte del imputado hacia la persona que formuló la denuncia, el juez federal ordenó intervenir las comunicaciones de las líneas telefónicas en cuestión por el razonable término de siete días.

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 17/09/2021. - Sánchez de Loria, Mariano y otros s/ infracción ley 23.737.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141835/2021]

Expte. n° CFP 006147/2017/TO01/CFC003

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 2 de esta ciudad, por medio del veredicto dictado en fecha 2 de julio de 2020 -cuyos fundamentos fueron conocidos el día 13 del mismo mes y año-, resolvió: "(I). RECHAZAR la totalidad de los planteos de nulidad formulados por los Dres. Santiago Finn [...], durante la discusión final (artículo 166 y subsiguientes –a contrario sensu- del Código Procesal Penal de la Nación). II. CONDENAR a MARIANO SÁNCHEZ DE LORIA a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN,

MULTA DE CUARENTA Y CINCO UNIDADES FIJAS, ACCESORIAS LEGALES Y LAS COSTAS DEL PROCESO, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, bajo la modalidad de tenencia con fines de comercialización (12, 19, artículos 29 inciso 3°, 40, 41 y 45 del Código Penal; art. 5, inc. c, de la ley 23.737; artículos 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación)...".(El destacado corresponde al original).

II. Que contra esa resolución interpuso recurso de casación la defensa pública oficial de Mariano Sánchez de Loria, el que fue concedido y mantenido ante esta instancia.

La parte recurrente encausó su remedio recursivo en el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) por entender que la resolución recurrida realiza una interpretación errónea y arbitraria del derecho, afectando así la garantía de defensa en juicio y la prohibición de injerencias estatales en el ámbito de la intimidad de su asistido.

En primer término, consideró que el desarrollo del juicio oral por videoconferencia desnaturalizó el juicio y restringió los derechos procesales de su defendido.

Al respecto, sostuvo que "(f)altaron elementos que hacen a [la] esencia del debate consagrado en nuestra legislación procesal como es la presencia de todos los intervinientes en una misma sala. En vivo y en directo, como vemos aclarado en las transmisiones televisivas".

También señaló que "(e)s muy probable que un testigo hubiese declarado de otro modo, que un juez hubiese debido apreciar sus dichos de otra manera, o que otras hubiesen sido nuestras preguntas. Se trata de actos irreproducibles y resulta imposible puntualizar los perjuicios que existieron en el cambio de formato porque el juicio real nunca se realizó y no podemos compararlo".

Asimismo, explicó que la oralidad del juicio "(s)ignifica juicio con presencia inmediata de todos los intervinientes en un mismo acto, sin distancia ni temporal ni especial, siguiendo las formas solemnes de este insustituible rito".

En razón de ello, consideró que se habría violado la garantía del debido proceso legal prevista en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que impone el respeto de las reglas procesales y que se habrían afectado los derechos del acusado a proveer a su defensa material asistiendo personalmente a las audiencias de debate y presenciando físicamente la incorporación de prueba y a que sus abogados controlen exhaustivamente la prueba que existe en su contra asistiendo física y presencialmente a la audiencia de debate y preguntando a los testigos sin intermediarios tecnológicos.

Hizo hincapié en que "(p)ara esta defensa, el principio de inmediatez es consustancial con el debate oral y es indisponible por parte de los magistrados".

En consecuencia, la parte impugnadora solicitó se declare la nulidad del debate y se dicte el sobreseimiento de Sánchez de Loria en aplicación del principio de preclusión y teniendo en cuenta la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

En segundo término, y subsidiariamente, la defensa planteó la nulidad del auto que dispuso las intervenciones telefónicas de las líneas a nombre del condenado Sánchez de Loria, remitiéndose a los argumentos que presentó durante el debate.

En ese sentido, señaló que aquella medida "(h)abía sido realizada sin que exista sospecha suficiente de que podría estar cometiendo un delito y este era un elemento esencial para que el juez pueda justificar una intromisión legítima en la intimidad de mi defendido".

Por ello, solicitó que esta Cámara declare la nulidad del auto que dispuso la intervención telefónica de las líneas a nombre de su defendido y de todos los actos consecuentes, y absuelva a Mariano Sánchez de Loria.

En tercer lugar, cuestionó la calificación legal escogida por el tribunal de mérito. Entendió que el tribunal realizó una valoración arbitraria de la prueba, que lo llevó a calificar la conducta de Sánchez de Loria como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, cuando la tipificación correcta hubiera sido tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Al respecto, explicó que "(a) Mariano Sánchez de Loria después de investigarlo por más de 8 meses le hicieron un allanamiento en el domicilio y le secuestraron en su poder 3,41 gramos de cocaína conjuntamente con los elementos necesario para armar sus dosis y consumirlas. Por otro lado, del informe médico incorporado por lectura al debate se desprende que la rinoscopía que le hicieron arrojó lesiones compatibles con la ingesta habitual de estupefacientes y en el examen de orina encontraron la presencia de cocaína".

Por ello, insistió en que "(l)a tenencia de estupefacientes, atento a este grado de dependencia psicofísica que presentaba Sánchez de Loria, no pudo tener

otro destino que su consumo personal que, como se dijo, era habitual y se encuentra claramente comprobada".

Asimismo, destacó que el tribunal de juicio "(n)o acogió la calificación por la cual había acusado el fiscal en el debate, la de comercio de estupefacientes" y sostuvo que "(s)i no se encuentra comprobada la habitualidad que exige esa otra figura prevista también en el artículo 5to de la de ley 23.737 la cuestión debió haber quedado encuadrada, como dije, en el artículo 14 segundo de la misma ley".

Por todo lo expuesto, solicitó que se revoque la resolución recurrida y se absuelva a su defendido.

Finalmente, efectuó reserva del caso federal.

III. Que, en la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, se presentó en el término de oficina el doctor Raúl Omar Pleé, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), quien propició el rechazo del recurso interpuesto por la defensa.

En la misma oportunidad procesal, se presentó la defensa pública oficial de Mariano Sánchez de Loria ante esta instancia. En su escrito, compartió los argumentos esbozados en el recurso de casación y reiteró la solicitud efectuada por su colega de la etapa anterior.

IV. Que, superada la etapa prevista en el art. 465, último párrafo y en el 468 del CPPN, 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: doctores Diego G. Barroetaveña, Ana María Figueroa y Daniel Antonio Petrone.

El doctor *Barroetaveña* dijo:

I. Que, de manera prologal, es menester señalar que el recurso de casación interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que se encuentran satisfechas las exigencias previstas en la ley procesal penal.

En efecto, la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas, la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla, los planteos formulados encuadran dentro de los motivos allí previstos, y se han cumplido los requisitos de tiempo y de fundamentación también exigidos en la referida norma procesal (cfr. arts. 457, 456, 459 y 463 del CPPN, respectivamente).

II. Como punto de partida, y con el objeto de imprimir un adecuado tratamiento a los planteos traídos a estudio, habremos de efectuar una breve reseña de los hechos acaecidos.

Conforme surge de las constancias del legajo a las que hemos tenido acceso a través del sistema integral de gestión judicial LEX100, la representante del Ministerio Público Fiscal de la etapa de instrucción requirió la elevación a juicio de las presentes actuaciones imputándole a Mariano Sánchez de Loria"(h) haber llevado a cabo, al menos desde el mes de mayo del año 2017 y hasta el momento de su detención, ocurrida el 15 de diciembre de 2017, maniobras de tráfico ilícito de estupefacientes, quedando debidamente acreditado en autos el haber tenido a su disposición -al momento de su detención-, con fines de comercialización, la cantidad de 3,171 gramos de cocaína, distribuidos en tres envoltorios de n[ai]lon".

Asimismo, se observa que las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de una denuncia efectuada por una persona de quien se reservó su identidad en virtud de lo establecido en el artículo 34 bis de la Ley 23737, ante las autoridades de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el 12 de mayo de 2017. A través de ella, puso de manifiesto que una persona llamada Mariano Bustos o Mariano Sánchez de Loria estaría llevando a cabo actividades compatibles con la comercialización de estupefacientes, ya sea desde su domicilio, sito en la calle Arenales n° 1838, 3° piso, departamento "C", de esta ciudad, o entregando el material narcótico de forma personal, valiéndose de los abonados telefónicos n° 15-3320-6168 y 4813-8881 para ejecutar el quehacer ilícito.

Iniciada la investigación, y habiéndose designado a la Dirección Autónoma de Narcocriminalidad de la Policía de la Ciudad, los primeros resultados de las tareas de averiguación efectuadas determinaron que la persona denunciada se trataba de Mariano Sánchez de Loria, titular del documento nacional de identidad n° 20.477.366 y que efectivamente reside en el domicilio sito en la calle Arenales 1838, 3° piso, departamento "C", de esta ciudad.

Conforme al tenor de la denuncia y en miras de dar acabado cumplimiento con lo normado por el artículo 193 del CPPN, el juez de instrucción ordenó la profundización de las tareas de averiguación encomendadas y la intervención telefónica de los abonados que, según los extremos vertidos en la denuncia que originara la presente el nombrado utilizaría para ejecutar la actividad ilícita en cuestión.

Como consecuencia de aquellas medidas, se advirtió que Mariano Sánchez de Loria efectivamente se encontraba vinculado a actividades en infracción a la Ley 23737, especialmente en la modalidad de distribución de narcóticos al menudeo.

III. Sentado cuanto precede, corresponde abocarse al tratamiento de las nulidades planteadas en el recurso de casación interpuesto.

Inicialmente, es menester mencionar, una vez más, que el instituto de las nulidades procesales tiene por objeto resguardar el debido proceso y la defensa en juicio. Por ello, solo cuando la actividad procesal perjudique la función de tutela de los intereses comprometidos en el proceso por haberse configurado una irregularidad que afecte el ejercicio de la defensa, un presupuesto procesal o el equilibrio entre las partes resultante del principio de igualdad y del contradictorio, debe ser invalidada, privándosela de eficacia.

Según señala el profesor Julio B. J. Maier, "(l)a nulidad, comprendida como ultima ratio de la reacción procesal frente al defecto, es, tan solo, una excepción, algo así como una decisión rara en el procedimiento, para cuando no haya forma de reparar el daño causado con el incumplimiento formal" ("El incumplimiento de las formas procesales", en NDP, 2000-B, Editorial del Puerto, Buenos Aires, p. 813).

Es por ello que las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, siendo condición esencial para que puedan declararse que la ley prevea expresamente esa sanción, que quien la pida tenga interés jurídico en la nulidad y además que no la haya consentido expresa o tácitamente. De esta forma, resulta indiferente para una eventual declaración de nulidad la naturaleza de esta, expresa, genérica, virtual o desde otro análisis absoluta o relativa, ya que los principios de conservación y trascendencia impiden la aplicación de esa sanción si el acto atacado logró su finalidad, y si no se verifica un perjuicio que deba ser reparado.

Paralelamente, dable es rememorar que para declarar la nulidad de un acto procesal es necesario cumplir con ciertas exigencias, entre las que hay que subrayar la demostración -por parte de quien la alega- del perjuicio real y concreto que le produce el acto viciado (limitación de un derecho vinculado al buen orden del proceso), y del interés o provecho que le acarrearía tal declaración.

Generalmente se analizan indistintamente estos dos aspectos bajo el rótulo de "principio de interés". Ahora bien, estas exigencias o requisitos adquieren especial importancia en dos casos: con relación a las nulidades absolutas y respecto de las nulidades enunciadas taxativamente por la ley; y en este sentido debemos memorar que son numerosos los precedentes de esta Cámara de los cuales se desprende que las nulidades, aún aquellas declarables de oficio, no pueden invocarse en el solo beneficio de la ley, sin consideración a sus efectos en la causa. No basta con verificar la existencia de una nulidad, aunque esté especialmente prevista por la ley, pues si no existe perjuicio concreto se decretaría la nulidad de un acto por una cuestión absolutamente formal.

En punto a ello, el más alto Tribunal de Justicia de la República ha señalado que "(l)a nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia" (Fallos 295:961 y 298:312). De tal modo, el criterio contrario atentaría contra el principio de trascendencia de los actos e implicaría el dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo cual resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal (Fallos 320:1611).

Sentado cuanto antecede, y más allá de que en términos generales todos los planteos de nulidad constituyen una reedición de las cuestiones esbozadas y resueltas en la instancia anterior, a fin de dar una suficiente respuesta a los agravios traídos por el recurrente, habremos de referirnos separadamente a cada uno de ellos.

a) En primer lugar, abordaremos el planteo de nulidad del debate oral y público por haberse llevado a cabo a través de una plataforma virtual de videoconferencia.

En cuanto a este tópico, el tribunal de juicio sostuvo, que "(s)in perjuicio de destacar que por regla el debate oral y público es eminentemente presencial, no se advierte ninguna afección a una garantía constitucional de los imputados o sus defensas para transitar esta etapa por medios tecnológicos".

Asimismo, ponderó "(l)a situación de pandemia decretada, la cual se mantiene hasta la actualidad, y el consecuente aislamiento social preventivo y obligatorio decretado el pasado 19 de marzo".

Además, tomó en consideración el prolongado tiempo que dos de los imputados llevaban en detención (más de dos años a la fecha del juicio) y que se había fijado fecha para el inicio de la audiencia de debate oral y público de modo presencial con anterioridad a la declaración de la pandemia. En tal sentido, valoraron la garantía constitucional de obtener un pronunciamiento de parte de las autoridades competentes en un plazo razonable.

A la luz de lo expuesto, se desprende que el tribunal de juicio ha dado un correcto tratamiento a la cuestión planteada en la instancia anterior, de modo que el agravio traído aquí por el recurrente constituye una mera reedición de sus argumentos.

Los fundamentos con los cuales la asistencia técnica insiste sobre la cuestión no son novedosos y las quejas solamente expresan un mero disenso con la solución brindada por el tribunal aludido, cuyos fundamentos se hallan plasmados en el decisorio.

Sin perjuicio de ello, consideramos oportuno que esta Cámara también realice un análisis del agravio.

En primer término, es necesario señalar que si bien es cierto que desde la sanción del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23984), el juicio oral se desarrolló, en términos generales, reuniendo de manera presencial y en una misma sala de audiencias a todas las partes del proceso, las circunstancias excepcionales que atraviesa no solo nuestro país sino el mundo entero, como consecuencia de la pandemia declarada por el COVID-19, han obligado a las administraciones de justicia delos países del globo a adoptar herramientas alternativas para garantizar la continuidad del servicio de justicia sin poner en riesgo la salud de las personas involucradas en el proceso y satisfaciendo en la mayor medida posible los principios y garantías vigentes en un Estado de Derecho Democrático.

Con la declaración por parte de la Organización Mundial de la Salud del brote del COVID- 19 como una pandemia, a modo de ejemplo, el Reino de España promulgó el 28 de abril de 2020 el Real Decreto Ley 16/2020 sobre medidas organizativas, procesales y tecnológicas. Allí, se estableció que "(d)urante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello".

En la misma línea se han pronunciado diversos países, entre ellos, los Estados Unidos de América (Ley H.R.748 CARES sección 15002), la República de Chile (Acta 41/2020 de la Corte Suprema de Justicia), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Criminal Justice Act 2003 y Coronavirus Act 2020), la República de Costa Rica (Circular 60/2020 de la Corte Suprema de Justicia), la República del Paraguay (Acordada 1366 prorrogada por la 1370 y modificada por la 1373 de la Corte Suprema de Justicia) y la República Federativa de Brasil (Resolución 672 del Supremo Tribunal Federal), incorporando todos ellos a la videoconferencia como herramienta indispensable para la continuidad de la administración de justicia en el contexto actual.

Nuestro país, en consonancia con el resto del mundo, también ha ido adoptando medidas alternativas para brindar un adecuado servicio de justicia en el contexto de la pandemia actual.

En efecto, el Poder Ejecutivo de la Nación (PEN) el 19 de marzo de 2020, por Decreto PEN Nro. 297/2020 (BO 19/03/2020) estableció el aislamiento social, preventivo y obligatorio para todas las personas que habitan en el país, desde el 20 de marzo de ese año, el cual fue prorrogándose sucesivamente hasta el 20 de diciembre de 2020. En esa fecha, el Presidente de la Nación dispuso mediante Decreto PEN Nro. 1033/2020 (BO 20/12/2020), el distanciamiento social preventivo y obligatorio en todo el país hasta el 31 de enero de 2021, el cual fue prorrogado por sucesivos períodos. Además, por Decreto PEN Nro. 167/2021 (BO 11/03/2021) se prorrogó la emergencia sanitaria (dispuesta por la Ley 27541 y ampliada por el Decreto PEN Nro. 260/20) hasta el 31 de diciembre de 2021.

Paralelamente, a través de numerosas decisiones plasmadas mediante Acordadas, resoluciones y protocolos internos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y esta Cámara Federal de Casación Penal fueron ajustando su funcionamiento a las diversas medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional, a fin de seguir garantizando la prestación del servicio de justica y cumplir con el aislamiento y distanciamiento social, preventivo y obligatorio establecido.

Algunas de esas medidas fueron la habilitación del trabajo remoto a los magistrados, jueces, funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación (PJN), haciendo hincapié en la actuación de la justicia penal en cuanto debía prestar especial consideración a las cuestiones vinculadas con la privación de la libertad de las personas, la violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública; la aprobación e implementación del uso de la firma electrónica y digital en el ámbito del PJN respecto de todos los jueces y funcionarios de las instancias inferiores que desarrollan su actividad con el Sistema de Gestión Judicial Lex100; entre otras.

En atención a la prolongación del aislamiento social, preventivo y obligatorio, a los avances logrados en materia de firma electrónica, trabajo remoto y videoconferencia y a la necesidad de garantizar un servicio de justicia eficaz con mayor cobertura de la conflictividad, esta Cámara dispuso ampliar gradualmente algunas de las funciones que se habían estado desarrollando en los tribunales de todo el país y a fin de brindar un servicio de justicia más vasto, con el objetivo de evitar la paralización de los casos y prevenir demoras que podrían afectar de manera irremediable los derechos de las partes (Acordada 10/2020 CFCP).

Con esa finalidad, se encomendó a los tribunales a "(a)vanzar en las diversas etapas procesales siempre

que las partes puedan acceder digitalmente a la información del caso para realizar sus presentaciones, tanto en aquellas jurisdicciones donde rige el CPPN como donde se encuentra vigente el CPPF (según leyes 27063, 27272 y 27482); previa celebración virtual de las audiencias previstas por la normativa procesal (siempre que los medios tecnológicos lo permitan) y cuando no exista oposición fundada y razonable de parte, debiendo cumplirse, cuando resulte pertinente, con las reglas de la Acordada 1/12" (el destacado nos pertenece).

En virtud de las disposiciones mencionadas es que los tribunales orales federales de nuestro país comenzaron a llevar adelante los juicios orales de manera remota y virtual a través de plataformas de videoconferencias, modalidad que se encuentra cuestionada por la defensa de Sánchez de Loria.

En términos generales, la parte recurrente sostiene que el debate, de cualquier manera que no sea presencial, afecta los principios de oralidad e inmediación, los cuales no pueden ser suplidos por medios digitales.

Reseñado el contexto que antecede, es menester recordar que el artículo 363 del Código Procesal Penal de la Nación refiere que "El debate será oral y público, bajo pena de nulidad (...)".

Asimismo, que la CSJN ha afirmado en numerosas ocasiones que "(l)a primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley; no cabe pues a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como este la concibió" (Fallos: 316:2695; 324:1740, entre otros) y que "(c)uando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso expresamente contemplado en la norma" (Fallos: 311:1042).

Por lo tanto, cuando pretendemos determinar el alcance de la palabra "oral" como característica del debate, no corresponde apartarse de la literalidad del término.

En este sentido, se torna imprescindible acudir al diccionario de la Real Academia Española.

Veamos entonces cómo define el Diccionario de la Lengua Española al término "oral":"que se manifiesta mediante la palabra hablada" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed.).

También es útil acudir a la doctrina en cuanto refiere que la oralidad "(c)onsiste en la utilización de la palabra hablada [...]para la comunicación entre sujetos procesales y los órganos de la prueba, salvo las lecturas autorizadas (v.gr., memorial del actor civil, art. 393, párr. 1°;[...])" (cfr. D'Albora, Francisco José: Código Procesal Penal. Anotado, comentado y concordado. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 681); en otras palabras, "(c)onsiste en que la comunicación entre los sujetos procesales [...] se produzca a través de la forma de relación más natural y originaria entre los seres humanos, como lo es la palabra hablada" (cfr. D'Albora, ob. cit., p. 657).

De este modo, observamos que –contrariamente a lo pretendido por la defensa- la oralidad no exige presencialidad y que este principio no se encuentra menoscabado por la forma virtual de realización del debate.

Es que la oralidad continúa presente en esta nueva modalidad, toda vez que la audiencia de debate se lleva adelante mediante la palabra hablada, la prueba continúa siendo expuesta y discutida de manera verbal, con la presencia ininterrumpida de todos los participantes del proceso, asegurándose así la efectiva contradicción prevista por los arts. 389, 391 y 393 del CPPN.

De otra parte, respecto al principio de inmediación, considerado vulnerado por la defensa, recordaremos una vez más al citado autor Francisco D'Álbora en cuanto señaló que "(e)sa oralidad hace posible un modo de la percepción que asegura asumir el conocimiento directo por parte de los sujetos procesales, entre sí y respecto de todo el material probatorio y los órganos de prueba; en ello consiste la inmediación" (autor y ob. cit., p. 657).

Coincidimos con aquella idea, en tanto la garantía de la inmediación depende de que el juicio se lleve a cabo oralmente, dado que es la oralidad la que asegura ese contacto directo con los elementos de prueba y sujetos procesales.

En efecto, consideramos que la virtualidad no impide esta apreciación ni que el tribunal de juicio dicte sentencia de acuerdo a la impresión que directamente perciba de los imputados y de la prueba producida. Ello es así toda vez que los jueces toman contacto directo con los elementos probatorios sin sufrir ningún tipo de alteración. Esta modalidad de apreciación será válida siempre que se permita una comunicación bidireccional: con un emisor y un receptor, con simultaneidad entre imagen y sonido, con inmediación visual, auditiva y verbal, y con la posibilidad real de las partes de controvertirla de manera inmediata.

Finalmente, es menester recordar que la videoconferencia es una plataforma alternativa considerada

y admitida como medio válido en todas partes del mundo, no únicamente en nuestro sistema jurídico e independientemente de la situación excepcional de pandemia.

Dable es memorar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en el marco de la Convención de Roma el 17 de julio de 1998, contempla en su artículo 69.2 la posibilidad de que el testigo preste testimonio "(p)or medio de una grabación de video o audio", en su artículo 68.2, habilita la presentación de pruebas "(p)ormedios electrónicos u otros medios especiales" y en el artículo 63.2 admite esta posibilidad respecto de los acusados.

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional impone a los Estados, en su artículo 24, "(e)stablecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otro smedios adecuados".

Asimismo, el Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal, aprobado el 29 de mayo de 2000 por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos Exteriores de la Unión Europea, regula en su artículo décimo la práctica de las videoconferencias. Establece expresamente que "(c)uando una persona que se halle en el territorio de un Estado miembro deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro, este último, en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio, podrá solicitar que la audición se realice por videoconferencia".

El Protocolo de Estrasburgo del año 2001, orientado a la modernización de la asistencia Mutua en Materia Penal en Europa, estableció también la posibilidad de realizar videoconferencias si una persona estuviera en el territorio de una parte y tuviera que prestar testimonio ante las autoridades de otra.

A su vez, la Directiva n° 2012/29 (25/10/2012) del Parlamento Europeo, en su art. 17,regula la utilización de este tipo de videoconferencias como posibilidad para recibir declaraciones a víctimas que se encuentran en el extranjero; y también lo hace la Directiva n° 2014/41 (03/04/2014), en su artículo 24, de manera más general.

En nuestra legislación local también encontramos sustento a esta medida procesal alternativa. La Ley 27162 aprobó el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, orientado a favorecer el uso de videoconferencia entre las autoridades competentes de las partes como medio concreto para fortalecer y agilizar la cooperación mutua en materia civil, comercial y penal y en otras materias que las partes acuerden.

Por otra parte, tal como lo señala el doctor Luis María Palma en su artículo "Tutela efectiva de la justicia a partir del Covid-19. La innovación y la eficiencia como condiciones para la sustentabilidad. Derecho y Economía de la Integración", el 13 de octubre de 2020 el Consejo de la Unión Europea dio a conocer sus conclusiones sobre las oportunidades de la digitalización para el acceso a la justicia. Así, recordó que"(d)ado el carácter instrumental de la tecnología a efectos de la realización de la justicia, [el Consejo reafirmó] que el desarrollo digital del sector debe estar centrado en el ser humano, y ser constantemente guiado y alineado con los principios fundamentales de los sistemas judiciales: independencia e imparcialidad de los tribunales, garantía de una protección jurídica efectiva, y derecho a una audiencia pública y justa en un plazo razonable". También señaló que el Consejo valoró "(l)os avances logrados mediante la digitalización de los procedimientos judiciales, la comunicación electrónica entre partes, tribunales y autoridades, la transmisión electrónica de documentos, la realización de audiencias y videoconferencias, y el trabajo en red" (Palma, Luis María (2020). Tutela efectiva de la justicia a partir del Covid-19. La innovación y la eficiencia como condiciones para la sustentabilidad. Derecho y Economía de la Integración n. 8, pp. 27-55. https://juri-dileyc.com/tutela-efectiva-de-la-justicia-a-partir-del-covid-19-la-innovacion-y-la-eficiencia-como-condiciones-para-la-sustentabilidad/).

En síntesis, consideramos que estas herramientas reconocidas y aceptadas tanto a nivel local como internacional, se presentan como una alternativa idónea y válida para garantizar la continuidad del servicio de justicia, en cumplimiento de los principios consagrados en las reglamentaciones generales del ordenamiento procesal penal que regulan la etapa del debate oral y sin poner en riesgo la salud de las personas involucradas en el proceso penal.

Por ello, entendemos que el debate oral y público realizado a través de la plataforma virtual por videoconferencia resulta válido y ajustado a derecho, razón por la cual el agravio de la defensa en cuanto a este punto será rechazado.

A todos los argumentos expuestos, como corolario, corresponde reafirmar que las nulidades procesales requieren un perjuicio concreto para alguna de las partes (Fallos 295:961 y 298:312, CSJN).

En el caso, se advierte que la defensa de Sánchez de Loria no ha logrado demostrar una lesión específica en los términos precedentemente descritos.

Es que, más allá de los agravios genéricos esbozados, el recurrente no señaló deficiencia alguna en la tecnología aplicada a la audiencia de debate virtual que le haya impedido concretamente ejercer correctamente la defensa de su asistido o compulsar las pruebas aportadas.

Por el contrario, la parte impugnadora se limitó a expresar que "(e)s muy probable que un testigo hubiese declarado de otro modo, que un juez hubiese debido apreciar sus dichos de otra manera, o que otras hubiesen sido nuestras preguntas". Incluso, afirmó y admitió que "(r)esulta imposible puntualizar los perjuicios que existieron en el cambio de formato".

Por lo demás, y para finalizar, debe ponerse de resalto que el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia así como quien ejerce idéntico cargo ante el juicio oral no pusieron reparos a que el debate se celebrara mediante la plataforma virtual de videoconferencia. Recordemos que ellos son los custodios de la legalidad del desarrollo del proceso y, en tal carácter y calidad, deberían poner de resalto cualquier irregularidad que vulnere alguno de los principios y garantías que rigen el proceso penal, cuestión que no sucede en el caso; incluso el dictamen fiscal ante esta instancia resulta favorable al rechazo de la impugnación presentada por la defensa.

Por todo lo expuesto, votamos por rechazar el recurso de casación en relación a este agravio.

b) De otra parte, la defensa de Sánchez de Loria instó la nulidad de las órdenes de intervención telefónica por carecer aquellas de fundamentación. El presente, se trata de análogo agravio que el recurrente introdujera en la instancia anterior y que recibiera adecuada respuesta en la sentencia, sin que la defensa lograra rebatirla.

En punto a ello, el tribunal de mérito señaló que la intervención telefónica de la línea del celular de Sánchez de Loria "(s)e materializó e hizo efectiva como consecuencia de la entidad y gravedad de la denuncia y de que se acreditaran algunos extremos expuestos en dicha denuncia".

En ese sentido, comenzó por recordar que "(l)as presentes actuaciones tuvieron su génesis con una denuncia efectuada el 9de mayo de 2017, cuya ratificación en sede judicial tuvo lugar el día 12 de mayo de 2017 [...], en la que no solo se denunció que Mariano Sánchez de Loria llevaba a cabo actividades ilícitas inculadas al tráfico de estupefacientes – aportando datos que luego se verificaron como ciertos- sino que también se puso en conocimiento del juez instructor la existencia de amenazas por parte de Sánchez Loria, quien luego resultara imputado, hacia la persona del denunciante cuya identidad fue reservada".

Que en virtud de la información aportada por la persona denunciante, "(s)e dispuso en su oportunidad, a requerimiento fiscal, la realización de tareas de inteligencia por el término de veintiún días corridos tendientes a determinar la identidad del sujeto denunciado y si aquel se encontraba vinculado con las maniobras ilícitas denunciadas. En las mismas tareas de investigación se ordenó determinar la titularidad de los abonados telefónicos indicados, así como también la obtención de vistas fotográficas y registros fílmicos de la actividad denunciada, la existencia de cámaras tipo domo en los lugares en que se realizarían las acciones mencionadas y el seguimiento e interceptación de eventuales adquirentes de sustancias estupefaciente".

Que "(m)ediante el accionar policial, sí se pudo individualizar a la persona denunciada, su residencia en el domicilio indicado y la utilización de las líneas telefónicas señaladas por el denunciante –de las cuales, a la postre, quedara también acreditada su titularidad-. Los resultados reseñados, sin perjuicio de la imposibilidad de afirmar, a priori, la existencia de maniobras delictivas, permitieron dar credibilidad y cargar de veracidad al relato efectuado por el denunciante, ello en tanto los datos recabados resultaron contestes con la información aportada desde un principio".

Que"(r)ecién luego de acreditar la identidad de quien fuera identificado como Mariano Sánchez de Loria y corroborado su domicilio y las líneas telefónicas que utilizaba –que coincidían de forma plena con la denuncia- es que el juez instructor tomó la decisión de avanzar en la investigación incrementando la intensidad de la intromisión estatal en el ámbito de intimidad del nombrado, siempre teniendo como norte la gravedad del hecho investigado y la existencia de amenazas por parte del imputado hacia la persona que formuló la denuncia".

Seguidamente, advirtió que "(e)n el auto que dispuso la intervención de las comunicaciones telefónicas en la presente causa se ha, efectivamente, hecho remisión a circunstancias claras, concretas y precisas, como es la individualización de la persona señalada como autor de la potencial actividad delictiva, así como también su domicilio y las líneas que utilizaría, las que surgían de la denuncia efectuada bajo reserva de identidad en los términos previstos por el art. 34 bis de la ley 23.737".

Que "(f)ue, precisamente, la corroboración – mediante tareas investigativas- de dichas circunstancias las que determinaron el grado de sospecha razonable de la presunta comisión de un delito de gravedad y, a su vez, las que justificaron en este caso la intromisión en el ámbito de intimidad de los imputados".

A su vez, explicó que el presente caso no guarda similitud con el precedente "Quaranta" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 333:1674), invocado por la defensa.

Recordó que aquel antecedente jurisprudencial "(s)e trataba de un llamado anónimo recibido en sede policial en la que se informaba que una persona que utilizaría determinadas líneas telefónicas se dedicaría al comercio de estupefacientes. Así [...]con esa sola información, el fiscal de la causa solicitó la intervención de las líneas aludidas, lo que fue dispuesto seguidamente por el juez".

Y concluyó que "(e)n el sub examine, no se trató solo de una denuncia anónima recibida en sede policial sino más bien de una notitia criminis puesta en conocimiento de las autoridades judiciales por un apersona que ratificó sus dichos en sede judicial y que solicitó, deliberadamente, la reserva de su identidad".

Además, agregó que "(s)i bien es correcto afirmar que en un primer momento las tareas de campo no permitieron corroborar maniobras compatibles con alguna forma de tráfico de estupefacientes, también es cierto que mediante el accionar policial sí se pudo individualizar a la persona denunciada, su residencia en el domicilio indicado y la utilización de las líneas telefónicas señaladas por el denunciante".

Ahora bien, a fin de analizar la pretendida violación de las garantías constitucionales es dable memorar la reiterada doctrina de la Sala I de este Tribunal, según la cual lo sautos que disponen intervenciones telefónicas pueden fundarse en: a) el propio decisorio, si en él se desarrolla la argumentación sobre la cual reposa la medida; b) otra pieza procesal a la cual el auto se remite en forma inequívoca y en la que surjan con claridad los fundamentos que la avalan; c) las incontrovertibles constancias arrimadas al proceso con anterioridad al dictado del auto, siempre que este sea una derivación lógica de lo actuado hasta el momento (confr. los precedentes "Portillo, Julio César y otros s/ recurso de casación", c. n° 2576,reg. n° 3442, rta. el 17/4/00; "Seccia, Luis Felipe y otros s/ recurso de casación", c. n° 2572, reg. n°3398, rta. el 23/3/00; "Leiva, Carlos Ángel y otros/ recurso de casación", c. n° 2147, reg. n° 2783,rta. el 21/5/99, "Herrera, Héctor A. y otros s/recurso de casación", c. n° 4226, reg. n° 5223, rta. el 13/8/02, "Palacios, Alberto M. s/recurso de casación", causa n° 7876, Reg. n° 10.077, rta. el19/2/2007 y sus citas de la Sala I. También cfr. Sala IV: "FIORENTINO, Serafino Mateo s/recurso de casación" causa N° 12.301, reg. 527/12, rta. El16/4/2012; "DOLGONOS, Ricardo Walter s/recurso de casación" causa N° 13.695, reg. 15.900, rta.09/11/11 y Nº 14.934 "LUCCA, Rodolfo Osvaldo y otros/recurso de casación", reg. 2392/12, rta. 13/12/12,entre otras, y Sala II "Urquía, Justo Ramón y otros/ recurso de casación", del 28/2/97, reg. 1307/97).

En ese sentido, se pronunció la Corte Suprema en el precedente "Quaranta", el cual se trató específicamente sobre la fundamentación necesaria que debe contener una disposición que ordena una intervención telefónica(Fallos 333:1674).

En el antecedente de precedente cita, el más alto Tribunal de Justicia señaló que "(u)na orden de registro -domiciliario o, como en este caso, de las comunicaciones telefónicas a los fines de develar su secreto y conocer su contenido- solo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable (ver 'Yemal', disidencia del juez Petracchi, considerando 5° y sus citas, Fallos: 321:510)".

Para afirmar en ese caso la ausencia de los recaudos exigibles en la especie, se tomó encuenta que "(e)l juez no expresó en el auto de fs. 3 las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, tampoco remitió a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y, por último, ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada".

Se sostuvo puntualmente que "(l)o único con que se contaba a ese momento consistía, simplemente, en datos aislados y afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo -irrelevantes la mayoría de ellos a los fines del objetivo perseguido y meramente conjetural el único que podría tener algún interés para la causa[...]- los que resultan manifiestamente insuficientes para brindarle al juez una base sustancial, objetiva, que le permita determinar la existencia de una sospecha razonable".

Agregando que "(n)inguna investigación se encontraba en marcha en ocasión de disponerse la intervención ordenada a fs. 3, sino que esa medida de coerción puso en marcha una investigación judicial vulnerando derechos amparados constitucionalmente sin justificación conocida, revelándose así -una vez más- la falta de presupuestos para llevarla a cabo".

Expuestos entonces los lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales que rigen la cuestión debatida ad-

vertimos que las medidas cuestionadas fueron ordenadas al amparo de aquellos.

En efecto, el presente caso se inició por una notitia criminis puesta en conocimiento de las autoridades policiales por una persona que ratificó sus dichos en sede judicial y que solicitó la reserva de su identidad.A raíz de ella, personal policial llevó a cabo tareas de investigación las cuales permitieron corroborar los datos descritos en la denuncia, es decir que la persona denunciada era efectivamente Mariano Sánchez de Loria, que residía en el domicilio señalado y que las líneas telefónicas aportadas eran las utilizadas por el nombrado.

A partir de la verificación de aquellos datos, tomando en cuenta la gravedad del hecho investigado y la existencia de amenazas por parte del imputado hacia la persona que formuló la denuncia, el juez federal ordenó intervenir las comunicaciones de las líneas telefónicas en cuestión por el razonable término de siete días.

En tal sentido, del análisis del auto que dispuso la aludida medida de coerción -a la cual tuvimos acceso a través del sistema de gestión judicial LEX100-, coincidimos con el tribunal a quo en cuanto afirma que el juez de la fase de investigación se remitió a circunstancias claras, concretas y objetivas, como lo es la individualización de la persona señalada como autor de la potencial actividad delictiva, así como también su domicilio y las líneas telefónicas que utilizaría; circunstancias todas que surgían de la denuncia efectuada bajo reserva de identidad en los términos del art. 34 bis de la Ley 23737.

Sentado ello, corresponde remarcar que en el fallo "Quaranta" de la Corte Suprema invocado por la parte recurrente, el inicio de la investigación obedeció a una denuncia anónima, mientras que en el caso en estudio su origen fue inicialmente una notitia criminis con su consecuente ratificación ante sede judicial bajo reserva de identidad (art. 34 bis Ley 23737). Además, en aquel antecedente, la intervención telefónica fue la medida que puso en marcha la investigación judicial, cuando en la presente, primero se dispusieron una serie de tareas investigativas tendentes a confirmar los datos aportados por el denunciante y, una vez corroborados ellos, se ordenó la intervención de las comunicaciones privadas.

Con lo cual, toda vez que las actividades compatibles con la comercialización de estupefacientes se estarían llevando a cabo desde el domicilio de la persona imputada sito en la calle Arenales 1838, 3° piso, departamento "C" de esta ciudad, la intervención telefónica luce –dado el caso- como una medida proporcionada para proseguir con la investigación.

A esta altura del razonamiento, queda por demás evidenciado que la medida de coerción dispuesta no obedeció a una decisión antojadiza e inmotivada del juez instructor.

De lo reseñado precedentemente, se colige entonces que la orden de intervención telefónica cuestionada se encontró motivada por las actuaciones sumariales que las precedieron, a lasque el juez de intervención se remitió en forma expresa, y las que resultaron suficientes para convalidar su criterio.

Por todo lo expuesto, consideramos que la actuación del órgano jurisdiccional satisfizo los requisitos de motivación exigidos por los artículos 123 y 236 del CPPN, constituyendo las intervenciones telefónicas ordenadas un ejercicio proporcionado de las facultades investigativas otorgadas por el ordenamiento procesal a los jueces.

Por ello, de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Fallos: 307:1094y 312:2007, entre muchos otros), corresponde rechazar el planteo de nulidad de la orden que dispuso la intervención de las líneas telefónicas.

IV. Habremos de ingresar ahora al estudio de la cuestión sometida a conocimiento de esta Cámara, relativa a la errónea aplicación de la ley penal al haberse calificado la conducta de Sánchez de Loria como incursa en el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización cuando, según la defensa, las pruebas producidas durante el debate demuestran que debió ser subsumida en el párrafo segundo del art. 14 de la Ley 23737.

Sobre el punto, y tal como lo describe el tribunal a quo, vale la pena recordar que el 15 de diciembre de 2017, a las 5:15, Mariano Sánchez de Loria se encontraba en el domicilio sito en la calle Arenales 1838, piso 3, departamento "c", de esta ciudad y, en ese momento, tenía entre sus prendas de vestir la cantidad de 3,41 gramos de clorhidrato de cocaína.

Aquella tenencia de la sustancia estupefaciente quedó probada no solo por el hallazgo en poder de Sánchez de Loria, sino también por el acta de allanamiento del domicilio aludido, las fotografías y registros fílmicos del procedimiento, los informes periciales y los testimonios del Subcomisario Jorge Andrés Cerato y el testigo de actuación Clint Fernando Cruz Gallardo, quienes prestaron declaración testifical durante el debate.

A su vez, el tribunal a quo tuvo por probado que la tenencia de ese material estupefaciente tenía la finalidad de comercialización.

Para ello, tomó en consideración lo declarado en el debate por el testigo Cristian Rodríguez, quien aseguró que "(d)urante las tareas de inteligencia pudo percibir al menos ocho 'pasamanos' con sujetos que se acercaban a las inmediaciones del domicilio de Sánchez de Loria con quienes mantenía un breve contacto".

También, valoró los dichos del Oficial Mayor Norberto Núñez quien expuso que "(d)urante las tareas de inteligencia llevadas a cabo en el domicilio de la calle Arenales, advirtió que pasaban vehículos, a los que Sánchez de Loria se aproximaba y les hacía entrega de elementos a cambio de dinero".

Además, tomó en cuenta las cosas halladas en el hogar del imputado, entre ellos, una balanza de precisión y material de corte y fraccionamiento -cilindros plásticos de pequeño tamaño- usualmente utilizado para acondicionar la sustancia estupefaciente para su posterior venta.

Finalmente, para completar el plexo probatorio que le permitió tener por configurada la ultraintención requerida por la figura penal, el a quo ponderó el resultado de las intervenciones telefónicas.

En ese sentido, destacó que "(l)a intervención telefónica del abonado nro. 15-3320-6168 de titularidad de Sánchez de Loria se desarrolló durante casi cuatro meses -desde el día 22 de agosto hasta el 14 de diciembre, ambos de 2017-revelando, en todos los casos, conversaciones vinculados con la actividad de comercio a la que se viene haciendo referencia. La perduración en el tiempo de dichas maniobras da muestra de la habitualidad con que eran desarrolladas".

Así, detalló que en aquellas comunicaciones "(s)e eludía la denominación de las sustancias que les olicitaban mediante el uso de eufemismos o palabras descriptivas tales como, 'flores', 'tubitos' o 'los folios' o expresiones tales como 'trae el ramo -de flores- bien armado' o 'la misma del otro día', entre otras", y que tanto Sánchez de Loria como los solicitantes hacían mención del valor y la calidad de la droga.

En vista de tales circunstancias, la cuestión se centra en determinar si asiste razón a la defensa pública oficial en cuanto sostuvo que el caso bajo examen se ajusta a los lineamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re:"Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080", A.891.XLIV, rta. el 25 de agosto de 2009.

En punto a ello, es importante recordar que la posesión de tóxico prohibido para autoconsumo requiere como necesario, además del componente objetivo tenencia, otro subjetivo o tendencial derivado de la acreditación de un inequívoco destino de uso propio por parte del tenedor, el que debe verificarse por medio de dos cuestiones, una cuantitativa (la "escasa cantidad") y otra cualitativa ("las demás circunstancias" del evento)-cfr. causa "Vila, Juan Carlos s/ recurso de casación", reg. nº 515.97.3 de la Sala III de esta CFCP, rta. el 28/11/1997-.

Adentrándonos entonces al caso en estudio, es dable destacar, tal como lo hiciera el tribunal de la anterior instancia, que la finalidad de comercialización de la sustancia estupefaciente secuestrada fue confirmada no solo a partir del material incautado en poder de Sánchez de Loria al momento de allanar su domicilio, sino que también a partir de las tareas de inteligencia realizadas en las inmediaciones de su morada y de las conversaciones telefónicas que el nombrado mantuviera con sus clientes.

En efecto, los judicantes ponderaron, en primer término, que Sánchez de Loria tenía en su poder 3,41 gramos de clorhidrato de cocaína y que en su casa se encontraron una balanza de precisión y elementos de corte y fraccionamiento usualmente utilizados para preparar la sustancia estupefaciente para su posterior venta.

En segundo lugar, tomaron en consideración que personal policial declaró haber observado al menos ocho "pasamanos" entre el imputado y personas que se acercaban a su domicilio de la calle Arenales, los que, tras mantener un breve contacto, les hacía entrega de "algo" a cambio de dinero.

Como tercer elemento, valoraron el resultado de la intervención de las líneas telefónicas, del cual se desprende que el nombrado conversaba con sus clientes sobre el precio y la calidad de la droga y coordinaba los encuentros para realizar la compra venta.

Por otro lado, y respecto a lo argumentado por la defensa de Sánchez de Loria en cuanto a su condición de asiduo consumidor de estupefacientes, vale resaltar que el a quo sostuvo que "(n)o descartamos que Sánchez de Loria haya sido o sea consumidor habitual de sustancias como las investigadas: ello surge no solo de lo mencionado a momento de su declaración indagatoria sino también de los informes periciales del Cuerpo Médico Forense y del análisis del contenido de las escuchas [...] sin embargo, no conmueve el análisis global de la prueba colectada que nos convence de la responsabilidad del incuso por la tenencia con fines de comercialización del material habido en tanto no se trata de dos circunstancias excluyentes: el nombrado puede ser adicto a los psicotrópicos y, asimismo, realizar de forma simultánea

o alternativa aquellas maniobras delictivas que excedan su consumo".

Así las cosas, y tomando entonces en consideración no solo la sustancia estupefaciente secuestrada (3,41 gramos de clorhidrato de cocaína), la balanza de precisión, los elementos de corte y fraccionamiento, sino también las circunstancias probadas en autos que rodearon la imputación de Sánchez de Loria (conversaciones telefónicas y 'pasamanos' en las inmediaciones de su domicilio),podemos afirmar que no le asiste razón a la defensa en tanto no es verosímil y contrario al plexo probatorio que Sánchez de Loria tenía en su poder esa cantidad de estupefaciente para consumo personal.

Descartadas, por tanto, las versiones exculpatorias al resultar inverosímiles a la luz de la prueba de cargo recabada durante el juicio, podemos afirmar, sin lugar a dudas, que el propósito de la sustancia estupefaciente no era su consumo personal.

Por ello, este agravio también habrá de ser rechazado.

V. Por lo expuesto en los párrafos precedentes, proponemos al Acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de Mariano Sánchez de Loria, con costas en la instancia (arts. 456, 470, 471 -a contrario sensu-, 530, 531 y ccds. del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal.

La doctora *Figueroa* dijo:

I. Coincido, en lo sustancial, con el voto del Dr. Barroetaveña, y en tal sentido estimo acertados los argumentos que el colega expone para afirmar la validez de la sentencia recurrida, en tanto en ella se han rechazado de modo fundado las nulidades planteadas por la defensa del encausado Sánchez de Loria y, asimismo, se ha efectuado una correcta valoración de las pruebas colectadas, tanto para acreditar la responsabilidad del imputado por el hecho por el que fuera acusado como para fundar la calificación legal en la que dicho comportamiento se subsume.

Al respecto –y en lo atinente al agravio referido al desarrollo del juicio oral a través del sistema de videoconferencia-, se advierte ante todo que la defensa no invoca -y mucho menos funda- la concurrencia de un perjuicio real, y ello surge de su propio planteo, pues esta señala en su recurso que es "muy difícil puntualizar cuál es el menoscabo concreto al derecho de defensa cuando el problema no es una conducta particular o un acto en concreto, sino que está en todo el contexto, o el escenario y la cuestión, por otro lado, es bastante contra fáctica". Y agrega al respecto: "es muy probable que un testigo hubiese declarado de otro modo, que un juez hubiese debido apreciar sus dichos de otra manera, o que otras hubiesen sido nuestras preguntas". En estos términos, el planteo sella su propia suerte, pues el recurrente acepta que no existe caso o controversia con respecto a la cuestión, y menos aún que ello pueda estar vinculado con la garantía de defensa en juicio.

Por otra parte, la realización del juicio del modo en que se llevó a cabo tuvo sustento, por un lado, en la situación de pandemia y las limitaciones que de ella derivan en virtud de razones de salud pública, y por otro, en la garantía que tiene toda persona sometida a proceso a ser juzgada en un plazo razonable, máxime si se tiene en cuenta que a la fecha del juicio -y conforme señala el tribunal a quo- el encausado Sánchez de Loria llevaba más de dos años detenido preventivamente.

Asimismo -y tal como lo señala el colega que me antecede en la votación- el juicio llevado a cabo en circunstancias como la de autos cumple con las exigencias de oralidad y publicidad (art. 363 CPPN), y deriva de las diversas decisiones adoptadas por la CSJN y esta CFCP para mantener la prestación del servicio de justicia en la situación excepcional generada por la pandemia, medidas que tienden a buscar un equilibrio entre el adecuado funcionamiento del Poder Judicial de la Nación y el cumplimiento de las disposiciones del Poder Ejecutivo Nacional relativas al distanciamiento social, preventivo y obligatorio establecido.

Cabe agregar, en lo atinente a ello, que si bien en las resoluciones de esta CFCP se previó la posibilidad de oposición de las partes a la realización de algún acto procesal mediante medios digitales, se estableció asimismo que dicha manifestación negativa debía ser fundada y razonable (cfr. p. ej., Acordada 10/2020 CFCP), requisito que no concurre en el presente caso sometido a control jurisdiccional.

II. En cuanto al agravio vinculado con la pretendida nulidad de las intervenciones telefónicas, el planteo resulta análogo a aquel que el recurrente presentara en la instancia anterior y que fuera adecuadamente rechazado en la sentencia recurrida, en la que se destaca asimismo que dicho planteo "resulta una mera reedición de aquel introducido durante la instrucción de los presentes actuados, el cual fuera oportunamente resuelto de forma negativa por la Sala nro. II de la Cámara Criminal y Correccional Federal".

En lo atinente a la cuestión bajo análisis, resulta oportuno recordar que el derecho a la intimidad se encuentra debidamente resguardado en los artículos 1, 18, 19, 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, 12 de la Declaración Universal de los Derechos Hu-

manos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que su custodia por parte del Poder Judicial de la Nación deviene imprescindible para no vulnerar una de las garantías básicas del Estado Moderno frente a la pretensión represiva estatal.

Al respecto tiene dicho D'Álbora que: "Por de pronto quien practica la pesquisa puede olvidar el apotegma del proceso penal inherente a un Estado de Derecho: es válido investigar hechos para determinar quiénes son los responsables; en vez, resulta írrito proceder a la inversa e investigar a un particular para cerciorarse si incurrió en algún episodio reprensible" -D'Albora, Francisco. Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, comentado y concordado. Tomo I, Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2005, pág. 521-.

Este criterio ha sido sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Q. 124. XLI., "Recurso de hecho deducido por la defensa de Carlos José Quaranta en la causa Quaranta, José Carlos s/inf. ley23.737 -causa nº 763-", rta. el 31/08/10, considerandos 18, 19, 20 y 21. Allí sostuvo el Máximo Tribunal en cuanto al derecho a la intimidad y la medida prevista en el artículo 236 del C.P.P.N.: "Que tal derecho federal solo es realizable de modo efectivo restringiendo ex ante las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él, sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia esta última que se deriva del mismo artículo 18 de la Constitución Nacional. Solo en este sentido puede asegurarse que los jueces, como custodios de esa garantía fundamental, constituyen una valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal, pues, si su actuación solo se limitara al control ex post, el agravio a la inviolabilidad de este derecho estaría ya consumado de modo insusceptible de ser reparado, ya que la Constitución no se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma (ver en análogo sentido "Torres" -disidencia del juez Petracchi- Fallos: 315:1043)... Que, de tal modo, si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido formulado por aquellas y estuviesen facultados a expedir las órdenes sin necesidad de expresar fundamentos, la intervención judicial carecería de sentido pues no constituiría control ni garantía alguna -ver "Matte" Fallos: 325:1845 y su cita-. Esa es la inteligencia que, por otra parte, acuerda el Código Procesal Penal Nacional, al establecer que la resolución del juez que ordene la intervención judicial deberá ser siempre fundada (ver art. 236 del Código Procesal Penal de la Nación)...".

Ahora bien, por otra parte, cabe señalar que respecto a las nulidades lleva dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que "la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia" (in re "Castro Roberts, Óscar Alberto s/ Robo de Automotor en concurso real con tentativo de Robo -causa nº 8786- rta. el 15/11/88, fallos 311:2337).

Los principios de conservación y trascendencia, este último plasmado en la antigua máxima "pas de nullitésansgrief", impiden la aplicación de dicha sanción si el acto atacado logró su finalidad, y si no se verifica un perjuicio que deba ser reparado.

En base a lo expuesto, en el caso, tal como lo sostuvo el voto que lidera el acuerdo, los planteos de la defensa son –como se dijo- una reedición de aquellos efectuados en el debate, los que fueron despejados correctamente por parte del tribunal en la sentencia.

En efecto, el tribunal a quo sostuvo que las intervenciones telefónicas fueron ordenadas de acuerdo a las formalidades procesales y las facultades legales previstas por el ordenamiento penal.

Concretamente, el tribunal de previa intervención destacó que la causa no tuvo origen en una mera denuncia anónima efectuada de forma remota por una persona que no informó su identidad, sino que, por el contrario, "se trata de una persona que ha preferido mantener reservada su identidad –la cual pudo ser constatada por las autoridades judiciales- a fin de salvaguardad su integridad (art. 34 bis de la ley 23.737)". Refirió seguidamente que a partir de esa notitia criminis, se dispusieron medidas de seguimiento e investigación que si bien no permitieron detectar posibles acciones vinculadas con el tráfico de estupefacientes, permitieron no obstante "individualizar a la persona denunciada, su residencia en el domicilio indicado y la utilización de las líneas telefónicas señaladas por el denunciante -de las cuales, a la postre, quedara también acreditada su titularidad-".

Puntualizó asimismo que "sin perjuicio de haber transcurrido tres meses desde el inicio de la investigación hasta que se dispuso la intervención del referido abonado telefónico, no es cierto que se hayan practicado tareas de inteligencia durante todo ese lapso sino que, las mismas, tuvieron lugar, concretamente, veintiún días en los cuales el personal policial se constituyó en las inmediaciones del domicilio denunciado solo en cinco oportunidades", y que "el limitado tiempo durante el cual se ordenó la intervención -tan solo siete días- da cuenta de la mesura con que se adoptó tal criterio, la cual, incluso, guarda relación de proporcionalidad con el resto de las medidas menos invasivas adoptadas previamente".

Finalmente, el tribunal *a quo* explicó razonadamente por qué el presente caso difiere sustancial-

mente del precedente "Quaranta" de la CSJN, antes citado y analizado.

III. En lo que respecta al agravio que la defensa pretende vincular con la errónea aplicación de la ley penal, pues –en su idea- el comportamiento del encausado Sánchez de Loria debió ser subsumido en la figura prevista por el art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737, coincido también con el Dr. Barroetaveña en el rechazo del mismo.

En tal sentido, el planteo de la defensa resulta sesgado y desatiende diversos elementos probatorios determinantes que permitieron al tribunal de la instancia anterior fundar de modo razonable la calificación del hecho objeto de condena bajo la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5, inc. c, de la ley 23.737).

Con respecto a ello, en el voto que lidera el acuerdo se explican en detalle y de modo adecuado las probanzas agregadas a la causa que están directamente vinculadas con la cuestión. Así, las tareas de inteligencia, que permitieron advertir diversas maniobras de "pasamanos" con directa intervención del imputado Sánchez de Loria; el secuestro de cocaína, una balanza digital y elementos de corte en el domicilio del nombrado; y el resultado de las escuchas telefónicas practicadas en autos, de las que surgen conversaciones relativas a la comercialización de estupefacientes.

En cuanto a esto último –y como indica la experiencia en este tipo de casos-, se han detectado comunicaciones que pretenden ser socialmente adecuadas, pero que en realidad son utilizadas por las personas involucradas en este tipo de hechos para transmitir datos relativos a operaciones de narcotráfico.

Así, a las ya citadas por el juez que lidera el acuerdo, pueden agregarse a modo de ejemplo las siguientes:"Llamada nro. 3 del abonado nro. 11-44019133 de fecha 23/8/2017, a las 4:34 horas; 'Atiende Mariano' y '...una voz masculina le dice que quiere tres bien armados', a lo que 'Mariano' responde que 'está yendo ahora a Puerto Madero' y que lo espere en veinte minutos" (...) "23/8/2017, a las 11:47 horas; 'Atiende Mariano, responde un masculino (Luciano) le dice que la del otro día estaba seca, medio apelmazada, la del otro día, parecía una tiza de pizarrón, que nada que ver que la primera, Mariano dice que por qué no le avisó antes' (...)". (...) "fecha 26/8/2017; 'Atiende un masculino, responde Mariano, el masculino interesado dice que si tiene la misma mercadería u otra? El masculino investigado dice que hay nuevo, en cuanto venís?, Y cuánto querés? El comprador dice que la de la otra vez no era buena, y que en quince minutos va, que quiere tres kilos'". (...) "fecha 18/9/17,(...) 'Mariano' atiende a una persona con voz masculina que le pregunta '¿Todo bien? ¿Cómo fue eso?' a quien el receptor le responde que 'sí, está bueno' y cuando la otra persona le pregunta si quiere más Mariano señala que 'Sí, pero ahora no porque tiene que recaudar, que en dos días quiere'".

IV. Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de Mariano Sánchez de Loria, con costas (arts. 456, 470, 471 -a contrario sensu-, 530, 531 y cdes. del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Petrone* dijo:

Que por compartir, en lo sustancial, las consideraciones vertidas por los colegas que me preceden en la votación, y a fin de no extenderme en demasía sobre cuestiones que ya han sido objeto de un pormenorizado y exhaustivo tratamiento en las ponencias anteriores, adhiero a la solución propuesta por el doctor Diego G. Barroetaveña, la que resulta análoga a aquella propiciada por la doctora Ana María Figueroa, y expido mi sufragio en igual sentido.

En mérito al Acuerdo que antecede, el Tribunal *Resuelve:*

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de Mariano Sánchez de Loria, con costas en la instancia (arts. 456, 470 y 471 -todos ellos *a contrario sensu*-; 530, 531 y ccds. del CPPN).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial –CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ana M. Figueroa*. — *Daniel A. Petrone*. — *Diego G. Barroetaveña*.

LIBERTAD CONDICIONAL

Informes desfavorables al pronóstico de reinserción social. Rechazo. Recurso de casación. Discrepancias valorativas. Inadmisibilidad.

1. — La defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que permita hacer excepción a dicho principio general, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre

la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el a quo consideró relevantes para rechazar la solicitud de libertad condicional de la condenada mencionada. Corresponde recordar que el rechazo al pedido efectuado tuvo lugar debido a los informes desfavorables efectuados por las distintas áreas del lugar donde la acusada se encuentra detenida.

2. — El recurso de casación contra la resolución que rechazó el pedido de libertad condicional efectuado por la imputada es inadmisible, ya que las discrepancias valorativas expuestas por el impugnante, amén de demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad, en los graves defectos del pronunciamiento, o en alguna cuestión federal.

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 17/09/2021. - Mendieta, Ramona Carmen s/ incidente de libertad condicional.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141836/2021]

Expte. n° CFP 001378/2018/TO01/2/1/CFC002

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

I. Que en fecha 27 de enero de 2021 el Juez Daniel Horacio Obligado del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 8, con competencia en materia de ejecución, resolvió: "I. DECLARAR en el presente legajo de ejecución LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 14, 2da. párrafo, inciso 10, del Código Penal, en cuanto veda la concesión del beneficio de la libertad condicional a los condenados por la comisión de los delitos contemplados en los arts. 5, 6, y 7 de la ley 23.737. II. RECHAZAR el pedido de incorporación al régimen de libertad condicional solicitada por la defensa de RAMONA CARMEN MENDIETA (art.13 CP)..." (el resaltado corresponde al original).

II. Contra lo resuelto en el punto I de aquella sentencia interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad la representante del Ministerio Público Fiscal –Dra. Guillermina García Padín-; y contra lo dispuesto en el punto II de la misma, la defensa oficial de Ramona Carmen Mendieta –Dr. Rubén Darío Saggiorato- dedujo recurso de casación. Ambas impugnaciones fueron concedidas por el tribunal a quo en fechas 12 y 23 de febrero de 2021 –respectivamente-.

III. a. La Fiscal General a cargo de la Unidad Fiscal de Ejecución Federal encuadró sus agravios en los artículos 456, 474 y 491 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación –CPPN-, argumentando que "...si bien en esta oportunidad el Sr. Juez de ejecución resolvió rechazar el pedido de incorporación al régimen de libertad condicional, la decisión que declara inconstitucional una norma que se venía aplicando en el marco del tratamiento individual de Mendieta, modifica la pena impuesta en forma cualitativa de aquí en adelante...".

Que "...deviene necesario restaurar el régimen de ejecución que el legislador previó para el cumplimiento de las penas impuestas por delitos como el aquí bajo estudio...".

Refirió que "la resolución atacada se aparta de las previsiones legales, desoyendo o desatendiendo la interpretación armónica del cuerpo normativo, extremo que amerita la intervención de este Ministerio Público conforme lo establece el art. 120 C.N...".

Continuó manifestando que "...también es admisible el recurso de inconstitucionalidad, pues se articula en los términos de los arts. 474 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación, en tanto el Sr. Juez a cargo de la ejecución de la condena cuestionó la constitucionalidad de una ley -art. 14, segundo párrafo, inciso 10, del C.P. que, en rigor de verdad, es absolutamente válida en términos constitucionales, y el auto que dictó en consecuencia, con vicio in iudicando, fue contrario a la pretensión de esta parte recurrente, quien tiene un interés directo en el justo restablecimiento de la validez de la norma a tenor del art. 120 de la Carta Magna y Leyes 24.946 y 27.148 que ponen en cabeza de la suscripta el deber funcional de velar por la defensa de la legalidad y del debido proceso legal...".

En concreto que "considera que el pronunciamiento judicial que se impugna incurre en vicio in iudicando al declarar la inconstitucionalidad de una norma penal -art. 14, segundo párrafo, inciso 10 del Código Penal- cuando a criterio de esta Fiscalía, su validez constitucional resulta plena, en los términos del art. 474 del C.P.P.N., en tanto la resolución impugnada constituye un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso, la resolución impugnada es arbitraria...".

Así, dijo que "en materia de interpretación de la ley: cuando la ley es clara, precisa y revela sin lugar a duda la intención del legislador, no corresponde avanzar en una interpretación que contradiga su letra expresa, excepto que repugne de manera flagrante al sistema constitucional...".

Respecto al caso, argumentó que "...como se verá, el argumento fundante de la decisión recurrida es meramente asertivo y no expone las razones concretas por las cuales en el caso bajo análisis se vulnera el ´derecho de resocialización´ de MENDIETA y se afecta la progresividad de la pena que le fue impuesta...".

Que "dichas afirmaciones no explicitan el motivo por el cual, ante una condena a pena de prisión temporal, la salida en libertad luego del agotamiento de la pena vulnerará la reinserción social de MENDIETA, solo porque no se le concedió la libertad condicional. Más aun, cuando el legislador ha previsto un régimen de libertad anticipada específico para las personas condenadas por los delitos enumerados en el art. 14 del CP. Se trata del denominado "régimen preparatorio para la liberación", contenido en el artículo 56 quáter de la Ley 24.660 (versión ley 27.375)..." (el resaltado pertenece al escrito original).

Agregó que "(l)a ausencia de fundamentación es evidente desde que el decisorio no esclarece el sentido y alcance asignados a los términos ´readaptación´ y ´reforma ´ de raigambre constitucional y convencional cuya afectación alega, de cara al examen completo del régimen legal previsto por la reforma de la Ley 27.375...".

Manifestó que "tal como se desprende de los términos del resolutorio en crisis, nada de esto aparece fundado, ya que se afirma, pero no se demuestra, un deber del Estado de establecer previsiones legales que permitan a los condenados a penas de prisión acceder a formas de libertad anticipada, sin siquiera detenerse a analizar las disposiciones contenidas en el artículo 56 quater de la ley 24.660 y sus consecuencias de cara al agravio constitucional presentado...".

Así concluyó que "...el diseño del art. 14, inc. 10, del Código Penal responde a razones de política criminal ajenas al control judicial y no advirtiéndose incompatibilidad manifiesta e inequívoca con precepto constitucional alguno; considerando que lo decidido por el Sr. Juez a cargo de la Ejecución Penal carece de fundamentos atendibles y solo esboza sus propias convicciones sobre criterios de política criminal" por lo que "solicit[ó] que la Cámara Federal de Casación Penal revoque la declaración de inconstitucionalidad del inciso 10 del artículo 14 del Código Penal, según reforma introducida por la Ley 27.375, y, en consecuencia, restaure su validez constitucional (art. 474 C.P.P.N.)...".

Hizo reserva del caso federal.

b. Por su parte, la defensa pública oficial de Ramona Carmen Mendieta, encauzó su recurso de casación en los términos de ambos incisos del art. 456 del CPPN, "por transgresión a los principios de legalidad, igualdad, culpabilidad, 'pro hómine', 'pro libertatis', reinserción social y judicialización...". Además, que "...es arbitrario y adolece de motivación aparente, por violación al derecho de defensa y el debido proceso legal, que lo descalifica como acto jurisdiccional válido...".

Sostuvo que "(c)onforme el cómputo de pena practicado oportunamente, mi defendida cumplió holgadamente privada de su libertad el lapso exigido por el art. 13 del Código Penal... posee actualmente conducta ejemplar , lo que demuestra, desde una mirada integral, la sujeción a las normas que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento, es decir, aquellas disposiciones que deben ser acatadas de manera obligatoria no presenta estos obstáculos, ya que no fue declarada reincidente ni se le revocó una libertad condicional anterior. Tampoco registra causas en trámite donde interese su detención y/o condenas pendientes de unificación...".

Que "si bien los miembros del Consejo Correccional se expidieron de manera negativa para la incorporación de la nombrada al régimen de libertad condicional, esta defensa demostró que dichos informes penitenciarios resultaban, a todas luces, infundados, pues se sustentaron – exclusivamente- en cuestiones relativas a la trayectoria vital previa a la detención de mi asistida. En particular, en torno a la vulnerabilidad que reviste desde su infancia, que, como es sabido, requiere ser tamizada por su desempeño intramuros, al momento de analizar la viabilidad del instituto los informes confeccionados por la autoridad penitenciaria en los cuales se basó el magistrado para fundar el rechazo de libertad son arbitrarios y no evidencian elementos objetivos que justifiquen el pronóstico desfavorable de reinserción social...".

Agregó que "la valoración realizada en sede judicial resultó parcial toda vez que los objetivos impuestos a mi defendida están siendo cumplidos pues está llevando a cabo favorablemente las actividades y pautas fijadas por la administración... Que al analizar los informes administrativos, único argumento utilizado para rechazar la incorporación de mi asistida al régimen de libertad condicional, se logra advertir con meridiana claridad que estos no cuentan con la entidad suficiente como para superar el análisis jurisdiccional en función de los principios consagrados en nuestra Constitución Nacional y en la Ley 24.660...".

En ese sentido, explicó que "el Servicio Criminológico se limitó a exponer como factores negativos aquellos vinculados a los antecedentes de consumo de estupefacientes y al contexto de vulnerabilidad y pobreza en el que se encontraba inserta mi defendida en forma previa a su detención... está claro que el dictamen de la División Criminológica se vio condicionada por la historia de vida de mi defendida y sus problemas de consumo de estupefacientes. Sin embargo, la realidad es que la normativa vigente no permite realizar apreciaciones subjetivas ni mucho menos juzgar a las personas por su personalidad, sino que es necesario recolectar elementos objetivos y contundentes que permitan evidenciar un pronós-

tico desfavorable. En este sentido, las cuestiones que hacen a su vulnerabilidad social y sanitaria previa, no solo no pueden ser tenidas en cuenta en este momento, sino que por el contrario debían ser consideradas especialmente a su favor pensando el avance que experimentó durante su detención...".

Continuó "no podemos nunca perder de vista que en nuestro ordenamiento jurídico penal rige el principio de derecho penal de acto, y no de autor. Dicho de otra forma, los jueces, como representantes del poder punitivo del Estado, pueden juzgar a un individuo por lo que hizo, no por lo que es, ni mucho menos por lo que se supone que puede hacer en el futuro corresponde mencionar que las falencias del Servicio Penitenciario para acreditar avances en mi defendida no pueden luego ser reprochadas solo a ella. Como modo de ejemplo, en cuanto al aspecto educativo, en nada se ha informado sobre el ofrecimiento de herramientas y abordajes específicos vinculados con la alfabetización en el caso concreto, lo que expone –por lo menos- un abordaje deficiente por parte de la agencia penitenciaria...".

Que "es menester ponderar los avances significativos en el Programa de Tratamiento Individual asignado a mi defendida Mendieta, al igual que su ajustada adhesión a los reglamentos carcelarios. Ello, por encontrarse reunidos suficientes elementos favorables puestos en conocimiento por las diferentes áreas que integran el Consejo Correccional, siendo necesario valorar objetivamente la información vertida en cada informe técnico a la luz de los principios ´pro homine´ y ´pro libertatis´ de raigambre constitucional...".

Refirió que "...también se advierte una problemática económica, emocional y social que transitó mi defendida desde temprana edad, por lo que es evidente que la Sra. Mendieta se encuentra en una clara situación de vulnerabilidad y que si bien ello debió ser considerado para trazar las líneas de su tratamiento penitenciario, no pueden ser los motivos para el rechazo de una libertad condicional, en particular si cumplió con las metas asignadas...".

Que "...en el caso particular de mi defendida los principales motivos que fundaron el rechazo de su incorporación al régimen de libertad condicional tienen que ver con esta particular situación de vulnerabilidad social, económica y sanitaria. Es decir, que las carencias sociales y afectivas, así como las problemáticas sanitarias y el historial de victimización sufridas durante su infancia, han sido utilizadas –de manera muy manifiesta- en sentido negativo para rechazar su libertad, lo cual resulta inaceptable en un Estado Democrático de Derecho...".

"A mayor abundamiento, a la hora de analizar el presente caso, lo que tampoco fue siquiera mencionado por V.E., es necesario incorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional. De modo que, la respuesta judicial tenga en cuenta los distintos contextos y condiciones que potencian la vulnerabilidad como edad, precariedad económica, historial de victimización por violencia sexual, condición cultural como persona analfabeta, temprana institucionalización, situación de calle y problemáticas de salud, entre otras...".

Continuó argumentando que "...lo que se intenta es que la vulnerabilidad múltiple que acarrea mi asistida, sea el reverso de la adopción por parte del Estado de medidas específicas dirigidas a revertir su situación de desventaja mediante un enfoque inclusivo y de reinserción social. Es decir, una respuesta diametralmente opuesta a la determinada por el endurecimiento en el régimen de ejecución de la pena y al rechazo de su incorporación a la libertad condicional...".

Además que "...adoptar esta perspectiva nos permite verificar la ausencia de razonabilidad en la aplicación de las restricciones previstas en el régimen de ejecución de la pena sometido a examen. En el caso, no solo no concurre la gravedad del hecho motivo de la condena, sino que además resulta imposible prescindir del contexto previo de vulnerabilidad extrema de mi asistida, así como las consecuencias de una interpretación restrictiva de la ley, que implicará potenciar la vulnerabilidad...".

En lo que hace a las calificaciones obtenidas, dijo que "queda claro que si afirmamos que la calificación de concepto le impide a mi asistida recuperar su libertad, estaríamos concluyendo que no cumplió con un grado determinado de evolución dentro del régimen de progresividad penitenciaria que alcance para su reinserción favorable fuera del establecimiento penitenciario, lo cual resultaría injusto si tenemos presente que quien nos ocupa denota adecuada adaptación a las normativas intramuros, cuenta con espacio habitacional y referente sólidos, se encuentra comprometida con el tratamiento terapéutico individual y regular que podría continuar extramuros. De modo que, estas conllevan a que la calificación de concepto no resulte ilustrativa para demostrar el desenvolvimiento de mi defendida en el programa de tratamiento, y resultan ajenas al cumplimiento de objetivos alcanzados dentro del PTI...".

Que "así las cosas, quien nos ocupa, desde su ingreso al establecimiento penitenciario, no registró sanciones disciplinarias. Además, se encuentra alojada en el pabellón n° 23 desde el 6 de enero de 2018, lo que da cuenta de su baja conflictividad y, conforme se

informó, denota adecuada adaptación a las normativas intramuro".

Concluyendo la impugnación, expresó que "...se evidencia en el decisorio en crisis la falta de valoración integral, coherente y razonable de los datos consignados en el informe practicado por el Consejo Correccional del CPF IV... Los argumentos del resolutorio se tornan difusos puesto que resulta sumamente difícil aventurar la existencia de un pronóstico de reinserción desfavorable en base criterios de peligrosidad en abstracto sin vulnerar principios de orden constitucional y los más elementales fundamentos que deben prevalecer durante la ejecución de la pena, en la afectación más prístina de los principios de culpabilidad, igualdad, legalidad, reinserción social, progresividad de la pena y los postulados del Derecho Penal de Acto podemos afirmar que los motivos utilizados para justificar la denegatoria no resultan suficientes para aventurar un pronóstico desfavorable y se basan exclusivamente en criterios de peligrosidad en abstracto...".

Finalizó expresando que "...lo contrario implicaría violentar los principios ´pro homine´ y ´pro libertatis´, íntimamente ligados al de legalidad -consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional- por medio de los cuales se debe realizar la interpretación más amplia o extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente cuando se trata de restricciones permanentes a su ejercicio..."

"Así las cosas, se desprende claramente y, sin lugar a duda, que la resolución que aquí se ataca carece de la fundamentación que exige el art. 123 de la C.P.P.N...".

También hizo reserva del caso federal. IV. Frente al escenario precedentemente expuesto, se fijó audiencia en los términos del art. 465 bis del CPPN, oportunidad en la que ambas partes realizaron presentaciones. a. En primer lugar, el Fiscal General Javier Augusto De Luca desistió del recurso interpuesto por la representante de ese Ministerio Público de la instancia anterior, argumentando que la resolución recurrida tiene fundamentos suficientes en los hechos y en el derecho aplicable que, "al margen de su acierto o error, le dan sustento como acto jurisdiccional. No se advierte la presencia arbitrariedades ni vicios de logicidad. Por esas razones, y otras que expondré a continuación, en este caso no voy a acompañar a la fiscal recurrente". Opinó que "la Ley Nº 27.375 introdujo modificaciones al régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad regulado en la Ley Nº 24.660... el problema no versa sobre la potestad discrecional del legislador de imponer una escala penal más alta para determinados delitos que considera más graves que otros, ni radica en la potestad de los jueces de escoger determinado monto punitivo en los casos concretos, sino de que el mayor lapso de ejecución de la pena de prisión deriva de otras disposiciones que privan del derecho a la libertad condicional (o salidas transitorias) a unos condenados por delitos que fueron individualizados como igualmente graves que los de otros penados, a quienes sí se les concede, y sin atender su conducta intramuros, lo cual deviene imperativo por el principio de jerarquía constitucional de readaptación social de las penas (art. 5°, inc. 6º, Convención Americana sobre Derechos Humanos) ...".

Que "...se viola el principio de igualdad en la etapa de la ejecución de la pena de prisión, pues a distintos autores que se les ha asignado la misma pena, se les depara diverso tratamiento penitenciario. Ello genera una inconstitucionalidad por omisión de observar el citado principio de jerarquía constitucional de reinserción social...".

Continuó refiriendo que "...la colisión es con los principios constitucionales de igualdad (art. 16 CN), y progresividad y reinserción de las penas (art. 5°, inc. 6, CADH), porque la consecuencia punitiva más gravosa (de vedar la aplicación del estímulo educativo, no acceder a las salidas transitorias y luego, a la libertad condicional en los plazos generales, después de haber observado los reglamentos carcelarios), no se corresponde con su comportamiento durante su ejecución...".

En resumen, dijo que "...la reforma mencionada introducida por la Ley Nº 27.375, vulnera los principios antes mencionados. Pues, la restricción legal de acceder a los beneficios comprendidos en el período de prueba con el solo fundamento del nombre del delito cometido, que tiene la misma pena (gravedad del hecho) que otros delitos que no están excluidos del régimen general, y obtura la consideración en el caso concreto del fin esencial de resocialización de la pena privativa de libertad".

Que "...en el caso en estudio se agravó la respuesta punitiva hacia Mendieta, no por el hecho cometido ni por las calidades personales de la persona involucrada en él, ni por su comportamiento con posterioridad al hecho y su reproche, sino por el nombre del delito por el que fue penado...", motivo por el cual "...y en orden a las facultades que me confiere el artículo 443 CPPN, desisto del recurso de casación interpuesto por el representante del Misterio Público Fiscal...".

En otro orden de ideas, dijo, "...en relación al recurso de casación presentado por la defensa... debe ser declarado inadmisible en tanto en la resolución impugnada consta que, ´en el caso en análisis no se encuentran verificados la totalidad de lo normado en el art. 13 del Código Penal, toda vez que, si bien la causante desde su reingreso ha observado con re-

gularidad los reglamentos carcelarios, al momento y dentro del presente contexto posee un guarismo conceptual correspondiente a REGULAR CUATRO , del cual se infiere un pronóstico de reinserción social desfavorable´...".

Que "de la lectura de esa norma, surge clara la improcedencia de la concesión del beneficio peticionado a Mendieta, por cuanto los informes técnico-criminológicos citados en el pronunciamiento concluyen negativamente respecto al otorgamiento del instituto solicitado. A lo cual, cabe adunar que la defensa no ha refutado debidamente las razones suficientes brindadas en la resolución, sino que ha realizado una lectura parcial y sesgada de los elementos de valoración. De acuerdo a lo que surge de los informes de mención, es, categórica la conclusión de que aún no es conveniente concederle la libertad condicional...".

b. Por su parte, la defensora pública oficial –Dra. María Florencia Hegglin- postuló la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el fiscal por los motivos a los que nos remitimos en razón de la brevedad.

Asimismo, consideró arbitrario el rechazo de la libertad condicional de su defendida por que "no ha mediado un adecuado proceso de revisión judicial de la opinión del consejo correccional...".

Reiterando lo expuesto en su recurso, dijo que "...tanto el acto administrativo como la resolución impugnada reconocieron la vulnerabilidad de una mujer, pero no resolvieron la incidencia considerando la perspectiva de género y las reglas de Brasilia...".

Por otro lado, consideró "...evidente que la División Criminológica se arrogó facultades jurisdiccionales que llamativamente la misma resolución contradice. Para ser más clara, es arbitrario declarar la inconstitucionalidad del art. 56 bis y 14.10 del CP y convalidar este acto administrativo en la misma resolución, ya que luce evidente su contradicción.

Mientras el Tribunal afirma que aquellas normas contradicen el bloque constitucional el Servicio Penitenciario resuelve de manera desfavorable a mi asistida echando mano a la misma normativa...".

Entendió que "...ha mediado omisión, de decidir una solución acorde a las circunstancias del caso, en especial al no haber contemplado la vulnerabilidad de mi defendida y la ausencia absoluta de un juzgamiento acorde a la perspectiva de género. Lo cierto es que el cumplimiento de la totalidad de la pena privada de la libertad significa una respuesta desproporcionada al injusto cometido. La recta solución de la cuestión no debe desatender que a la justiciable se le reprochó un hecho simple, no violento, sin diseño, planificación, recursos de inteligencia, logística u otros que informaran una peligrosidad superlativa (obra tosca, torpe o grotesca según la doctrina) tratándose de una mujer proveniente de un contexto vulnerable...".

Finalmente, mantuvo la reserva del caso federal.

Tras ello, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Daniel Antonio Petrone, Diego G. Barroetaveña y Ana María Figueroa.

El doctor *Petrone* dijo:

I. Previo a expedirme respecto de los recursos interpuestos por las partes, cabe señalar que de las constancias de la causa -a las que tuve acceso a través del Sistema de Gestión Judicial LEX100- surge que en fecha 21 de noviembre de 2019 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 8, en lo que aquí interesa, en el marco de un acuerdo de juicio abreviado, condenó a Ramona Carmen Mendieta "...a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE 45 UNIDADES FIJAS, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por ser autora del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en concurso real con encubrimiento (artículos 12; 29 inciso 3º; 45; 55 y 277 inciso 1º del Código Penal; 5 inciso "c" de la ley 23.737; 403; 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)..." –el resaltado pertenece al original-.

Asimismo, en esa misma oportunidad se estableció que "...la pena cuatro años impuesta en el punto I vencerá el día 1º DE FEBRERO DE 2022 a las 24 horas, debiendo hacerse efectiva su libertad a las 12:00 horas de ese mismo día...".

Al fundar la sentencia, especificó que según consta del "...requerimiento de Elevación a Juicio formulado el 24 de abril de 2018... se le imputó a Ramona Carmen Mendieta el haber tenido en el domicilio ubicado en el Barrio 1-11-14, Pasaje sin nombre (ex calle 10) y Bonorino 63 envoltorios de nylon color blanco que contenían cocaína, 14 envoltorios que contenían pasta base y cinco envoltorios compactos tipo piedra que contenían cocaína. Asimismo se le imputó el haber recibido a sabiendas de su procedencia ilícita, el chaleco antibalas número de serie 039350 de fabricaciones militares el cual registraba un pedido de secuestro activo, por haberle sido hurtado al Agente de la PFA Nicolás Ezequiel Carrara...".

Al detallar la forma en que se inició el expediente, especificó que "el 11 de junio de 2017, personal del Hospital Piñero, informó al Servicio de Emergencias

que había ingresado un paciente con heridas producidas por un arma de fuego. Por ello se hizo presente en el lugar la Gendarme Eliana Benítez, quien constató que efectivamente allí se encontraba Cristian Nahuel Viviridai, quien tenía una herida de arma de fuego en región glútea derecha, en miembro inferior izquierdo región perineal y que la herida poseía entrada y salida de la munición y aparentemente tendría una munición alojada...".

Que "(e)l 16 de junio de 2017, el Ayudante Nicolás Glareto, le tomó declaración testimonial a Viviridai quien continuaba internado... Allí, manifestó que el sábado 10 de junio de 2017, había ido con dos amigos a los que identificó como Emiliano y el Negro, a comprar paco en el interior del barrio 1-11-14 en un remis. En detalle afirmó que ´...ingresaron por Avenida Riestra, doblando a la derecha por Bonorino hasta el puesto de Gendarmería, doblando a la derecha 150 metros hasta un pasillo ancho donde a su derecha hay pintado un gauchito gil enfrente de la mano izquierda una escalera de cemento y debajo hay una puerta de rejas negras con trapos colgados y cortina rosa simbolizando al gauchito gil dejando constancia que posterior a la reja hay una puerta celeste´...".

"Indicó que fue atendido por una mujer a la que dicen ´la Chiqui´. Le compró 10 dosis y regresó al auto. Antes de irse, se les acercaron tres personas de sexo masculino, con ametralladoras y pistolas, por lo que se bajaron del auto. Una de las personas armadas le dijo ´a vos te gusta ser atrevido´ y le efectuó tres disparos. Otra de las personas también le disparó una vez y les dijeron que se retiraran del lugar, todo en presencia de ´la chiqui´. Producto de los disparos, le amputaron su pierna izquierda...".

Continuó que "lo relatado por Viviridai, motivó la formación del expediente 55.192/2017 por el delito de lesiones gravísimas, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nro. 50. El titular de dicho juzgado, el Dr. Carlos Manuel Bruniard dispuso con fecha 26 de diciembre de 2017 el allanamiento del inmueble descripto por el damnificado...".

Producto de aquellos registros domiciliarios ordenados, se incautó "además de un revólver calibre 22... 62 envoltorios de nylon de color blanco conteniendo sustancia polvorienta de color blanca similar al clorhidrato de cocaína; 14 envoltorios de nylon blanco, conteniendo una sustancia amarillenta similar a la pasta base; 5 envoltorios de sustancia compacta (piedra)similar al clorhidrato de cocaína; 1 plato de vidrio con gran cantidad de sustancia polvorienta de color blanca, similar al clorhidrato de cocaína; 1 balanza de precisión de escala 3 kg d-1g; la suma de $3037 en efectivo; 4 teléfonos celulares; 1 chaleco anti balas de la Dirección Nacional de Fabricaciones Militares, lote 1604; 1 espada con manga dorada; 1 hoja metálica (faca) con mango varilla metálica; y machete de hoja metálica con mango negro...", procediéndose además a la detención de Ramona Carmen Mendieta, entre otras personas.

De las pericias efectuadas, se especificó que "todo el material estupefaciente secuestrado era clorhidrato de cocaína... El peso de los 62 envoltorios dio 39.270 gramos, eligiéndose 10 para extraer las muestras M1 a M10. Los 14 envoltorios de sustancia amarillenta pesaron 3,524 gramos de los que también son elegidos 10 al azar para extraer las muestras las que se denominan del 11 a 20; De los 5 envoltorios, se extrajeron las muestras 21 a 25 (el peso total no fue consignado en el acta aunque si se lo detalló por envoltorio), y finalmente la muestra 26 se obtuvo del envoltorio que pesó 64,956 gr...".

De esa manera se resolvió que "sobre la base de los hechos y la prueba reseñados en el acápite anterior, tengo por acreditado que Ramona Carmen Mendieta tenía en su poder sustancia estupefaciente para su venta. En efecto, ello se desprende al tener en cuenta la cantidad de envoltorios de clorhidrato de cocaína secuestrados, las circunstancias en las que fueron hallados, es decir, la forma en la que estaba fraccionada, como estaba empaquetada en envoltorios de nylon y su acondicionamiento...".

Por otra parte, se desprende que, a fin de fundar la pena impuesta, el tribunal destacó que "...que corresponde imponer a Ramona Carmen Mendieta, evalúo las condiciones personales de la imputada, las que surgen del informe socio-ambiental agregado a fojas 41/44 del legajo de la personalidad. Tengo en cuenta así que no sabe leer ni escribir, que nunca asistió a la escuela por que como era a hija mayor, debió ocuparse del cuidado de sus hermanos mientras su mamá trabajaba. Que consume pasta base desde los 14 años, y que no logró insertarse en el mercado laboral formal, trabajando como vendedora ambulante. Con ello, entiendo que el mínimo de la pena solicitado por el Ministerio Público Fiscal resulta ajustado a derecho por lo que corresponde entonces imponerle la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE 45 UNIDADES FIJAS y ACCESORIAS LEGALES...".

Por todo lo expuesto, condenó a la nombrada por la calificación legal mencionada párrafos más arriba y aplicándole la pena allí detallada.

II. Asimismo, de las constancias del presente legajo se desprende que la defensa oficial de la condenada Mendieta promovió el incidente de libertad condicional y planteó la inconstitucionalidad del art. 14, inc. 10 del CPN.

De la presentación efectuada, se corrió vista al representante del Ministerio Público Fiscal, quien se expidió por el rechazo de planteo de inconstitucionalidad y de la libertad condicional de la condenada.

En fecha 27 de enero de 2021 el magistrado a quo declaró en el presente legajo la inconstitucionalidad del art. 14, 2do párrafo, inciso 10 del CPN; pero rechazó el pedido de incorporación al régimen de libertad condicional solicitado por la nombrada Mendieta.

Para ello, comenzó por señalar que "previo a resolver la posible incorporación al régimen de libertad condicional de la condenada Mendieta, debo efectuar una aclaración previa, respecto al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, 2do. párrafo, inciso 10, del C.P., efectuado por la defensa…".

Que "desde el punto de vista lógico formal, estamos en presencia de un articulado que ni siquiera admitiría una interpretación por parte del operador jurídico, ya que surge lo que en doctrina se conoce como ´ley clara y precisa´. En efecto, la redacción tiene ese parámetro, pues la norma atacada dice expresamente ´Tampoco se concederá (el beneficio) cuando la condena fuera por… Delitos previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace´…".

Continuó argumentando que "la redacción del artículo 56 bis de la ley 27.375 enumera una serie de delitos que, de resultar condenado un interno por alguno de ellos, no podrá gozar de los beneficios comprendidos en el período de prueba. En esa categoría se encuentran quienes fueren condenados por los delitos contemplados en los artículos 5, 6 y 7 de la ley 23.737 o las que en el futuro la reemplace, como ya se manifestó…".

Entendió que "…que dicha ley, no ha suprimido ni variado los principios generales que sustentaron la anterior, como por ejemplo el principio del régimen progresivo y el de resocialización, en cuanto prevén que ´La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto´ (art. 1 de la ley 27.375); y que ´El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina´ (art. 6 del citado cuerpo legal)…".

"Analizando entonces esa norma, entiendo que asentar en el tipo de delitos cometidos las razones excluyentes e impeditivas de acceso al régimen progresivo resulta incompatible con el conjunto de derechos, garantías y principios que emergen del orden normativo internacional e interno en materia de ejecución de la pena. La circunstancia de que la nueva ley de ejecución penal no suprime, ni el principio de socialización, ni el principio de progresividad de la pena, hace aún más evidente la contradicción entre lo fijado claramente en el espacio convencional, constitucional y legal, con el agregado cuestionado…".

Que "de todo el plexo normativo señalado, constitucional y convencional, surge que el principio de resocialización no puede ser limitado ni menos aún negado, pues se transforma en una obligación del Estado firmante de los tratados mencionados. Consecuentemente el programa penitenciario debe ser realizado en compatibilidad con las normas constitucionales y convencionales. De dicho principio surge el concepto de progresividad de la pena, que resulta ser un verdadero derecho que deriva del principio de atenuación de la misma, mediante su incorporación gradual al seno familiar y social, con el interés de lograr una necesaria interacción entre el ámbito penitenciario y la vida extramuros…".

Refirió que "toda condena supone un tiempo de pena durante el cual tendrá lugar todo proceso de tratamiento, el cual será más lento o más acelerado de acuerdo a los logros prefijados para cada individualidad. Reitero, el concepto de resocialización dada en su amplitud significante y genérica, y el de progresividad de la pena, en su nivel más específico, suponen una obligación impuesta al Estado para lograr las condiciones necesarias para un desarrollo personal de todos los internos. Y ello supone también y necesariamente que el Estado debe ser respetuoso del libre desarrollo de la personalidad, conforme las exigencias constitucionales y supranacionales (arts. 5.1, 5.2 y 11.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos)…".

Que "estos principios reseñados y señalados resultan ser en definitiva los conceptos que son resquebrajados por obra de la reforma al artículo 14, 2do. Párrafo, del Código Penal. No se puede dictar enfáticamente que un interno tiene vedado el goce de un instituto como la libertad condicional, porque ello supondría, por parte del legislador, una tendencia inquisitorial y retributiva que hoy no marca los modelos de política criminal.

Concluyó que así "se visualiza… una clara falta de confianza hacia el judicante y un avance del legislador sobre las facultades propias de la jurisdicción, de resolver sobre cada caso en particular de acuerdo al

contexto situacional…" y que "resulta necesario resaltar que todo lo manifestado es en estricta relación al caso traído a mi conocimiento y vinculado al obstáculo contemplado en el inciso 10 del artículo 14 del Código Penal, es decir a los infractores de los artículos 5, 6 y 7 de la ley 23.737 y, por lo dicho, ya adelanto que dicha norma resulta contraria a la Constitución Nacional…".

Sin dejar de resaltar que "la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal de Justicia ya que se trata de un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del ordenamiento jurídico a la que solo corresponde llegar una vez establecida su insuperable contradicción con los preceptos de la Ley Fundamental, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación violenta el derecho o la garantía constitucional invocados sin examinar la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa…" enfatizó en que "… la selección absolutamente aleatoria e incomprensible del nuevo catálogo de delitos excluido generada a raíz de la reforma de leyes mencionadas, representa un aditamento a la manifiesta ilegitimidad constitucional de la medida legislativa adoptada…".

Por ello, consideró que correspondía hacer lugar "…al pedido de inconstitucionalidad del artículo 14, 2do. Párrafo, inciso 10, del Código Penal, efectuado por la defensa…".

No obstante ello, se abocó a resolver acerca de la libertad condicional solicitada en favor de Ramona Carmen Mendieta.

Así dijo "en primer lugar, vale destacar que, si bien la condenada Mendieta cumple con el requisito de temporalidad que prevé el artículo 13, y con lo normado en el artículo 17 ambos del Código Penal, lo cierto es que, no solo el tiempo en detención ´observando con regularidad los reglamentos carcelarios´ es el factor que le permite al condenado acceder al beneficio aquí solicitado, sino que también deberá contar con el ´…informe de la Dirección del establecimiento el informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social…´ (art. 13 CP)…".

Que "en esa inteligencia, resulta necesario en esta instancia destacar el contenido del informe elaborado por el Consejo Correccional que se expidió por unanimidad de manera negativa con relación a la incorporación al período de libertad condicional. Ello por considerar que ´en el caso en análisis no se encuentran verificados la totalidad de lo normado en el art. 13 del Código Penal, toda vez que, si bien la causante desde su reingreso ha observado con regularidad los reglamentos carcelarios, al momento y dentro del presente contexto posee un guarismo conceptual correspondiente a REGULAR CUATRO , del cual se infiere un pronóstico de reinserción social desfavorable´…".

Continuó que de los informes surge que "se infiere un diagnóstico de reinserción desfavorable teniendo en cuenta que se trata de una interna reiterante, que no ha completado los procesos de socialización básicos. Posee importantes factores de riesgo de reincidencia que ameritan un tratamiento criminológico intensivo…".

También que "…la División Educación indicó que fue inscripta en el 1er ciclo de la Escuela de Enseñanza Primaria para Adultos, pero no aprobó por sus reiteradas inasistencias. En el año 2019 se inscribió nuevamente pero tampoco aprobó por el mismo motivo. Actualmente está inscripta, resaltando que recibió trabajos prácticos de Continuidad Pedagógica en su sector alojamiento, debido a la suspensión de actividades educativas por la pandemia; expidiéndose de manera negativa…".

Finalmente, resaltó que "al formular sus conclusiones, el Consejo Correccional se expidió por unanimidad de manera negativa con relación a la incorporación de Mendieta al período de libertad condicional, toda vez que, si bien observó con regularidad los reglamentos carcelarios, al momento tiene el guarismo conceptual de REGULAR 4, del cual se infiere un pronóstico de reinserción social desfavorable…".

De esa manera, explicó que "…más allá de la injerencia que puedan tener las opiniones administrativas y, si bien ellas no resultan ser determinantes ni vinculantes, lo cierto es que deben ser tenidas en consideración al momento de efectuar un conglobado estudio del caso que nos ocupa (art. 13 del C.P y art. 43 del dec. 396/99). En efecto, debo recalcar el informe de la División Servicio Criminológico, en el cual se refleja, en primer lugar, el modo en que la interna se adapta a las reglas establecidas y su evolución dentro del programa de tratamiento que se le brindó…".

"Al respecto, no puedo dejar de mencionar que allí se destacó que la interna: ´Ha transitado su vida en la marginalidad, sin un entorno que le provea las mínimas condiciones para un sano desarrollo; no ha completado los procesos socializadores básicos ni ha conformado una personalidad con recursos yoicos maduros. De esta manera frente a problemas económicos reitera el delito como único modo posible de resolución…".

En concreto, que "(s)e infiere un diagnóstico de reinserción desfavorable teniendo en cuenta que se trata de una interna reiterante, que no ha completado los procesos de socialización básicos. Posee importantes factores de riesgo de reincidencia que ameritan un tratamiento criminológico intensivo. Ello, sumado a los dictámenes negativos de todas las áreas claramente resulta ser lapidario a efectos de analizar la posibilidad de acceder a este beneficio...".

En ese sentido, agregó que "...si bien se encuentra satisfecho el requisito temporal para acceder al régimen de libertad condicional y que, no surge que la condenada registre procesos penales donde interese su detención y/o condenas de unificación, lo cierto es que no basta que un interno no posea impedimentos legales de los artículos 14, 17, y 50 del Cód. Penal, para acceder al instituto de mención, sino que, además se deberá contar con aquellos elementos que permitan pronosticar un favorable tránsito en libertad vigilada hasta el agotamiento de la condena, supuesto que no se encuentra acreditado por las constancias arribadas al expediente traído a estudio...".

Que "en efecto, del estudio pormenorizado de las actuaciones penitenciarias, relacionadas con el desempeño de Mendieta, se advierte que esta se encuentra incorporada en la ´fase de Socialización´ desde el 15 de enero de 2020, siendo dicha fase la primera de las tres que integran el Período de Tratamiento, por lo que este, sería su primer acercamiento al Régimen carcelario. En ese sentido, y en base a lo dicho en los párrafos precedentes puede fácilmente colegirse que el marco de referencia que acompaña a la interna en el medio libre, al menos en la actualidad, no logra coadyuvarla...".

Para finalizar, especificó que "...pretendo que la interna Mendieta continúe trabajando con ahínco en las facetas de su personalidad que, en la actualidad, desaconsejan su reinserción en el medio libre; pues si bien, por el momento, no se encuentran dadas las condiciones mínimas para acceder al pedido de libertad condicional efectuado en su favor, nada obsta a que, a partir de una evolución en su programa de tratamiento individual y el consecuente avance en la progresividad del régimen carcelario, pueda renovar el pedido en los términos del art. 13 del CP...".

III. Reseñado el contexto en el que se inscribe esta inspección, corresponde entrar a analizar los recursos interpuestos por las partes.

a. En primer lugar, en lo que hace a la impugnación efectuada por el Ministerio Público Fiscal, teniendo en cuenta la presentación del Fiscal General ante esta instancia -doctor Javier Augusto De Luca- por medio de la cual desistió del recurso oportunamente interpuesto por su inferior jerárquico cumpliendo con el requisito de fundamentación impuesto por el artículo 443 del Código Procesal Penal de la Nación, es que entiendo adecuado tener por desistido el mismo, sin costas.

b. Expuesto ello, habré de analizar a continuación el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial contra lo resuelto en el punto II de la sentencia cuestionada, por medio del cual se rechazó el pedido de incorporación al régimen de libertad condicional solicitado por la condenada.

Entiendo que, por los motivos que a continuación serán expuestos, el recurso de la defensa resulta inadmisible.

En ese sentido he de destacar, en relación al juicio de admisibilidad que prevé el artículo 444 del ritual, que no obstante la admisión previa concediendo el recurso interpuesto, esta Cámara Federal de Casación Penal, mediante un nuevo examen de la cuestión, puede llegar a la conclusión de que la impugnación presentada no reúne alguno de los requisitos formales exigidos por la ley procesal.

En efecto, si en esta instancia se considera que el remedio es formalmente improcedente y ha sido mal concedido, podrá desecharse sin que medie pronunciamiento sobre el fondo en cualquier momento, ya sea antes o después de la audiencia para informar o al tiempo para dictar sentencia (ver en igual sentido esta Sala, CPE 449/2015/TO2/6/CFC1, "Gelbard Flavio s/recurso de casación", reg. 760/18, rta. 16/08/18, CCPE 1642/2011/TO2/CFC2, "Acevedo, Pedro Gabriel s/recurso de casación", reg. 1118/18, rta. 18/10/18; entre otros.

También corresponde señalarse que si bien resoluciones como la aquí cuestionada por la defensa resultan equiparables a sentencia definitiva, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934, 328:1108, 329:679, entre otros), para posibilitar la jurisdicción de esta Alzada, debe encontrarse debidamente fundada una cuestión federal.

En el *sub judice,* la parte recurrente no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que permita hacer excepción a dicho principio general, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el a quo consideró relevantes para rechazar la solicitud de libertad condicional de la condenada mencionada.

Corresponde recordar que el rechazo al pedido efectuado tuvo lugar debido a los informes desfavorables efectuados por las distintas áreas del lugar donde Ramona Carmen Mendieta se encuentra detenida.

En razón de las consideraciones precedentes, las discrepancias valorativas expuestas por el impugnante, amén de demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108); por lo que no corresponde la intervención de la jurisdicción de este Tribunal y debe declararse inadmisible la vía intentada.

En efecto, contrariamente a lo alegado por la defensa en su recurso, la decisión puesta en crisis analizó en profundidad la razonabilidad de la libertad condicional de la nombrada en base a la normativa procesal y los informes efectuados por las distintas áreas del lugar donde cumple la condena, los que fueron desfavorables en relación a su pronóstico de reinserción social.

IV. En consecuencia, propongo al acuerdo: i. Tener por desistido el recurso de casación e inconstitucionalidad de la representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas -arts. 443, 530 y 532 del CPPN-; y ii. Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Ramona Carmen Mendieta, con costas (arts. 444, 530 y ccds. del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Barroetaveña* dijo:

Por compartir, en lo sustancial, los fundamentos expuestos por el señor juez Daniel Antonio Petrone, adherimos a la solución propuesta.

Es nuestro voto.

La doctora *Figueroa* dijo:

1º) Que, descriptos y analizados los antecedentes del caso en el voto que inaugura el Acuerdo, por compartir en lo sustancial sus fundamentos, adhiero a la solución propuesta por el señor juez Daniel Antonio Petrone, que a su vez ya cuenta con la anuencia del señor juez Diego G. Barroetaveña.

2º) Al respecto, solo he de agregar que en lo referente al recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de Mendieta contra el punto dispositivo "II" de la resolución recurrida, puede concluirse que las discrepancias valorativas expuestas por la parte recurrente, no obstante demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configuran un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605), o en una cuestión federal (Fallos: 328:1108).

En efecto, la defensa no ha refutado adecuadamente los argumentos expuestos por el a quo sobre los que basó el rechazo de la liberación condicional peticionada y en consecuencia, no ha logrado demostrar la existencia de un agravio debidamente fundado que permita habilitar la jurisdicción de esta Cámara.

3º) De este modo, considero que corresponde: I- TENER POR DESISTIDO el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 443, 530 y 532 del CPPN); II- DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de Ramona Carmen Mendieta, con costas (arts. 444, 530 y 531 del CPPN); y III- TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal *Resuelve:*

I- TENER POR DESISTIDO el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 443, tercer párrafo, 530 y 532 del CPPN).

II- DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de Ramona Carmen Mendieta, con costas (arts. 444, 530 y 531 del CPPN);

III- TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. CFCP – Sala I — *Ana M. Figueroa. — Daniel A. Petrone. — Diego G. Barroetaveña.*

ARRESTO DOMICILIARIO

Condiciones de salud del causante. Agravamiento en el ámbito carcelario. Procedencia.

1. — El acusador público no ha logrado refutar, frente a lo argumentado y resuelto por el *a quo*, que el encartado deba cumplir su arres-

to en su domicilio como consecuencia de sus condiciones actuales de salud, agravadas en el ámbito de encierro carcelario.

2. — Es inadmisible el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la resolución que concedió el arresto domiciliario a favor del imputado, por cuanto no se trata de una sentencia definitiva que con su dictado dirima la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación.

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 17/09/2021. - Esteban, Hugo Alberto y otro s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141838/2021]

Expte. n° FMP 032006228/2013/131/1/1/CFC014

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

Integrada la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal por los señores jueces doctores Daniel Antonio Petrone -Presidente-, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña -Vocales-, reunidos de manera remota y virtual de conformidad con lo establecido en las Acordadas 27/20 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN- y 15/20 de esta Cámara Federal de Casación Penal -CFCP-, para decidir acerca de la admisibilidad del recurso de casación interpuesto en el presente legajo FMP 32006228/2013/131/1/1/CFC14 del registro de esta Sala I, caratulado: "ESTEBAN, Hugo Alberto s/ recurso de casación.

I.- Que en fecha 18 de mayo de 2021, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, resolvió: "CONFIRMAR la resolución del juez de grado que dispuso morigerar la detención que viene cumpliendo Hugo Alberto Esteban bajo la modalidad de arresto domiciliario, debiendo el juez de grado comunicar de manera inmediata lo aquí decidido al Tribunal Oral Federal de esta ciudad, toda vez que Hugo Alberto Esteban se encuentra detenido a disposición conjunta de dicho cuerpo" (el destacado obra el original).

II.- Contra dicha decisión, el Ministerio Público Fiscal interpuso el recurso de casación en estudio, el que fue concedido por la Cámara a quo.

III.- En la aludida presentación, la parte recordó los antecedentes de la causa y refirió que "se imputa a Hugo Alberto Esteban haber formado parte de una organización criminal que, por lo menos a partir del año 2011 hasta la actualidad, con habitualidad y de manera organizada y/o asociada, en nombre propio y/o a través de personas físicas y/o jurídicas, e incluso entre la misma organización o allegados a ella, habría efectuado operaciones comerciales por las cuales fueron puestos en circulación, dentro del mercado, bienes no declarados conforme la ley que fueran adquiridos con fondos de origen ilícito, vinculados principalmente a actividades de narcotráfico". Detalló que Hugo Alberto "Coco" Esteban fue procesado con prisión preventiva en orden al delito de lavado de activos agravado por ser realizado con habitualidad y como miembro de una asociación o banda conformada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza (arts. 45 y 303 inc. 1 y 2 a) del CP). Dicha resolución de mérito no fue recurrida por el imputado ni por su defensa particular y, con fecha 16.04.2021, se dispuso la clausura de la etapa de instrucción y su elevación a juicio.

Ahora bien, al momento de argumentar los motivos por los cuales considera a la decisión recurrida arbitraria, afirmo que "...deben valorarse los múltiples movimientos migratorios que registró Hugo Alberto Esteban a países limítrofes, como así también que permaneció oculto entre el 9 de septiembre del 2016 y el 8 de febrero del 2019, oportunidad en la cual fue detenido por personal policial en la localidad de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos. Lo expuesto queda comprendido dentro del supuesto normativo de peligro de fuga previsto en el inciso a del art. 221 del CPPF en cuanto dispone que deben tenerse en cuenta: '...las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto...'

Para más, la gravedad de las imputaciones que se le formulan permiten proyectar una pena en expectativa alta, siendo que el mínimo de la escala penal impide considerar la posibilidad de una condena de ejecución condicional; circunstancia esta que también se encuentra previstas en el en el inciso 'b' del artículo 221 del CPPF para ponderar la existencia de peligro de fuga.

Se agrega que el imputado Hugo Alberto Esteban fue declarado rebelde en este proceso, al permanecer al margen de estas actuaciones y oculto hasta el mes de febrero del año 2019, lo cual debe ser enfáticamente valorado en los términos del inciso 'c' del artículo 221 del CPPF". A lo dicho, agregó que el encartado permaneció prófugo, oculto en la localidad de Gualeguaychú, utilizando otro nombre, junto con su familia, y ejerciendo el comercio informal de automotores. Asimismo, que la proximidad con el debate oral incrementa el peligro de fuga.

Por otra parte, el representante fiscal enumeró los diversos legajos de excarcelación y de prisión domiciliaria que han sucesivamente tramitado respecto al encartado y sostuvo que sobre la base de estos antecedentes es posible afirmar que a lo largo de este caso se han acreditado la existencia de riesgos procesales concretos, y esa afirmación fue compartida por el Juez Federal y confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Mar del Plata.

En último lugar, se refirió a las constancias médicas incorporadas y manifestó que las mismas presentan información incompleta y parcial. Sobre este punto, afirmó que, "...se cuestiona que ni la médica del Cuerpo Médico Forense -Dra. Celminia Guzmán- ni el médico de la DATIP -Dr. Marcelo Raposeiras- examinaron personalmente al interno Hugo Alberto Esteban. Ambos, se expidieron a partir de un informe de resonancia magnética de columna lumbosacra, realizada el 18.12.2020 por un médico privado y aportado por la defensa del acusado. Por el otro, se cuestiona que ambos profesionales hicieron referencia a la necesidad de realizar una interconsulta con un especialista de neurocirugía. Sin embargo, la resolución cuestionada se dictó sin tener el resultado de esa interconsulta-" y agregó que el Tribunal Oral Federal de la ciudad de Mar del Plata "en las actuaciones FMP 1575/2015/TO3/8, en el marco de las que se dispuso la realización de una junta médica a los fines de dictaminar respecto del estado de salud del imputado Hugo Alberto Esteban. Al momento de dictarse la resolución aquí cuestionada, la junta médica aún no había podido realizarse". Por lo expuesto, reiteró que, a su entender las constancias médicas incorporadas hasta el momento, no permiten acreditar la existencia de alguno de los supuestos de excepción previstos por la ley para la procedencia del arresto domiciliario.

Por último, peticionó que se revoque el fallo dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, dejando sin efecto el arresto domiciliario otorgado a Hugo Alberto Esteban.

Finalmente, formuló reserva del caso federal.

La doctora *Figueroa* dijo:

1°) Que corresponde declarar inadmisible el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en tanto la decisión atacada no constituye ninguna de las resoluciones enumeradas en el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación.

Ello así, por cuanto no se trata de una sentencia definitiva que con su dictado dirima la controversia po- niendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación, ni ninguna de aquellas que la normativa citada ha equiparado, taxativamente, a sentencia definitiva por sus efectos: "los autos que pongan fin a la acción, a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena".

2°) De todas formas, considero pertinente efectuar una breve reseña de las presentes actuaciones.

La presente incidencia tuvo inicio a partir de la solicitud de arresto domiciliario interpuesta por la defensa oficial de Hugo Alberto Esteban. Fueron acompañados los estudios médicos del encartado y se corrió vista al representante de la vindicta pública de la petición, quien el 25 de febrero de 2021 dictaminó de forma negativa con respecto a la pretendida morigeración de la medida de encierro requerida en favor de Esteban. Ello, por considerar que "...se advierte que lo informado por dicho Cuerpo Médico Forense se basa en las constancias médicas que datan del 18/12/2020 y 21/01/2021, por lo que este Ministerio Público Fiscal ha de decir que no han variado las circunstancias expuestas en el dictamen presentado el 12 de febrero de 2021, al cual en honor a la brevedad me remito y mantengo en todos sus términos". Sin perjuicio de lo expuesto, solicitó que se articulen los medios para llevar a cabo un examen médico pericial por parte de Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuyo marco se pide la expresa intervención del perito de parte del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Posteriormente, en fecha 25 de febrero de 2021 el juzgado federal otorgó el plazo de tres días hábiles para que el Ministerio Publico Fiscal acompañe pericia de parte y paralelamente, ordenó requerirle al Complejo Penitenciario Federal de Marcos Paz, que se remita el informe correspondiente a la interconsulta con el especialista en neurocirugía respecto del detenido Esteban.

Luego, el 8 de marzo de 2021, el Juez Federal dispuso "I. MORIGERAR la detención que Hugo Alberto Esteban (DNI 18.085.029) viene cumpliendo en autos, bajo la modalidad de ARRESTO DOMICILIARIO, medida a cumplirse en el domicilio propuesto por la defensa, sito en Av. Jara 3842 de Mar del Plata, bajo la tutela de Rosa Esteban y Pablo Esteban, bajo las siguientes condiciones: a) la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b) la obligación de someterse al cuidado de los tutores designados; c) la vigilancia mediante utilización de dispositivo electrónico (arts. 10 del C.P., 32 de la ley 24660 y mod. 26472, art. 210, incs. a, b, h, i y j del CPPF).

II. ORDENAR la intervención de la Dirección Nacional de Readaptación Social –Prog. de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica del MJN para requerir que se implemente el uso de una pulsera electrónica. (art. 210 inc. I del CPPF)

III. FIJAR una caución personal de $2.000.000 (dos millones de pesos) hasta tanto se haga efectiva la implementación del dispositivo electrónico, a los fines de asegurar la comparecencia del nombrado al proceso, la que deberá ser ofrecida por dos fiadores (art. 322 del CPPN y art. 210 inc. h del CPPF).

IV. MANTENER su prohibición de salida del país (art. 210 inc. D CPPF.)

V. LIBRAR OFICIO al Complejo Penitenciario Federal II de Marcos Paz a fin de notificar personalmente al detenido.

VI.- COMUNICAR lo resuelto al Tribunal Oral Federal de esta ciudad lo aquí dispuesto por encontrarse Hugo Esteban, detenido a disposición conjunta en el marco del expediente 1575/2015/TO3" (el destacado obra en el original).

Que, conforme se desprende del análisis de las constancias digitales presentes en la causa, contra esa decisión el representante fiscal interpuso recurso de apelación. El 18 de mayo de 2021, la Cámara Federal de Mar del Plata resolvió confirmar la resolución del juez de grado que dispuso morigerar la detención de Hugo Alberto Esteban bajo la modalidad de arresto domiciliario.

Al respecto, menester es recordar que para arribar a la decisión aquí cuestionada, la Cámara a quo manifestó que el caso debía resolverse a la luz de las pautas establecidas mediante resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal que dispuso las pautas que han de ser sopesadas al momento de decidir acerca del peligro de fuga (ver art. 221 del nuevo CPPF) y los indicios que deben ser apreciados para justificar el peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad por parte del imputado (art. 222 del nuevo CPPF).

Ahora bien, al momento de resolver la Cámara recordó que "...ya se han analizado en precedentes anteriores el acaecimiento de diversos indicadores que permitían presumir la existencia de riesgos procesales que debían ser necesariamente menguados (ver a modo de ejemplo lo justipreciado en el Incidente FMP 32006228/2013/131 en el que se revocó con fecha 13/10/2020 el arresto domiciliario dispuesto en aquella oportunidad, o en el Legajo FMP 32006228/2013/147/CA78 en el cual el 18/03/2021 se homologó la prórroga de la prisión preventiva)".

Sin perjuicio de ello, la Cámara consideró que existían circunstancias objetivas actuales y verificables que permitían enmarcar la situación del imputado dentro de las previsiones para la concesión del arresto domiciliario, contenidas en los artículos 10 del C.P. y 32 de la ley 24.660. Así, sostuvo que "...al momento de resolver la prórroga de la prisión preventiva, el juez de grado señaló que correspondía hacer un nuevo análisis de la modalidad de su cumplimiento frente a las actuales condiciones de salud del causante. De tal modo, sopesó diversos informes médicos que, a su criterio, dan cuenta de que el estado de salud del encausado se ha agravado en el último tiempo".

Sobre este punto, destacó que "...el producido por el Dr. Claudio Oural de la Unidad Médico Asistencial del Complejo Penitenciario Federal Marcos Paz del 21/01/2021 quien refirió en cuanto al examen físico '...signos semiológicos de patología orgánica (...) hipotrofia muscular de ambos cuádriceps que hace que deambule con claudicación a los pocos pasos...' por lo que solicitó una interconsulta con neurocirugía con carácter de urgente a fin de evaluar la necesidad de una cirugía descompresiva, sosteniendo que '...hasta el momento el tratamiento médico no cubre el objetivo de paliar la patología del paciente lo cual hace que esta especialidad traumatológica se vea limitada en el ámbito carcelario ...' y que, de no recibir tratamiento por neurocirugía, continuaría con asistencia de terceros y deambulación en sillas de ruedas pero de forma permanente. El urgente examen por el área de neurocirugía también fue aconsejado por el Dr. Raposeiras (asesor técnico de DATIP) ante el riesgo eventual de un daño medular agudo secundario a una hernia discal".

Asimismo, el a quo tuvo presente que el juzgado federal "...tuvo en miras lo dictaminado por la Médica Forense de la Justicia Nacional, Dra. Celminia Guzmán, quien, en base a los informes practicados en 2019, las conclusiones del médico particular, del especialista en Traumatología, Dr. Oural y la RM de columna realizada en diciembre de 2020, concluyó que el interno presenta una afección severa y potencialmente discapacitante de la columna lumbosacra manifiesta actualmente por hipotrofia de los músculos cuádriceps de ambos miembros inferiores, trastornos de la marcha y dolor, por lo que consideró que '...no puede continuar su detención en la Unidad carcelaria en que se encuentra alojado y debe efectuar con carácter urgente consulta con Neurocirugía y tratamiento destinado a evitar la progresión de los trastornos motores de los miembros inferiores que presenta y pérdida de la marcha...'".

Aunado a ello, la Cámara valoró que el magistrado federal advirtió que "...desde el primer examen efectuado por el CMF y el último informe médico practicado respecto del causante, sus condiciones físicas variaron en detrimento de su salud, pues ingresó al penal por sus propios medios, haciéndolo en la actualidad en silla de ruedas, pudiendo quedar en esa condición de no recibir atención en neurocirugía, contando a la fecha con un claro informe que desaconseja continuar su detención en una unidad carcelaria...".

En base a lo dicho, concluyó que "...sopesamos que el análisis particular de los lineamientos esbozados en el resuelvo por el juez de grado, en conjunción con

los elementos que se dimana del estudio del legajo, alcanzan para determinar que el a quo ha resuelto la cuestión con un cabal conocimiento de la realidad que rodea el caso, ello en tanto y en cuanto se han merituado aquellas circunstancias que en la praxis tornan pertinente morigerar el estado de detención de Hugo Alberto Esteban.

Es que se advierte del sub judice que el Magistrado ha conjugado armoniosamente los parámetros de aplicación que la ley establece (art. 32 ss. y cctes. de la ley 24.660 y mod.), y ha determinado el impacto negativo que provocaría continuar con el encierro permanente del imputado en un establecimiento carcelario".

Finalmente, puntualizó que "...Nótese que del cuadro clínico verificado en el legajo se colige lo pernicioso que resulta la modalidad de encierro que el encartado viene cumpliendo, puesto que de los informes adjuntados por los galenos intervinientes se advierte un menoscabo en su salud que amerita la adopción de medidas raudas que intenten menguar los padecimientos que afectan su estado psicofísico.

De allí, que el temperamento adoptado en la instancia de grado se ajusta a los enunciados constitucionales que rigen la materia, puesto que el magistrado solo se limitó a escoger una modalidad de cumplimiento de aquella prisión preventiva que viene cumpliendo el imputado (art. 314 C.P.P.N.), contemplando las razones humanitarias advertidas en aras del estado actual de salud que padece el nombrado (art. 32 ss. y cctes. de la ley 24.660 y mod.".

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

De la lectura del decisorio puesto en crisis surge que el mismo cuenta con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden la descalificación del fallo como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 303:449; 303:888, entre otros).

Ello por cuanto no ha logrado refutar, frente a lo argumentado y resuelto por el a quo, que el encartado Esteban deba cumplir su arresto en su domicilio como consecuencia de sus condiciones actuales de salud, agravadas en el ámbito de encierro carcelario.

A mayor abundamiento, en su presentación casatoria el recurrente destaca que, además de la presente causa, tramitan ante el Tribunal Oral Federal de la ciudad de Mar del Plata las actuaciones FMP 1575/2015/TO3/8, en el marco de las que se dispuso la realización de una junta médica a los fines de dictaminar respecto del estado de salud del imputado Hugo Alberto Esteban y que al momento de dictarse la resolución aquí cuestionada, la junta médica aún no había podido realizarse. Ahora bien, cabe recordar las decisiones de esta Cámara deben atender a las circunstancias existentes al momento de su pronunciamiento aunque sean distintas a las verificables en oportunidad de la interposición del recurso respectivo (Fallos: 312:555; 315:123; entre otros). Por ello, corresponde tener presente que en fecha 30 de junio de 2021 el citado tribunal oral concedió a Hugo Alberto Esteban la morigeración de la prisión preventiva en la modalidad de arresto domiciliario valorando el informe confeccionado por la Junta Médica que concluyó la imposibilidad del encartado de permanecer alojado en la unidad de detención. Contra esa decisión el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación que fue declarado inadmisible en fecha 11 de agosto de 2021 por la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal (cfr. fallo en causa n° FMP 1575/2015/TO3/8/CFC27 caratulada "Esteban, Hugo Alberto s/recurso de casación", reg. n° 1292/2021 del 11/08/21 de esa Sala III CFCP).

En consecuencia, por las circunstancias excepcionales acreditadas en autos referidas a las actuales condiciones de salud, Hugo Alberto Esteban se encuentra cumpliendo arresto domiciliario bajo la modalidad de vigilancia electrónica y mediante la colocación de una pulsera magnética.

Por todo lo expuesto, merituando los informes médicos y a partir de una atenta lectura del remedio procesal interpuesto, considero que no se desprende que el recurrente haya controvertido los fundamentos de la resolución aquí cuestionada a través de una crítica concreta y razonada, ni haya demostrado que exista un apartamiento de la solución normativa prevista para el caso o se vislumbren groseras deficiencias lógicas de razonamiento o fundamentación que impidan considerar que se está en presencia de una decisión jurisdiccional válida, razón por la cual considero que corresponde declarar la improcedencia formal de la vía intentada, sin costas (arts. 444, 530 y 532 del Código Procesal Penal de la Nación).

Tal es mi voto.

El doctor *Petrone* dijo:

Por compartir, en lo sustancial, las consideraciones expuestas por la colega que lidera el acuerdo, adhiero a la solución propuesta por la doctora Ana María Figueroa y expido mi voto en igual sentido.

Tal es mi voto.

Por lo expuesto, con el voto concurrente de los suscriptos (art. 30 bis, último párrafo, del CPPN), el Tribunal *Resuelve:*

I. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 444, 530 y 532 del CPPN).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial –CIJ– (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ana M. Figueroa.* — *Daniel A. Petrone.*

LIBERTAD ASISTIDA

Alcance. Delitos excluidos. Razonabilidad. Respecto al principio de progresividad de la pena y su finalidad resocializadora.

1. — Los argumentos expuestos por el tribunal *a quo* carecen de aptitud para demostrar que la restricción para acceder a la libertad asisitida establecida por los arts. 14 del Cód. Penal y 56 bis de la ley 24.660 resulte violatoria del principio de progresividad de la pena y de la finalidad resocializadora de aquella. En efecto, el tribunal de la instancia anterior no brindó razones suficientes para demostrar en forma fehaciente que el "régimen preparatorio para la liberación" del art. 56 quater de la ley 24.660 —incorporado por el art. 32 de la ley 27.375—, sea incompatible con el principio y la finalidad antes mencionados.

2. — No se logró acreditar en el decisorio impugnado que la distinción efectuada por el legislador al limitar el acceso al régimen de la libertad asistida a determinadas personas sobre la base de la gravedad del delito por el que fueron condenadas resulte arbitraria e irrazonable.

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 17/09/2021. - Hoyos Cors, David Albano s/ incidente de libertad asistida.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141981/2021]

Expte. n° FSA 015443/2018/TO01/1/2/CFC002

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

I.- Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Salta, integrado de manera unipersonal por la jueza Marta Liliana Snopek, con funciones de ejecución, en fecha 9 de marzo de 2021, en lo que aquí interesa, resolvió: "(I). DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de los artículos 56 bis inciso 10 y 14 inciso 10 del Código Penal Argentino, conforme ley 27.375, para el especifico caso del condenado HOYOS CORS, DAVID ALBANO [...] II. CONCEDER el egreso del penado HOYOS CORS, DAVID ALBANO [...] bajo la modalidad de LIBERTAD ASISTIDA; bajo las obligaciones establecidas por el art. 55 de la ley 24.660, CON PROHIBICIÓN para salir del país; de conformidad a los artículos precedentemente indicados. III. ORDENAR LA LIBERTAD de HOYOS CORS, DAVID ALBANO, a partir del día de la fecha [...]". (Las mayúsculas pertenecer al original).

II.- Que, contra esa decisión, el fiscal general Francisco Santiago Snopek interpuso el recurso de casación en estudio, el cual fue concedido por el tribunal a quo en fecha 25 de marzo próximo pasado.

III.- La parte impugnadora, en primer lugar, recordó que, al momento de dictaminar "(s)e opuso al otorgamiento de la libertad asistida del encartado, ya que no reunía los requisitos previstos en el art. 56 quater, de la ley 24.660, conforme Ley 27.375 [...]" y luego consideró que la resolución del tribunal de mérito fue arbitraria y afectó el principio de congruencia y el debido proceso.

Seguidamente, reseñó los antecedentes del caso y se refirió a las condiciones de admisibilidad del recurso.

A continuación, se agravió por cuanto "(e)xiste una errónea aplicación de la ley formal y un acto arbitrario [...]".

Sobre el punto, reparó "(e)n que la jueza de ejecución declaró la inconstitucionalidad de los arts. 56 bis, inciso 10, y 14, inciso 10, del Código Penal, conforme Ley 27.375 [...]" y entendió que al hacerlo fue "(a)rbitraria ya que no ha dado fundamentos válidos para tenerlos como contrarios a las mandas constitucionales [...]".

Así, pues, observó que "(l)a resolución en cuestión exhibe y configura vicios que la invalidan como tal, por ser carente de razonabilidad, lógica y de motivación, que conduce a sostener la arbitrariedad que se le imputa al decisorio, resultando de aplicación la normativa del art. 123 del C.P.P.N. [...]".

Posteriormente, adujo que el tribunal de mérito se basó en la aplicación del principio de igualdad ante la ley con un criterio diferente al sostenido por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad solicitada por la defensa, lo que, a su modo de ver, es violatorio de los arts. 116, 120 y 18 de la Constitución Nacional (CN).

De seguido, memoró algunos de los argumentos esgrimidos por el tribunal a quo y se adentró en el análisis de las normas que rigen la materia.

En esa senda, puntualizó que la "(r)eforma de la ley de ejecución, publicada en el Boletín Oficial el 28 de Julio del año 2017, ha introducido una serie de modificaciones sustanciales al régimen progresivo de la pena respecto a los condenados por delitos de tráfico de estupefacientes, entre otros [...]" y precisó el contenido de los arts. 14, inc. 10 del Código Penal (CP) y 56 bis de la Ley 24660, ambos conforme al texto de la Ley 27375.

Ulteriormente, destacó que "(D)e estas normas surge que el legislador estableció un régimen más riguroso de cumplimiento de la pena para aquellos condenados por delitos de tráfico de estupefacientes, en los supuestos de los arts. 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 (Conf. arts. 56 bis inciso 10 y 14 inciso 10 del CP), tal el caso del imputado de autos quien fue condenado a la pena de tres años y seis meses de prisión efectiva, más las inhabilitaciones de ley, por haber sido considerado autor responsable del delito de Transporte de estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 5, inc. ´c´, de la ley 23.737, hecho cometido el día 9 de mayo de 2018, es decir, durante la vigencia de la ley 27.375, por lo que surge que debe cumplir la pena impuesta bajo las previsiones de la citada ley, y por lo tanto resultan aplicables los arts. 56 bis, inc. 10, y art. 14, inc. 10, del Código Penal. No obstante, [remarcó que] el Tribunal de Ejecución, declaró la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, en el caso del condenado David Albano Hoyos Cors, e incorporó al nombrado al beneficio de libertad asistida [...]" y afirmó que al actuar de ese modo "(e)fectuó un erróneo análisis de la normativa aplicable, y de la situación particular del interno [...]".

Seguidamente, recordó que "(R)especto a la gravedad del hecho cometido por el acusado [...] sostuvo que el legislador se encuentra constitucionalmente habilitado para regular y reglamentar, de acuerdo a políticas criminales específicas, la forma de hacer efectivos todos los derechos constitucionalmente reconocidos a los habitantes de la Nación no solo como personas individuales sino como sociedad. El tipo penal cometido por el acusado afecta gravemente la salud pública, afectando todos los ámbitos sociales que lo rodeen, por lo que resultaría asombroso desconocer sus efectos y perjuicios minimizando la afectación al bien jurídico que la norma reformada busca indefectiblemente proteger. En el caso en particular, la restricción a ciertos beneficios contemplados en el régimen de la progresividad de la pena, ceden ante la protección que el ordenamiento jurídico busca otorgar a la salud pública como bien social [...]".

También señaló que "(l)a supuesta incompatibilidad del inciso 10 del art. 14 del CPN (texto según ley 27.375), con los arts. 10.3. PIDCP y 5.6. CADH referidos a la reinserción social del condenado es inexistente en la ya mencionada ley de reforma. La imposibilidad de acceder a modalidades de libertad anticipada no es sinónima por sí de impedimento de ´reinserción social´. El legislador estableció un régimen de libertad anticipada específico para las personas condenadas por algunos de los delitos enumerados en el art. 14 del C.P. Se trata del denominado ´régimen preparatorio para la liberación´, contenido en el artículo 56 qu[a]ter de la Ley 24.660 (modificada por ley 27.375) [...]".

A su vez, expuso que "(d)e cara al examen completo del régimen legal previsto por la reforma de la Ley 27.375, se nota con claridad que si bien los condenados por tales delitos se encuentran excluidos del régimen de progresividad de la pena genérico, poseen un régimen especial acorde a la gravedad de los hechos por ellos cometidos, e igualmente progresivo, que persigue la misma finalidad de reinserción social del condenado, previo al cumplimiento total de la condena, motivo por el cual no corresponde hacer lugar al agravio constitucional así presentado [...]".

Además, meritó que "(l)a categoría utilizada por el legislador para efectuar la distinción del art. 14 del Código Penal no resulta irrazonable, por lo que el principio de igualdad no se ve afectado, ya que la prohibición contenida en la citada norma constituye una decisión legal orientada a limitar la posibilidad de acceder al régimen de libertad condicional a determinadas personas condenadas, en virtud del delito por el cual se encuentra ejecutando su pena [...]".

Citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y afirmó que "(r)esulta una facultad propia del Poder Legislativo determinar cuáles son los intereses que han de ser protegidos a través del orden jurídico penal, como así también la manera y la intensidad con la que habrá de reaccionar frente a las ofensas a ese régimen, no pudiendo soslayarse, en ese sentido, que el Alto Tribunal ha reconocido la facultad judicial de examinar la razonabilidad de las leyes dictadas por el Poder Legislativo a la luz de las normas de jerarquía constitucional que las fundan y limitan [...]".

A partir de todo ello, no advirtió "(q)ue la agravación de la forma de ejecución de la pena prescripta por el inciso 10 del art. 14 del C.P. carezca de razonabilidad o proporcionalidad. [Sostuvo que] Los motivos que llevaron al Legislador a introducir tal agravación lucen como el fruto del ejercicio de la discreción legislativa respecto de cuyo ejercicio el poder judicial carece de control. Ello, en tanto, la ejecución más in-

tensa prevista para este tipo de casos no importa una desmesura extrema entre la privación de derechos que implica y el disvalor del delito para el que está regulada [...]".

Asimismo, afirmó "(q)ue la categoría utilizada, es decir, el tipo delictivo por el que la persona resulta condenada, evidencia que no nos encontramos ante una de las categorías consideradas, a priori, ´sospechosas´ por la jurisprudencia y la doctrina. Las categorías que, habitualmente, se reconocen como sospechosas son: la edad; el sexo; la raza; la religión, nacionales y extranjeros, entre otras [...] se trata de colectivos de personas, muchas veces minorías, que históricamente -e innegablemente- se han encontrado oprimidas, excluidas, han sufrido menoscabo a sus derechos, discriminación, etc. Esta circunstancia, por sí sola, descarta la consideración de categoría sospechosa de la distinción efectuada por el legislador al sancionar el art. 14 del C.P. (versión Ley 27.375) [...]".

Acto seguido, subrayó que "(e)l análisis de la distinción efectuada por el legislador en la norma, no se agota en comprobar que este no utilizó para efectuar el distingo una categoría considerada sospechosa. También debe comprobarse si la distinción ocasionó una privación de un derecho fundamental, de manera ilegítima, al grupo de personas afectadas [...]" y consideró que aquello "(n)o se encuentra comprobado en el caso, desde que el Legislador diseñó un régimen liberatorio específico para las personas condenadas a penas privativas de la libertad por alguno de los delitos contenidos en el art. 14 del C.P. [...]". De este modo, entendió que "(l)a norma bajo estudio supera, también, esta segunda línea de análisis [...]".

En sustento de sus argumentos, agregó que "(e)n los casos no contemplados por el art. 14 del C.P., cuando se deniega una petición de libertad anticipada al condenado, o cuando se revoca una concedida, la relación entre pena, injusto y culpabilidad por el hecho está intacta; por ende, cuando de antemano la ley excluye la posibilidad de alguna modalidad de libertad anticipada, tampoco se modifica el reproche del injusto culpable. A la inversa, la posibilidad de conceder o denegar modalidades de ejecución parcial en libertad no dependen de la culpabilidad del imputado por el hecho, sino de otras consideraciones preventivas [...]".

De esta manera, concluyó "(q)ue, si en el momento de imposición de la pena privativa de libertad se ha respetado la máxima según la cual la pena no puede exceder la culpabilidad por el hecho, entendida esta en el marco de los arts. 18 y 19 CN, las elecciones sobre el modo de ejecución no afectan el principio de culpabilidad, ni en el momento de imposición de la pena, ni en el momento del proceso de su ejecución [...]".

Además, tomó en consideración que "(L)AS CUATRO SALAS DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL SE EXPIDIERON POR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS AQUÍ CUESTIONADAS [...]". (Las mayúsculas corresponden al original).

De igual modo, memoró que en el marco de este proceso esta Sala I, "(e)n fecha 1° de marzo del corriente año, declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Hoyos Cors, por lo que la resolución del anterior Juez de Ejecución que rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 27.375 y denegó el beneficio de libertad condicional, se encuentra firme a la fecha, por lo que corresponde estar a lo resuelto en autos [...]".

En resumen, por tales motivos, solicitó "(q)ue se deje sin efecto el punto I de la sentencia recurrida en tanto se encuentra infundada, casándose el fallo emitido [...] y, [se] ordene que se respeten las modalidades de cumplimiento de las penas, según la naturaleza del ilícito [...]".

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

IV.- Que, en la oportunidad prevista por los arts. 454 y 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), se presentó el fiscal general Mario Alberto Villar, quien mantuvo y describió los motivos introducidos en la impugnación en estudio.

Asimismo, realizó algunas consideraciones y estimó "(q)ue se debe hacer lugar al recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, casar el fallo impugnado, dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 56 bis, inciso 10, de la ley 24.660 y el art. 14, inciso 10, del Código Penal y revocar la incorporación del condenado Hoyos Cors al régimen de la libertad asistida [...]".

En idéntico momento procesal, también compareció el defensor público oficial Guillermo Ariel Todarello quien, en defensa David Albano Hoyos Cors, solicitó que se "(r)echace el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en todas sus pretensiones [...]".

A tales efectos, reseñó los antecedentes del caso, adhirió y se remitió a la argumentación efectuada por el tribunal a quo y realizó observaciones adicionales.

En ese camino, consideró "(q)ue la sentencia recurrida se adecuó al marco constitucional y convencional que, en el caso concreto, imponía declarar la

inconstitucionalidad del artículo 56 bis inciso 10 [de la Ley 24660] y 14, 2° párrafo, 10° del Código Penal, conforme la Ley 27.375 [...]" y remarcó que las normas mencionadas afectan los principios de reinserción social y de igualdad ante la ley.

V.- Que, encontrándose las actuaciones en estado de ser resueltas y efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su sufragio, resultó el siguiente orden de votación: Diego G. Barroetaveña, Ana María Figueroa y Daniel Antonio Petrone.

El doctor *Barroetaveña* dijo:

I.- Que, de manera liminar, es menester señalar que el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal resulta formalmente admisible, toda vez que la parte recurrente invocó fundadamente los motivos estipulados en el art. 456 del CPPN, se encuentra involucrada una cuestión de naturaleza federal que impone su tratamiento en los términos de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 328:1108, "Di Nunzio, Beatriz Herminia") y se cumplieron los requisitos de tiempo y de fundamentación requeridos por el citado cuerpo legal (art. 463).

II.- Que, superado el juicio de admisibilidad del recurso, como punto de partida y con el objeto de imprimir un adecuado tratamiento a los planteos traídos a estudio, comenzaremos por señalar que de las constancias de la causa, a las que tuvimos acceso a través del Sistema de Gestión Judicial LEX100, surge que en fecha 12 de diciembre de 2018 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Salta condenó "(a) David Albano Hoyos Cors [...] a la pena de tres años y seis meses de prisión, multa equivalente a cuarenta y cinco unidades fijas ($135.000,00.-), e inhabilitación absoluta por el término de la condena como autor responsable del delito de Transporte de Estupefacientes (artículo 5 inciso ´c´ de la Ley Nº 23.737, 12 y 45 del Código Penal), en los términos del artículo 41 ter del Código Penal, modificado por la Ley N° 27.304 [...] Con costas (artículos 530 del Código Procesal Penal de la Nación, y 29 inciso 3 del Código Penal) [...]".

Además, es importante precisar que, tal como se desprende de la citada sentencia condenatoria, el mencionado tribunal consideró probado "(q)ue el día 09 de Mayo de 2.018 personal de Gendarmería Nacional de la Sección Cafayate, a raíz de un control rutinario implantado sobre la Ruta Nacional 68 Kilómetro 29, advirtió que el imputado transportaba droga escondida en la parte trasera -específicamente al descubrir que faltaban tornillos en varios orificios en el plástico cobertor de la caja-, y también en el plástico que cubre el apoya pie lateral izquierdo -el que se encontraba con signos de haber sido removido recientemente- de la camioneta marca Volkswagen modelo Saveiro, Dominio colocado AB305KU que conducía [...] que la sustancia encontrada en los setenta y ocho paquetes se trató de estupefaciente, pues así quedó demostrado con la prueba de campo efectuada durante el procedimiento [...] que determinó que la droga incautada era clorhidrato de cocaína [...] sin sustancias de corte, y con una concentración que osciló entre el 78,253 % al 85,910 %, es decir, de extrema pureza, con viabilidad para producir quinientos noventa y seis mil novecientos sesenta y uno con 096/1000 (596.961,096) dosis umbrales. En cuanto al peso del material encontrado, ascendió a setenta y dos mil cuatrocientos sesenta y tres con 50/100 gramos (72.463,50) [...]".

A más de lo expuesto, no podemos soslayar que, conforme se asentó en el cómputo de pena oportunamente practicado, Hoyos Cors fue detenido en el marco de este proceso el 9 de mayo de 2018, por lo cual la pena que le fue impuesta vencerá el 8 de noviembre de 2021.

Asimismo, tal como se apuntó en la decisión impugnada, observamos que respecto al encausado "(s)e resolvió hacer lugar a la reducción temporal, donde acumuló un total de SIETE MESES dentro de la progresividad del régimen penitenciario, por recompensa educativa (Art. 140 de la ley 24.660, según ley 26.695), con lo cual el plazo temporal para la incorporación al último período del régimen preparatorio para la liberación quedó reducido al día 08 de enero de 2.021 [...]". (Las mayúsculas pertenecen al original).

También, siguiendo la resolución en crisis, advertimos que en el informe técnico criminológico se consideró que Hoyos Cors fue "(c)alificado con conducta EJEMPLAR DIEZ y concepto MUY BUENO OCHO, transitando la fase de Confianza dentro de la progresividad del régimen penitenciario. Evidencian una evolución positiva dentro de la progresividad del Régimen Penitenciario, pero se expiden de forma negativa porque se encuentra comprendido dentro de la normativa vigente, modificatoria de la Ley 24.660, (Ley Nº 27.375) [...]". (Las mayúsculas corresponden al original).

De igual modo, tomamos en cuenta que en el acta 12/2021 del Consejo Correccional de la Unidad 16 del Servicio Penitenciario Federal (SPF) se asentó que "(D)e la particularidad de los informes incorporados por las áreas de tratamiento de este establecimiento, se puede observar que el interno cuenta con adecuada calificación conceptual, avanzó conforme lo esperado y de manera progresiva en la ejecución de la pena a partir de los objetivos fijados en su programa de tratamiento [...] no surgen indicadores de violencia o conflictividad. No obstante, conforme lo destacado

por el Servicio Criminológico y considerando que le fuera rechazado [...] el planteo de inconstitucionalidad de la Ley 27.375 [...] no correspondería otorgar el egreso anticipado [...] en términos de Libertad asistida [...]".

III.- Reseñado cuanto antecede, en primer término, es útil memorar la postura sustentada desde antiguo por el cimero tribunal de Justicia en relación al rol de los jueces en el control de constitucionalidad de las leyes, en cuanto señala que la misión más delicada del Poder Judicial es la de mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que aquellos deben adoptar (Fallos: 155:248; 272:231; 311:2553; 328:3573; 338:488 y 339:1077, entre muchos otros).

En esta línea, la mencionada doctrina expresa que es ineludible considerar que la inconstitucionalidad de una ley debe declararse solo en casos extremos y cuando esta no admite una interpretación que la haga compatible con los principios de la Carta Magna, toda vez que debe estarse siempre a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286 y 335:2333, entre muchos otros).

También señaló que la inconstitucionalidad de una norma no debe ser resuelta en un caso dudoso; en la duda los tribunales deben pronunciarse en favor de la validez de la ley, inclusive cuando la duda fuese razonable: "(P)or consiguiente, tratándose de leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Constitución Nacional, la presunción de legitimidad de que gozan opera plenamente, correspondiendo, en consecuencia, pronunciarse en favor de su validez aun en aquellos supuestos en que medie una duda razonable acerca de ella (Fallos 68:238; 242:73) [...]" (Fallos: 300:655).

En efecto, tal como lo hemos sostenido al momento de emitir nuestra opinión in re causa CPE 248/2016/TO1/5/CFC2, caratulada: "QUISPE, Jorge Alonso s/recurso de casación", reg. 394/20, rta. el 14/5/20, en un supuesto similar al que se presenta en esta ocasión, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 288:325; 290:83; 292:190; 294:383; 298:511; 300:1087; 302:457, 484 y 1149; 311:394; 312:122 y 435, entre muchos otros), solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322), y el interesado demuestra claramente de qué manera la ley contraría la CN (Fallos 207:1983).

Además, una decisión de tal magnitud ausente de esas condiciones desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos 285:369 y 314:424, entre otros).

Es prudente recordar que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Ley Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341 y 314:424, entre otros).

En ese sentido, quedando fuera de la discusión jurisdiccional el escrutinio de las motivaciones que llevaron al legislador a establecer el régimen diferenciado para los delitos previstos en los arts. 14 del CP y 56 bis de la Ley 24660; y habiendo superado el examen de razonabilidad propio de este ámbito, entendido en el sentido que lo ha establecido el más alto Tribunal en Fallos: 311:394 –los medios utilizados deben adecuarse a los fines cuya realización procuran- es útil memorar que ese máximo Tribunal sostuvo como principio que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador, sino que deben aplicar la norma como este la concibió (Fallos: 300:700); las leyes deben interpretase conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos: 295:376), máxime cuando aquel concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la CN (Fallos: 312:311, considerando 8º), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 1:297, considerando 3º; 312:1614; 321:562; 324:876, entre otros).

IV.- Aclarado ello, es oportuno señalar que luego de la entrada en vigencia de la Ley 27375 (B.O. 28/07/2017), resolvimos casos en los que las partes impugnadoras solicitaron que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 14, inc. 10 del CP y 56 bis de la Ley 24660, según la redacción de la citada ley, y entendimos que los planteos introducidos carecían de una argumentación suficiente que permitiese su

tratamiento, toda vez que no advertimos ni se demostró arbitrariedad o afectación a normas constitucionales con referencia a las circunstancias concretas de cada uno de esos casos (véanse, entre otros, nuestros sufragios in re causas: CFP 20328/2018/TO1/4/CFC1, caratulada: "MARÍN ROMERO, Débora (J.C.) s/recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. 2076/20, rta. el 30/12/20; FCT 4841/2017/TO1/4/1/CFC1, caratulada: "ALFONZO, José Luis s/recurso de casación", reg. 311/21, rta. el 15/3/21; FLP 47007/2016/TO1/35/CFC6, caratulada: "WASSER, Ramón Alejandro s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. 482/21, rta. el 14/4/21; CFP 5930/2018/TO1/9/CFC3, caratulada: "ARIAS VILLCA, Grover s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. 484/21, rta. el 14/4/21; e incluso respecto al aquí imputado votamos en el sentido indicado in re causa FSA 15443/2018/TO1/1/1/CFC1, caratulada: "HOYOS CORS, David Albano s/ recurso de casación", reg. 199/21, rta. el 1/3/21).

Así, entonces, en los citados precedentes consideramos que debían declararse inadmisibles los recursos interpuestos y de esa manera, en definitiva, confirmamos denegatorias de la libertad en función de diversos institutos, habida cuenta de que quienes la solicitaban habían sido condenados por alguno de los delitos previstos en los arts. 14 del CP y 56 bis de la Ley 24660 (ambos según Ley 27375); disposiciones legales que también se erigen como un obstáculo para que, por ejemplo – tal como sucede en el caso de autos-, los condenados por alguno de los delitos previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la Ley 23737 accedan al régimen de la libertad asistida (cfr. arts. 54 y 56 bis, inc. 10 de la Ley 24660).

En ese contexto, adelantamos que el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal recibirá favorable recepción en esta instancia.

Ello es así, toda vez que los argumentos expuestos por el tribunal a quo carecen de aptitud para demostrar que la restricción establecida por los arts. 14 del CP y 56 bis de la Ley 24660 (ambos según Ley 27375) resulte violatoria, en el caso de examen, del principio de progresividad de la pena y de la finalidad resocializadora de aquella.

En efecto, el tribunal de la instancia anterior no brindó razones suficientes para demostrar en forma fehaciente que el "régimen preparatorio para la liberación" del art. 56 quater de la Ley 24660 (incorporado por el art. 32 de la Ley 27375), sea incompatible con el principio y la finalidad antes mencionados.

En tal sentido, más allá de ceñirse a exponer su perspectiva sobre el caso y resaltar su propia disconformidad con la normativa en trato, lo que, vale aclarar, no alcanza por sí solo para restarle validez mediante un acto de suma gravedad institucional como resulta una declaración de inconstitucionalidad, el tribunal de mérito no probó que el régimen especial regulado en el citado art. 56 quater de la Ley 24660 sea insuficiente para evitar la desnaturalización del sistema progresivo.

Además, no logró acreditar en el decisorio bajo examen –ni ello tampoco se advierte- que la distinción efectuada por el legislador al limitar el acceso al régimen de la libertad asistida a determinadas personas sobre la base de la gravedad del delito por el que fueron condenadas resulte arbitraria e irrazonable, a la vez que lesione los principios de raigambre constitucional o convencional invocados en el fallo en estudio.

V.- Así las cosas, entendemos que en la resolución impugnada no se demostró adecuadamente que la restricción establecida en los arts. 14, inc. 10 del CP y 56 bis, inc. 10 de la Ley 24660 (cfr. Ley 27375) implique, en el caso, una violación a derechos, principios y garantías constitucionales o convencionales, por lo que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas; anular la resolución recurrida y remitir, a sus efectos, las presentes actuaciones al tribunal de la anterior instancia (arts. 471, 530 y 532 del CPPN).

Es nuestro voto.

La doctora *Figueroa* dijo:

Que, por compartir en lo sustancial sus fundamentos y toda vez que sobre la materia objeto de inspección jurisdiccional, en el marco de estas actuaciones he fijado criterio al pronunciarme previamente en el legajo FSA 15443/2018/TO1/1/1/CFC1, caratulada: "HOYOS CORS, David Albano s/recurso de casación" (reg. 199/21, rta. 1/3/21) -a cuyos fundamentos se hace expresa remisión en honor a la brevedad-, donde sostuve que la limitación introducida por el legislador a través del régimen de ejecución penal establecido mediante ley 27.375, en su aplicación a las circunstancias comprobadas en autos, "...no luce irrazonablel en tanto encuentra apoyatura en el concreto grado de afectación del bien jurídico tutelado por la tipología penal por la que fue condenado Hoyo Cors -art. 5, inc. 'c', de la ley 23.737-, en vista de la modalidad de ejecución, la cantidad de material estupefaciente incautado y demás circunstancias que rodearon el hecho", en ajuste a la doctrina fijada por la suscripta in re "MARIN´ ROMERO Debora´ (J.C.) s/recurso de casacion ´ e inconstitucionalidad" (cfr. CFP 20328/2018/TO1/4/CFC1, rta. el 30/12/2020, Reg. No 2076/20) y reiterada en numerosos pronunciamientos (cfr. causas N° FPO 2522/2018/TO1/2/4/1/CFC1, "Sotelo Cen-

turión, Alberto s/ recurso de casación", reg. 198/21 del 01/03/21; N° CFP 13968/2017/TO1/4/1/CFC2, "Sosa, Lidia Isabel s/ recurso de casación", reg. 360/21 del 22/03/21; N° FMZ 41564/2018/TO1/4/2/CFC2, "Benegas, Daniel Alfredo s/ recurso de casación", reg. 403/21 del 31/03/21; N° FMZ 46052/2017/TO1/3/2/CFC2, "Maciel, Jonathan David s/ recurso de casación", reg. 459/21 del 08/04/21; N° FMZ 316/2017/TO1/27/CFC10, "Fernández Abinet, Ricardo Daniel s/ recurso de casación", reg. 463/21 del 09/04/21; N° FCT 7/2018/TO1/4/2/CFC3, "Gramajo, Cristián Damián s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. 466/21 del 09/04/21; N° FPA 17337/2017/TO1/13/1/CFC4, "Mendieta, Gustavo Pablo Francisco s/ recurso de casación", reg. 471/21 del 09/04/21; N° FMZ 64289/2018/TO1/1/1/CFC1, "Guzmán Ávila, David Wilson s/ recurso de casación", reg. 472/21 del 09/04/21, todos de esta Sala, entre tantas otras); adhiero a la solución propuesta por el señor juez preopinante.

En esa dirección, considero que asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal, dado que, en efecto, la inconstitucionalidad de los artículos 56 bis inciso 10 y 14 inciso 10 del Código Penal Argentino (según ley 27.375) declarada por la magistratura de previa actuación carece de una fundamentación idónea que la sustente.

En tal sentido, se advierte que el tribunal de mérito omitió llevar a cabo un adecuado estudio del caso de acuerdo a las exigencias que impone el control de constitucionalidad que debe primar desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con relación al análisis de los artículos 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660 –según reforma introducida mediante ley 27.375-, conforme el estándar jurídico apuntado al expedirme en el citado caso "MARÍN ROMERO", y sobre cuya aplicación concreta con relación al caso de marras ya ha mediado pronunciamiento previo, habiéndose apartado el a quo de manera infundada de la doctrina allí establecida.

Conforme surge de la compulsa del presente legajo, el tribunal a quo se ha apartado de modo infundado de la doctrina más arriba enunciada, sin que el fallo en crisis cuente con los argumentos jurídicos mínimos y necesarios que permitan reputarlo como acto jurisdiccional válido, no constituyendo pues una derivación razonada del derecho vigente en aplicación a las circunstancias del caso, de conformidad con las exigencias de fundamentación que emanan de los arts. 123 y 404 inc. 2º del CPPN.

De este modo, tales falencias conducen a concluir que la resolución está basada en afirmaciones dogmáticas y, por lo tanto, no puede ser considerada como acto jurisdiccional válido (Fallos 316:321 y 1285, 318:2299 y 2424; 319:1741; 322:2067; 323:1989).

A partir de los argumentos expuestos, y, como ya se sostuvo en el anterior pronunciamiento y aquí se reitera, al no concurrir en el caso las excepcionales circunstancias evaluadas por la suscripta en el precedente "Marín Romero" –ut supra referido-, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, anular la decisión recurrida y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que se dicte una nueva conforme al criterio jurídico ya establecido.

Tal es mi voto.

Por ello, con el voto concurrente de los suscriptos (art. 30 bis, último párrafo, del CPPN), el Tribunal *Resuelve:*

I.- HACER LUGAR al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal. Sin costas; II.- ANULAR la resolución recurrida; y III.- REMITIR, a sus efectos, las presentes actuaciones al tribunal de la anterior instancia (arts. 471, 530 y 532 del CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial –CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN), y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. *— Ana M. Figueroa. — Diego G. Barroetaveña.*

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES

Mínimo de la escala legal. Razonabilidad y proporcionalidad. Facultades del Poder Legislativo. Lucha contra el narcotráfico.

1. — La sustitución del art. 34 de la ley 23.737, que estableció la desfederalización parcial de la persecución penal de los delitos reprimidos en el art. 5º, inciso c) de la misma norma, no tuvo como propósito distinguir entre hechos de tráfico de estupefacientes más y menos graves, sino ampliar la capacidad de respuesta del estado —en el caso, los provinciales— en la lucha contra el flagelo de las drogas.

2. — Resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en lo que estima pertinente; de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la cons-

titucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones.

3. — Aun si se admitiera la validez de la afirmación de la defensa en lo que concierne a la semejanza entre las conductas reprimidas por los arts. 200 y 201 del Cód. Penal —envenenamiento de aguas y alimentos— y las reprimidas por el art. 5º, inciso c) de la ley 23.737, lo cierto es que ello no constituye un óbice para que el legislador establezca un mínimo legal más elevado si consideró que tal medida resulta más eficaz para la lucha contra el flagelo social y de salud pública que entraña el tráfico de estupefacientes.

4. — Si bien el derecho a la igualdad debe interpretarse en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en una razonable igualdad de circunstancias, lo cierto es que el legislador se encuentra facultado para contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto la diferenciación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas.

5. — No se advierte que la determinación de una pena mínima de cuatro años de prisión para quienes comercien con estupefacientes o lo detenten con esa finalidad —aun cuando esté destinado directamente al consumidor—, en vez de una de tres años como está previsto para aquellas personas que realicen esas mismas conductas con otras sustancias y mercaderías que puedan resultar peligrosas para la salud, pueda ser calificada como irrazonable, arbitraria o persecutoria.

6. — No puede suponerse la inconsecuencia o imprevisión del legislador al dictar las leyes y, por lo tanto, su interpretación debe realizarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto.

7. — No corresponde al Poder Judicial en el sistema democrático vigente efectuar un análisis del mérito o conveniencia, acierto o error de la norma, ya que ello es propio de las atribuciones constitucionales que le competen al Poder Legislativo, sino que debe sujetarse a efectuar un control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma, en los casos sometidos al control jurisdiccional, siendo infranqueable el límite de los estándares convencionales con jerarquía constitucional o superior a las normas de derecho interno, conforme el art. 75, incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional (del voto de la Dra. Figueroa).

8. — No luce irrazonable ni desproporcionada la escala contenida en el art. 5°, inc. c) de la ley 23.737, que establece un mínimo de cuatro años de prisión para quien "comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte", ni se observa que vulnere los principios de culpabilidad, razonabilidad, proporcionalidad e igualdad ante la ley (del voto de la Dra. Figueroa).

9. — El Estado argentino, al ratificar la Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, se obligó a extremar los recaudos para la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes, cuando pueda tratarse de casos que versen sobre el tráfico internacional de sustancias estupefacientes, recaudos entre los que no cabe excluir la debida observancia a los principios de igualdad, culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad de la pena (del voto de la Dra. Figueroa).

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 17/09/2021. - Hollo, Margarita Betiana y otra s/ recurso de casación e inconstitucionalidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141973/2021]

Expte. n° FCB 091127951/2013/TO01/CFC001

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, integrado de manera unipersonal por el señor juez Jaime Díaz Gavier, en la causa nº FCB 91127951/2013/TO1, acumulada a la nº FCB 91008/2018/TO1 de su registro, el 23 de abril de 2019 -por los fundamentos que obran glosados a fs. 932/970vta.- resolvió, en lo que aquí interesa: " No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal fijada para los delitos previsto(s) en el art. 5 inc "c" de la ley 23.737 alegada por el Dr. Marcos Juárez [...] 4) Declarar a Elsa Susana Pavón, ya filiada, autora penalmente responsable del delito de 'Comercialización de Estupefacientes' (art.

5° inc. 'c' de la ley 23.737) -hechos segundo y tercero del requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio en autos FCB 91008/2018/TO1-, y en tal carácter imponerle la pena de CUATRO años de prisión, multa de 45 Unidades Fijas, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inc. 3 del C.P. y art. 531 del C.P.P.N.). 5) Declarar a Margarita Betiana Hollo, ya filiada, autora penalmente responsable del delito de ´tenencia de estupefacientes con fines de comercialización´ (art. 5° inc. 'c' de la ley 23.737) – hecho tercero del requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio en autos FCB 91127951/2013/TO1-, y en tal carácter imponerle la pena de CUATRO años de prisión, multa de $250, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inc. 3 del C.P. y art. 531 del C.P.P.N.)[...]" (cfr. fs. 930/931).

II. Que, contra esta decisión, el defensor particular de las imputadas Margarita Betiana Hollo y Elsa Susana Pavón, abogado Marcos Juárez, interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad a fs. 983/999 en favor de las nombradas, el que fue concedido a fs. 1000/vta. y mantenido ante esta instancia a fs. 1023.

III. La defensa encarriló su presentación en ambos supuestos previstos por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

Expresó que los motivos de casación enunciados se vinculaban estrechamente con la inconstitucionalidad de la escala legal prevista para el delito por el que fueron condenadas sus defendidas.

De tal modo, sostuvo que el mínimo de la escala prevista para las conductas reprimidas por el inciso 5º "c" de la Ley 23737, en casos como los de sus asistidas -que exhiben una situación de vulnerabilidad excepcional y fueron juzgadas por un solo hecho de comercialización y de tenencia-, debe ser declarado inconstitucional por resultar desproporcionado, contraproducente e innecesario desde el punto de vista de la prevención especial; citó en su apoyo precedentes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 2 de Córdoba.

Adunó a lo expuesto que, aún sin haber mediado declaración de inconstitucionalidad, fue considerado procedente apartarse del mínimo legal cuando concurren especialísimas circunstancias. Mencionó, en ese sentido, el dictamen del Fiscal General ante esta Cámara, doctor Javier Augusto De Luca, en el caso "Ríos, Mauricio David" (cfr. causa n° 16261, caratulada "Ríos, Mauricio David s/recurso de casación", Reg. 299/13, rta. el 16/04/13, Sala II de esta Cámara).

De otra parte, rememoró el criterio del Superior Tribunal de Córdoba en cuanto declaró inconstitucional el mínimo de la escala penal prevista por el artículo 5º inciso "c" de la Ley 23737, luego de la sanción de la Ley 26052.

Sostuvo que esa disposición, no obstante reconocer el menor contenido de injusto de los delitos de tráfico de estupefacientes cuando tienen destino directo al consumidor y habilitar, en consecuencia, la competencia provincial para su persecución, no atenuó la escala penal prevista en el mencionado artículo 5º inciso "c".

Tal circunstancia, adujo, ponía en evidencia una clara equivocación por parte del cuerpo legislativo.

Desde otro ángulo, expuso que la norma también vulneraba el principio de proporcionalidad de la pena, señalando que resultaba irracional y, en consecuencia, inconstitucional porque se establecían idénticas respuestas punitivas para una conducta comparativamente menos gravosa que otra.

En esa senda, cotejó la escala legal prevista para el delito de envenenamiento de aguas, alimentos o medicamentos y para su almacenamiento o venta (de 3 a 10 años de prisión), y la prevista para el delito de comercialización o tenencia de estupefacientes con tal fin, que prevé penas de 4 a 15 años de prisión.

Concluyó así que, desde el punto de vista de la gravedad del hecho y de la afectación al bien jurídico -salud pública-, la respuesta punitiva diferenciada no resultaba racional y vulneraba, en consecuencia, el principio de igualdad y proporcionalidad de la pena.

Cuestionó, además, la pena impuesta por transgredir el principio de culpabilidad y por resultar desproporcionada para los hechos reprochados y, por lo tanto, cruel, inhumana y degradante.

Por ello, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la escala legal prevista para las conductas reprimidas en el artículo 5º inciso "c" de la Ley 23737 y la imposición de una pena de 3 años de prisión para sus defendidas.

Desde otro andarivel, expuso que la sentencia carecía de fundamentación, toda vez que no consideró las condiciones personales y situación de vulnerabilidad de sus defendidas: consumo habitual de cocaína, problemas de salud, reconocimiento de los hechos y arrepentimiento, así como la ausencia de antecedentes penales.

De tal forma, concluyó que la pena aplicada vulneraba la finalidad de resocialización y el principio de mínima suficiencia, por lo que reiteró que correspondía la imposición de una pena de 3 años de prisión.

Hizo reserva del caso federal.

IV. En la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del CPPN, las partes no realizaron presentaciones (cfr. fs. 1024).

V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del CPPN, de la que se dejó constancia en autos, 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, Ana María Figueroa y Daniel Antonio Petrone.

El doctor *Barroetaveña* dijo:

I. Que, de manera liminar, es menester señalar que el recurso de casación interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que se encuentran satisfechas las exigencias previstas en la ley procesal penal.

En efecto, la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas, la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla, los planteos realizados encuadran dentro de los motivos allí previstos y se cumplieron los requisitos de tiempo y de fundamentación también exigidos en la referida norma procesal (cfr. arts. 457, 456, 459 y 463 del CPPN, respectivamente).

II. Superado el examen de admisibilidad y con carácter previo a adentrarnos en el estudio del recurso interpuesto por la defensa particular de las imputadas Hollo y Pavón, corresponde tener presentes los supuestos fácticos que se dieron por probados en la sentencia en crisis en relación con las nombradas, que reprodujo los requerimientos de elevación a juicio en los expedientes: 1) FCB 9112795/2013/TO1 en el que se atribuyeron los hechos que siguen: "(T)ERCER HECHO: con fecha 268 de marzo de 2013, siendo las 18:40 horas, en el predio sito en Bv. de la democracia Dr. Raúl Alfonsín S/N de barrio San Sebastián de la localidad de [M]ina Clavero, Departamento San Alberto, provincia de [C]órdoba más específicamente el kiosco 'Santi' ubicado en la parte delantera de dicho predio, de propiedad, de Margarita Betiana Hollo, detento sin autorización, con fines de comercialización o de obtención de ganancias, dentro de su ámbito o esfera de custodia y ejerciendo un poder de disposición, las siguientes sustancias estupefacientes: 1) Una planta de la especi[e] cannabis sativa en proceso de secado, que arrojo un peso de veintiséis coma treinta gramos (26,30 g) de dicha especie, conteniendo UNO COMA NOVE[CIEN]TOS DIECIOCHO GRAMOS (1,918 g) de principio activo, lo que equivale a QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO DOSIS UMBRALES - material identificado en el informe pericial químico como muestra M14 2) Un envoltorio de [nailon] color celeste, el que estaba guardado en una caja de cartón roja con las inscripciones Mc Donalds, que contenía en su interior, DOS COMA DIECISIETE GRAMOS (2,17 g) de CANABIS SATIVA, los que contenían CERO COMA CIENTO CATORCE GRAMOS, (0,114 g), de principio activo, EQUIVALENTE A TREINTA Y TRES DOSIS UMBRALES - material identificado en el informe pericial químico como muestra M15 3) Cuatro envoltorios de [nailon] color verde que contenían en su interior clorhidrato de cocaína, arrojando un peso total de TRES COMA OCHENTA Y DOS GRAMOS (3,82 g) de sustancia que contiene DOS COMA TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE GRAMOS (2,349 g) de COCAINA, equivalente a VEINTITRES dosis umbrales -material identificado en el informe pericial químico como muestra M16 a M19- y que se encontraban en el interior de un mate de aluminio. 4) Una bolsa de [nailon] [...] transparente que contení[a] en su interior clorhidrato de cocaína, arrojando un peso total de SETENTA Y CINCO COMA CUARENTA Y CINCO GRAMOS (75,45 grs.) de sustancia, conteniendo VEINTINUEVE COMA CIENTO NOVENTA Y NUEVE GRAMOS (29,199 gras.) de COCAINA, lo que equivalen a DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS (292) DOSIS UMBRALES- material identificado en el informe pericial químico como muestra M20. 5) Un cigarrillo de marihuana, con un peso de CERO COMA TREINTA GRAMOS (0,30g) de CANABIS SATIVA, los que se contienen CERO COMA CERO TRECE GRAMOS (0,013 g) equivalentes a CUATRO DOSIS UMBRALES- material identificado en el informe pericial químico como muestra M21."; 2) FCB 91008/2018/TO1, en el que le fueron atribuidos los siguientes hechos: "(S)EGUNDO HECHO: El día diecisiete de agosto de dos mil diecisiete, en horario anterior y subsistente a las 15:55 horas, en la vivienda habitada por Elsa Susana Pavón (ex pareja de Vicente Armando Hollo), ubicada en la planta alta detrás del restaurante de nombre 'Quincho el padrino', en el sector norte del predio, sito sobre ruta nacional N°14, sito en Bv. de la Democracia Raúl Alfonsín s/n de Barrio San Sebastián, de la localidad de Mina Clavero departamento San Alberto Pcia. [D]e Córdoba, la imputada PAVON, sin autorización y a sabiendas de su ilicitud, con fines de comercialización o de obtención de ganancias, dentro del marco de un emprendimiento de tipo comercial y con proyección de habitualidad, le habría vendido a Daniel Alejandro Gómez, cero coma noventa y cuatro gramos (0,94g) de cocaína, lo que equivale a OCHO DOSIS UMBRALES, (Muestra identificada a los fines de la pericia como M8), contenida en un envoltorio de [nailon], de color negro, anudado en su extremo y recubierto con cinta adhesiva transporte, estando dicha sustancia destinada al consumo personal del nombrado, mayor de edad y al cambio de la cual G[ómez], habría abonado como contraprestación, la suma de quinientos pesos (500) discriminado en tres billetes de cien pesos (100) y un billete de doscientos

pesos (200) la que habría entregado a Pavón en el mismo momento de recibir a la sustancia estupefaciente de aquella, en oportunidad en que concurrió a dicho domicilio, en el vehículo de su propiedad marca Ford, modelo F100, dominio WUV810, de color verde con caja de caño y chapa galvanizada, habiéndose retirado inmediatamente del lugar, en el rodado indicado por Ruta Nacional N°14 en sentido Sur-Norte. TERCER HECHO: El día diecisiete de agosto de dos mil diecisiete, en horario anterior y subsistente a las 16:35 [...], la imputada ELSA SUSANA PAVON, circulaba en la motocicleta marca Yamaha modelo Crypton, dominio 209 KGB, [...] negra, la cual era conducida por CLAUDIA VERONICA HOLLO, sobre calle [la piedad], en dirección hacia la calle 25 de mayo de la localidad de mina clavero, dpto. [S]an Alberto, pcia. de Córdoba, en cuya intersección, las justiciables fueron interceptadas por el personal de la fuerza de policía anti narcotráfico, procediéndose a su control, en virtud de que en el marco investigativo de la presente causa- SAC N° 6474794- se disponía el diligenciamiento de la Orden De Allanamiento, Requisa y Registro de vehículos emanada del juzgado de Control y Falta[s] de la sexta circunscripción judicial, con asiento en la localidad de [v]illa [d]olores provincia de Córdoba. Es así que en dicho contexto, las coimputadas ELSA SUSANA PAVON Y CLAUDIA VERONICA HOLL[O], actuando de consuno habrían detentado sin autorización y a sabiendas de su ilicitud, con fines de comercialización o de obtención de ganancias, dentro de su ámbito o esfera de custodia y ejerciendo un poder de disposición, cinco coma cincuenta y tres gramos totales (5,53) de sustancia purulenta blanca, semicompactada contenida en una bolsa de [nailon] [...] blanco con detalles en color rojo, con la inscripción 'SAN PABLO', ANUDADA EN SU EXTREMO, LA CUAL INTENTO OCULTAR LA INCUSA Pavón, colocándolas sobre el pavimento, más precisamente entre la vereda, y el cordón cuneta de la calle 25 de mayo, al que se encontraba roto en ese tramo, como así también un envoltorio más pequeño, [nailon] [...] blanco, anudado con un fragmento del mismo [nailon] en su extremo. Conteniendo en el caso de la bolsa blanca con detalles en rojo, cuatro coma setenta y seis gramos (4,76 grs) de sustancia que contienen cuatro coma cero sesenta gramos (4,060 grs.) de COCAINA equivalentes a CUARENTA y una dosis umbrales (muestra identificada a los fines periciales como M1) mientras que en el envoltorio de [nailon] más pequeño resguardaba cero coma setenta y siete gramos (0,77 grs.) de sustancia que contiene cero coma seiscientos cincuenta y siete (0,657 grs.) de COCAINA, que equivalen a SIETE DOSIS UMBRALES (muestra identificada a los fines de la pericia como M'). Acto seguido el personal de la FPA procedió a la aprehensión de las coimputadas ELSA SUSANA PAVON, Y CLAUDIA VERONICA HOLLO y al secuestro en poder de estas de la sustancia antes descripta, la cual era destinada a ser comercializada por las incusas [...]" (cfr. fs. 932vta./936). (Las mayúsculas obran en el original).

III. Sentado cuanto precede corresponde, ahora, abocarse a la empresa de analizar los agravios formulados por la defensa particular, los que se dirigen a cuestionar, de una parte, la constitucionalidad del mínimo de la escala legal previsto para las conductas reprimidas en el artículo 5º inciso "c" de la Ley 23.737 y, de otra, la proporcionalidad de la pena impuesta a sus defendidas.

De manera liminar, hemos de rememorar el criterio arraigado en la jurisprudencia de la Corte Suprema referida al rol de los jueces respecto del control de constitucionalidad de las normas.

En ese sentido, sostuvo en reiteradas ocasiones que la misión más delicada del Poder Judicial es la de mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que aquellos deben adoptar (Fallos: 155:248; 272:231; 311:2553; 328:3573; 338:488 y 339:1077, entre muchos otros).

De tal modo, consideró que la inconstitucionalidad de una ley debe declararse sólo en casos extremos y cuando ésta no admite una interpretación que la haga compatible con los principios de la Ley Fundamental, toda vez que debe estarse siempre a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286 y 335:2333, entre muchos otros).

En efecto, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 288:325: 290:83; 292:190; 294:383; 298:511; 300:1087; 302:457, 484 y 1149; 311:394; 312:122 y 435, entre muchos otros), sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322) y el interesado demuestra claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional (Fallos 207:1983).

Sentado lo precedentemente expuesto y con esa directriz, analizaremos el planteo de inconstitucionalidad traído a conocimiento de esta Sala.

III.a. Cuestionamientos relacionados con la inconstitucionalidad del mínimo a partir de la sanción de le Ley 26052 y su comparación con la escala prevista para otros delitos similares

El cuestionamiento se fundó en el error en el que, a juicio del recurrente, incurrió el legislador luego de

la sanción de la Ley 26052, toda vez que, por un lado, habría reconocido la menor gravedad de las conductas reprimidas en el artículo 5º inciso "c" de la Ley 23737 cuando tuvieran destino al consumidor final (habilitando la competencia provincial para su persecución), pero, por el otro, no atenuó la escala penal del delito para este supuesto.

En primer término, es necesario tener presentes los términos del artículo 2º de la Ley 26052, que sustituyó la redacción del artículo 34 de la Ley 23.737 por la siguiente: "(L)os delitos previstos y penados por esta ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país, excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances que se prevén a continuación: 1. Artículo 5º incisos c) y e), cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor [...]".

En ese orden, dable es destacar que la sustitución del artículo 34 de la Ley 23737, que estableció la desfederalización parcial de la persecución penal de los delitos reprimidos en el artículo 5º inciso "c" de la misma norma, no tuvo como propósito distinguir entre hechos de tráfico de estupefacientes más y menos graves, sino ampliar la capacidad de respuesta del estado –en el caso, los provinciales- en la lucha contra el flagelo de las drogas.

De este modo lo expresaron durante el debate legislativo, tanto la autora del proyecto (senadora Mabel Hilda Müller), como la miembro informante de la Comisión de Seguridad Interior y Narcotráfico (senadora Sonia Margarita Escudero).

Esta última graficó la situación a la que pretendía dar respuesta el proyecto normativo a través del siguiente ejemplo: "(c)uando un vecino de un barrio pobre de la ciudad indica el lugar donde se está vendiendo droga, la policía de la provincia de Buenos Aires no puede actuar -al igual que las policías de las demás provincias- sin una orden de allanamiento. O sea, la realidad es que todas las policías actúan cuando se encuentran cometiendo el hecho, es decir, cuando existe una situación de flagrancia del delito. En ese caso, la policía actúa; pero para poder realizar un allanamiento, ésta requiere de una orden judicial. La realidad de que no hay suficientes jueces federales o la falta de proximidad con el lugar del hecho plantean esta necesidad de que sean los jueces provinciales quienes también puedan autorizar las órdenes de allanamiento [...]" (cfr. Cámara de Senadores de la Nación, 27° Reunión - 21° Sesión ordinaria - Sesión ordinaria, 06/10/2004).

De la reseña del debate parlamentario efectuada, no surge que el propósito del Congreso de la Nación, tal como lo afirma la defensa, fuera establecer diferencias en las conductas vinculadas al tráfico de estupefacientes, reservando las de mayor gravedad a la jurisdicción federal.

El texto del artículo 1º de la Ley 26052 es otro elemento que desvirtúa el argumento de la defensa de que los legisladores tuvieron la finalidad de morigerar la sanción penal para algunas de las conductas con ánimo de lucro, vinculadas al tráfico de estupefacientes.

A través de este artículo se introdujo un nuevo párrafo en el artículo 5º de la Ley 23737 (último párrafo de la actual redacción): "(E)n el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis meses a tres años de prisión [...]" (el subrayado no obra en el original).

Adviértase que sólo se morigeró la escala penal para una conducta que carece de finalidad de lucro, circunstancia que la diferencia sustancialmente de las reprimidas por el inciso "c", cuya nota característica es el propósito de comercio.

En conclusión, obedece a la voluntad legislativa -y no a un error como lo pretende la defensa- mantener una única escala legal para las conductas previstas y reprimidas por el artículo 5º inciso "c" de la Ley 23737.

Desde otro ángulo, luego de comparar la escala legal prevista en los artículos 200 y 201 del Código Penal (CP) para el delito de envenenamiento de aguas, alimentos o medicamentos y para su almacenamiento o venta (3 a 10 años de prisión), con la determinada por el artículo 5º inciso "c" de la Ley 23737 para los delitos de comercialización o tenencia de estupefacientes con tal fin (4 a 15 años), la parte agraviada sostuvo que desde el punto de vista de la gravedad del hecho y de la afectación al mismo bien jurídico, la respuesta punitiva diferenciada no resultaba racional, vulnerando el principio de igualdad y de proporcionalidad de la pena.

En primer lugar, debe tomarse en consideración que de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema: "(r)esulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos 11:405; 191:245; 275:89), y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en lo que estima pertinente; de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad

de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341)" (Fallos: 314:424).

De conformidad con el criterio expuesto, el control jurisdiccional sólo resulta posible cuando se cuestiona la razonabilidad de una norma.

Este juicio de razonabilidad no debe basarse en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el código de fondo, ya que tal método interpretativo sólo llevará al dilema insoluble de saber si una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto: "(l)a única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan. De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de las proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho" (Fallos: 314:424, ya citado).

En esa línea, y aun si se admitiera – hipotéticamente- la validez de la afirmación de la defensa en lo que concierne a la semejanza entre las conductas reprimidas por los artículos 200 y 201 del CP y las reprimidas por el artículo 5º inciso "c" de la Ley 23737, lo cierto es que ello no constituye un óbice para que el legislador establezca un mínimo legal más elevado si consideró que tal medida resulta más eficaz para la lucha contra el flagelo social y de salud pública que entraña el tráfico de estupefacientes.

Tal circunstancia se torna más evidente si se considera que una de las dimensiones de la compleja problemática del narcotráfico, que inspiró la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Ley 24072, BO 14/04/92), fue que la demanda de sustancias estupefacientes representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos (cfr. en nuestro voto en la causa n° FRO 10696/2013/TO1/3/CFC, caratulada "Correa, Ariel Omar s/ recurso de casación", Reg. 1019/21, rta. el 28/06/21).

Si bien el derecho a la igualdad debe interpretarse en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en una razonable igualdad de circunstancias, lo cierto es que el legislador se encuentra facultado para contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto la diferenciación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas (cfr. Fallos: 321:3630; 323:1566; 340:1581; 340:1795 y 342:411, entre muchos otros).

En este aspecto, no se advierte que la determinación de una pena mínima de cuatro años de prisión para quienes comercien con estupefacientes o lo detenten con esa finalidad (aun cuando esté destinado directamente al consumidor), en vez de una de tres años como está previsto para aquellas personas que realicen esas mismas conductas con otras sustancias y mercaderías que puedan resultar peligrosas para la salud, pueda ser calificada como irrazonable, arbitraria o persecutoria.

En esa senda, hemos de resaltar que, más allá de la opinión personal que se pueda tener sobre la cuestión, la alegada falta de lógica que pueda representar la diferencia entre las penas mínimas establecidas por el legislador en los distintos tipos penales, no les quita validez constitucional, en tanto "(s)on incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquéllas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional [...]" (Fallos 314:424, citado párrafos más arriba), circunstancias que no se verifican en la especie.

En ese orden, expresamos en una intervención anterior que debe tenerse presente, por un lado, que las conductas previstas y reprimidas en la Ley 23737 se caracterizan por el ánimo de lucro derivado de la cadena de tráfico de estupefacientes y la consecuente lesión al bien jurídico tutelado: la salud pública; y por el otro, el ejercicio de la discreción parlamentaria reservada al Poder Legislativo, cuya finalidad es tutelar este bien jurídico (cfr., en lo pertinente y aplicable, nuestro voto en la causa n° FSM 3674/2015/TO1/CFC12, caratulada "SCHKAIR, Alberto Raúl s/recurso de casación", Reg. 578/19, rta. 16/04/19).

En ese andarivel, se observa que el legislador estableció como criterio objetivo para determinar la escala legal de la pena conminada para las conductas

reprimidas en el artículo 5º inciso "c" de la Ley 23737, que se trate de sustancias estupefacientes, considerando sus efectos generalizados y nocivos para la salud pública.

Por lo expuesto, corresponde seguir el criterio del más Alto tribunal, en cuanto a que no puede suponerse la inconsecuencia o imprevisión del legislador al dictar las leyes y, por lo tanto, su interpretación debe realizarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto (Fallos: 307:518; 327:3984 y 330:1910 entre muchos otros) y rechazar el agravio expuesto por la defensa.

III.b. Cuestionamientos vinculados con la transgresión al principio de culpabilidad y proporcionalidad de las penas.

Desde otro ángulo, adujo que la norma debía ser declarada inconstitucional, toda vez que el monto punitivo impuesto vulneraba el principio de culpabilidad y resultaba desproporcionado para los hechos reprochados y, en consecuencia, cruel, inhumano y degradante.

Expresó, además, que la sentencia carecía de fundamentación, toda vez que se habían soslayado las condiciones personales y situación de vulnerabilidad en la que se hallaban sus defendidas.

Solicitó, por tales motivos, la imposición de una pena de 3 años de prisión. Recordó, en tal dirección, el precedente "Ríos, Mauricio David" de la Sala II de esta Cámara y las especiales circunstancias tenidas en cuenta allí para aplicar una pena por debajo del mínimo legal.

Cabe señalar que la defensa planteó el agravio ante el juez a quo quien, luego de examinar la pertinencia de la aplicación al caso de los lineamientos sentados en el precedente "Ríos" (detallado renglones más arriba), concluyó que, en el caso, el mínimo de la escala penal prevista por el artículo 5° inciso "c" de la Ley 23737 no resultaba inconstitucional, puesto que las circunstancias del caso diferían del fallo invocado.

De tal modo, rememoró las circunstancias fácticas del aludido caso; a saber: la escasa cantidad de estupefaciente secuestrado; que se trataba de marihuana y no otra sustancia de mayor poder adictivo y lesivo para la salud y que el imputado no integraba una organización destinada al tráfico de narcóticos.

En lo que concierne a las circunstancias del presente caso, el tribunal de juicio señaló la significativa cantidad de estupefaciente secuestrado a Margarita Betiana Hollo en el kiosco "Santi" de su propiedad "(u)na planta de marihuana en proceso de secado, más un envoltorios de bolsa de [nailon] con 3,1 gramos aproximadamente de picadura de marihuana y un cigarrillo armado artesanalmente con idéntica sustancia; por otro lado, un total de 4,2 gramos de cocaína fraccionado y acondicionada en cuatro pequeños envoltorios de [nailon], más 77 gramos aproximadamente de cocaína sin fraccionar en una bolsa de [nailon] [...]".

Respecto de Elsa Susana Pavón, expuso que además de considerarse que realizó una operación de venta de sustancia ilícita, debía evaluarse el material que luego fue secuestrado en su poder, acondicionado y fraccionado para la venta; y que, en ambos casos, se trató de cocaína, una sustancia altamente adictiva y lesiva para la salud pública.

En la misma línea, rememoró que tanto las tareas de investigación como los numerosos testimonios obrantes en las actuaciones daban cuenta de la habitualidad de ambas imputadas en la conducta reprochada (cfr. fs. 968).

En tal sentido, expresó que la situación de las imputadas "(d)if[ería] sustancialmente de los parámetros que se fijaron en el citado precedente que justificaron el dictado de una medida excepcional y de última ratio como lo es la declaración de invalidez de una norma legal sancionada por el Congreso [...]".

En efecto, en coincidencia con lo señalado por el juez a quo, el cuestionamiento esbozado por la defensa de las aquí imputadas sólo expone su discrepancia con la forma en que el Poder Legislativo ejercitó la facultad acordada por la Constitución Nacional y no alcanza para sostener la alegada trasgresión a derechos constitucionales.

Tampoco puede sostenerse la afirmación de la defensa respecto de la ausencia o deficiente fundamentación de la sanción punitiva impuesta.

En este orden, a los fines de graduar la pena, el juez Díaz Gavier tomó en consideración las circunstancias específicas que surgen del debate y las pautas legales de mensuración contenidas en los artículos 40 y 41 del CP.

Así, evaluó tanto las características y el contexto de los hechos juzgados, como la extensión del daño causado.

Precisamente, al mensurar la pena a imponer a Margarita Betiana Hollo, el judicante evaluó como atenuante las características del hecho, su condición de consumidora de estupefacientes y los problemas

de salud que le generó esta circunstancia -destrucción de tabique nasal-, el contexto familiar desfavorable respecto al consumo de drogas en el que se educó, la ausencia de antecedentes penales y su condición de madre de tres hijos; uno de ellos menor de edad (cfr. fs. 969).

En relación con Elsa Susana Pavón, el juez de la anterior instancia tomó en cuenta, como pautas atenuantes de la condena, las características del hecho -narcomenudeo-, su condición de consumidora de estupefacientes, el reconocimiento de los hechos y su arrepentimiento, sus problemas de salud, así como la ausencia de antecedentes penales (cfr. fs. 969).

De lo expuesto, se desprende que las pautas mensurativas que la defensa alega que debieron ser consideradas a la hora de imponer a sus defendidas una pena menor al mínimo de la escala legal, ya fueron evaluadas por el tribunal de juicio en su sentencia.

En efecto, fue la valoración de esas circunstancias lo que gravitó a la hora de fijar la pena privativa de la libertad en el mínimo de la escala legal.

De tal suerte, la graduación censurada se encuentra suficientemente fundada y no se advierte -ni la defensa lo ha demostrado- que se trate de una resolución que se aparte de las circunstancias probadas en la causa.

En conclusión, no se evidencia la ausencia de fundamentación alegada por la defensa que autorice la descalificación de la decisión adoptada por el tribunal de juicio.

IV. Por lo expuesto, proponemos al acuerdo rechazar el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por el defensor particular de las imputadas Elsa Susana Pavón y Margarita Betiana Hollo, con costas en la instancia (arts. 470, 471 -ambos a contrario sensu-, 530 y 531 del CPPN); tener presente la reserva del caso federal.

Es nuestro voto.

La doctora *Figueroa* dijo:

I. Que coincido con la solución propuesta por el juez que lidera el presente Acuerdo, de rechazar el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por el defensor particular de las imputadas Elsa Susana Pavón y Margarita Betiana Hollo, con costas (arts. 470, 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN).

Sólo habré de agregar a continuación algunas consideraciones sobre las cuestiones traídas a control jurisdiccional de esta Cámara.

II. En relación a la admisibilidad del remedio casatorio deducido, adhiero a lo sostenido por el colega que me precede, en orden a que el recurso interpuesto por el defensor particular de las imputadas Elsa Susana Pavón y Margarita Betiana Hollo resulta admisible, por cuanto satisface las exigencias de interposición (arts. 458 y 463 del CPPN) y de admisibilidad (art. 444 del mismo plexo normativo), y se ha invocado inobservancia de normas sustantivas y procesales (art. 456 del CPPN).

Este tribunal de casación debe hacer una revisión amplia de la sentencia, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo C.1757.XL "Casal, Matías Eugenio y otros s/robo simple en grado de tentativa causa nº 1681" (CSJN rta. el 20/9/05, Fallos: 328:3399) en el sentido de que "...debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable...el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular...; y que "...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación...".

III. Ingresando al análisis de las impugnaciones sometidas a inspección jurisdiccional, habré de adherir al rechazo del agravio referido a la inconstitucionalidad del mínimo de la escala legal previsto para los delitos tipificados en el artículo 5º inciso "c" de la Ley 23737, por los que fueran condenadas Pavón y Hollo, en atención a las consideraciones que efectuaré a continuación.

a) En primer término, conforme he señalado en la causa "MINUET, Rubén Carlos y otros s/ recurso de casación" (FCB 47540/2014/TO1/CFC2, registro nro. 1716/17 de esta Sala I, rta. el 21/12/2017) –entre muchas otras-, cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia. Únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto

de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (CSJN, Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424).

Asimismo, el Superior Tribunal de la Nación ha señalado que el Poder Legislativo es el único órgano constitucional que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada conforme la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos: 209:342). Ha consignado en tal sentido que "resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo, y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente" y que "sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada" (Fallos: 314:424 "Pupelis, María Cristina y otros s/robo con armas - causa n° 6491").

Además, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424). Se trata de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes públicos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas-, son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Cabe, asimismo, recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como principio que las leyes deben interpretarse conforme a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador, sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos 300:700); las leyes deben interpretase conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquel concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:311, considerando 8º), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo la unas por las otras y adoptando, como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297, considerando 3º; 312:1614; 321:562; 324:876, entre otros).

La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 303:578 y B. 4143. XXXVIII, "Blum, Nicolás Ricardo y Cartagena, Juan Manuel s/causa nº 4052").

En el mismo sentido, y como el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos fundamentales y es tarea del legislador articular los lineamientos generales de la política criminal, la apreciación que realiza el legislador constituye una decisión política sobre la que no cabe modificación por parte de los jueces, ya que representa facultadas específicas de aquél sobre la política criminal, la que solo tendría lugar en el caso de que se lesionen garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional o Tratados Internacionales en que la República sea parte (cfr. causa nº 7976, Sala I, "Montano, Alberto Abel s/recurso de inconstitucionalidad", reg. nº 10.338, rta. el 18/4/2007).

b) Es facultad exclusiva del Poder Legislativo nacional determinar qué conductas configuran delitos, cuál es la sanción mínima y máxima que corresponde a cada tipo, determinación respecto a la cual el magistrado efectúa la concreta aplicación al caso traído a su jurisdicción.

No corresponde al Poder Judicial en el sistema democrático vigente efectuar un análisis del mérito o conveniencia, acierto o error de la norma, ya que ello es propio de las atribuciones constitucionales que le competen al Poder Legislativo, sino que debe sujetarse a efectuar un control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma, en los casos sometidos al control jurisdiccional, siendo infranqueable el límite de los estándares convencionales con jerarquía constitucional o superior a las normas de derecho interno, conforme el art. 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional.

Así, no luce irrazonable ni desproporcionada la escala contenida en el art. 5 inc. "c" de la ley 23737, que establece un mínimo de cuatro años de prisión para quien "comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte", ni se observa que vulnere los principios de culpabilidad, razonabilidad, proporcionalidad e igualdad ante la ley, alegados por la parte recurrente.

La defensa no ha demostrado que, en el caso, se haya verificado una aplicación irracional de la norma, ni que la pena impuesta conduzca a desconocer las razones de humanidad y equitativa aplicación de

justicia reclamadas, en razón de la afirmada desproporción entre el mínimo legal de la figura de envenenamiento de aguas, alimentos o medicamentos y para su almacenamiento o venta en comparación con la aquí cuestionada, porque de admitirse dicha comparación, estaríamos excediéndonos de la facultades propias del juez.

En tal sentido, la condena a la pena de cuatro años de prisión por considerarse a las imputadas Pavón y Hollo autoras de los delitos de comercialización y tenencia de estupefacientes con tal fin, respectivamente, no luce desmesurada ni descontextualizada de la culpabilidad que por los sucesos les corresponde a las nombradas.

Así, las críticas elaboradas por el recurrente se vinculan con cuestionamientos a las razones de política criminal subyacentes en la decisión del legislador, sin demostrar que en el presente caso apartarse del mínimo legal previsto para la figura en análisis no conlleve a una decisión de "activismo judicial", en desmedro de los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica.

Dejar a criterio de cada magistrado, el monto de pena que correspondería aplicar en un caso concreto, con prescindencia de la escala seleccionada para el delito por el legislador, sin un fundamento serio que demuestre que dicha sanción pueda derivar en la aplicación de una pena cruel, inhumana o degradante, conforme prohíben el art. 5.2 CADH; art. 7 PIDCyP; art. 2 de la "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes"; art. XXVI "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", sería admitir funciones que caracterizan al ámbito legislativo, y trasladarlas al poder judicial, en violación al sistema republicano de gobierno.

Habiendo efectuado el correspondiente test de constitucionalidad y convencionalidad del mínimo previsto en el art. 5 inc. "c" de la ley 23737, he de sostener que en un sistema republicano corresponde al Congreso de la Nación determinar la política de estado sobre la criminalización de conductas y el sistema represivo legal, no debiendo el Poder Judicial arrogarse funciones legislativas y no estando dentro de sus competencias valorar el acierto o desacierto del sistema, siendo cuestiones políticas no judiciables, sino que sólo es competente para resolver la inconstitucionalidad de una norma cuando la misma se opone a la Constitución Nacional y disposiciones convencionales de superior jerarquía a las normas de derecho interno. Es por ello que, entiendo, el mínimo de cuatro años de prisión contenido en el art 5 inc. "c" de la ley 23737 no colisiona con los estándares constitucionales y convencionales en el caso en análisis.

IV. Asimismo, debe señalarse en referencia a la mensuración de pena que fuera impugnada por el defensor, que las condenas a cuatro años de prisión, multa, accesorias legales y costas que fueran impuestas a las imputadas Pavón y Hollo, fueron resueltas por el tribunal a quo en cumplimiento de las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del CP.

En efecto, para ello se valoró como atenuantes las circunstancias particulares del caso, a las que también hizo referencia la defensa -situación de vulnerabilidad de las imputadas, falta de antecedentes penales computables-, lo que justificó condenas por el mínimo legal.

He sostenido en reiteradas oportunidades que magnitud del injusto y culpabilidad constituyen pautas ineludibles para la determinación de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen ser tenidas en cuenta por el juzgador al momento de graduar la sanción.

En lo atinente a la individualización punitiva, corresponde memorar lo resuelto por el Máximo Tribunal respecto a que "...el ejercicio por los magistrados de sus facultades para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepa decidir en la instancia del art. 14 de la ley 48 -Fallos: 304:1626; 305:293; 306:1669; 308:2547; causas L.1626, XX, 'Lombardo, Héctor R.', del 4 de septiembre de 1984, P. 101, XXII, 'Poblete Aguilera, Norberto', del 6 de diciembre de 1988; A. 599, XXII, 'Alias, Alberto y otro', del 29 de agosto de 1989; G. 416, XXII, 'Gómez Dávalos, Sinforiano', del 26 de octubre de 1989; T. 50, XXIII, 'Tavares, Flavio Arístides', del 19 de agosto de 1992, entre otros-, salvo casos excepcionales en los que se ha incurrido en una arbitrariedad manifiestamente violatoria de la garantía de defensa en juicio, como sostener la sentencia en 'afirmaciones abstractas que no condicen con las constancias de la causa' (V. 324, XXII. 'Villarreal, José Alberto s/pedido de unificación de pena', del 22 de marzo de 1988); o de omitir el tratamiento de circunstancias atenuantes, es decir, cuando el fallo 'sólo explicó el incremento de la pena sobre la base de pautas objetivas, sin fundar cuáles serían las subjetivas que, en conjunta valoración con las anteriores, justificasen el aumento, y omitió considerar la gran cantidad de elementos de juicio favorables respecto de la personalidad de la procesada' -V. 242, XXIII, 'Viñas, Lía Alejandra y otros s/robo calificado', del 13 de agosto de 1992-...".

Sobre la base de estos lineamientos, entiendo que los agravios de la defensa no pueden prosperar, toda vez que del análisis de la sentencia impugnada se advierte que, al momento de fijar la pena a las recurrentes, el *a quo* brindó fundamentos jurídicos suficien-

tes, en tanto valoró las circunstancias particulares e incidencia específica de los hechos que se les atribuyen a las imputadas y el grado de culpabilidad que se ha verificado, a partir de la valoración prudentemente realizada de la totalidad del plexo probatorio del caso, y su consecuente responsabilidad en los sucesos criminosos, todo ello, conforme establecen los artículos 40 y 41 del CP.

Asimismo, la escala prevista para los delitos que se les endilga a Pavón y Hollo -comercialización y tenencia de estupefacientes con tal fin-, parte de un mínimo de cuatro años de prisión a quince años de prisión, por lo que la pena de cuatro años, en el mínimo legal, no aparece excesiva teniendo en cuenta las pautas señaladas por el a quo.

De tal modo, los defectos señalados en el recurso de casación intentado por la defensa resultan insuficientes para descalificarla como acto jurisdiccional válido, dada la concurrencia de diversas circunstancias agravantes y atenuantes válidamente computadas por el Tribunal Oral Federal nº 1 de Córdoba, que justifican el quantum de la sanción impuesta.

Por tal motivo, entiendo que no corresponde hacer lugar al motivo de agravio planteado por la defensa de las nombradas, en punto a la cuestión aquí analizada.

V. Por lo demás, considero conveniente destacar el compromiso internacional asumido por el Estado Argentino en la persecución del tráfico internacional de estupefacientes, mediante la aprobación de la Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Ley 24.072, B.O. 14 de Abril de 1992). En dicha Convención, los Estados Partes reconocieron que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional. A su vez, establecieron también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional, cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad.

El Estado Argentino, al ratificar la mentada Convención, se obligó a extremar los recaudos para la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes, cuando pueda tratarse de casos que versen sobre el tráfico internacional de sustancias estupefacientes, recaudos entre los que no cabe excluir la debida observancia a los principios de igualdad, culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad de la pena, extremos que han sido observados en las presentes actuaciones.

VI. En estos términos, las razones expuestas me llevan a la convicción de que el decisorio en crisis debe ser reputado como un acto jurisdiccional válido, toda vez que constituye una derivación razonada del derecho vigente, con sustento en las normas que rigen la materia y ajustada a la doctrina establecida por la CSJN en los citados precedentes.

Tal es mi voto.

El doctor *Petrone* dijo:

Que por compartir en lo sustancial los fundamentos expuestos por el distinguido colega que encabeza el presente Acuerdo, doctor Diego G. Barroetaveña, el que a su vez es acompañado por la señora jueza doctora Ana María Figueroa, adhiero a la solución propuesta en su voto y expido el mío en igual sentido.

Por lo expuesto, el Tribunal *Resuelve:*

I. RECHAZAR el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por el defensor particular de las imputadas Elsa Susana Pavón y Margarita Betiana Hollo, con costas en la instancia (arts. 470, 471 -ambos a contrario sensu-, 530 y 531 del CPPN).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN), y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ana M. Figueroa.* — *Daniel A. Petrone.* — *Diego G. Barroetaveña.*

DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Pandemia. Rechazo del pedido de arresto domiciliario. Interno carcelario con enfermedades preexistentes.

1. — Es inadmisible el recurso de casación. Las alegaciones de la defensa con relación a la problemática general suscitada por la pandemia del virus COVID-19, dicha parte no logra evidenciar de qué modo aquella circunstancia tiene una incidencia en el caso bajo estudio que exponga una falta de fundamentación en la resolución recurrida, que denegó el arresto domiciliario.

2. — El tribunal de la causa debe requerir al establecimiento penitenciario donde el interno se encuentra detenido que arbitre los medios necesarios para dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de la CFCP

y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020).

3. — Tratándose de una cuestión federal vinculada con el derecho a la salud de una persona privada de libertad, de conformidad con lo establecido en el caso "Di Nunzio" (Fallos 328:1108) el recurso deducido resulta admisible (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 16/09/2021. - Ramos Marca, Ricardo s/ incidente de prisión domiciliaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/140853/2021]

COSTAS

Sin costas.

Expte. n° FSM 153914/2018/TO01/4/CFC004

Buenos Aires, 16 de septiembre de 2021.

Integrada la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal por el doctor Mariano Hernán Borinsky –como Presidente-, el doctor Javier Carbajo y la doctora Angela E. Ledesma -como Vocales-, asistidos por el secretario actuante, de manera remota de conformidad con lo establecido en la Acordada 27/20 de la CSJN y la Acordada 15/20 de la CFCP, para decidir acerca de la admisibilidad del recurso de casación interpuesto en la presente causa FSM 153914/2018/TO1/4/CFC4, caratulada: "RAMOS MARCA, Ricardo s/recurso de casación".

El doctor *Borinsky* dijo:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 4 de San Martín, con fecha 16 de julio de 2021, resolvió: "I) NO HACER LUGAR al pedido de arresto domiciliario instado por la Defensora Pública Coadyuvante, Dra. Lidia N. Millán, en favor de su asistido de RICARDO RAMOS MARCA (arts. 10 del C.P. y 32 de la ley 24.660, en sentido contrario). II) RECHAZAR la morigeración de la detención instada por el mencionado defensor".

II. Contra dicho pronunciamiento, el Defensor Público Oficial de Ricardo Ramos Marca interpuso el recurso de casación en estudio; el que fue concedido por el a quo con fecha 18 de agosto de 2021.

En su presentación recursiva la defensa sostuvo la errónea aplicación de la ley sustantiva y de las recomendaciones de los Organismos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.

Expuso que la resolución recurrida resulta arbitraria pues entiende que se ha desviado "...del enfoque constitucional y legal del instituto en análisis en contexto de pandemia por Covid – 19".

El recurrente alegó que le causa un agravio irreparable a Ricardo Ramos Marca el rechazo de la detención domiciliaria peticionada en su favor, en función de su "condición de persona en particular riesgo por sus enfermedades preexistente, en contexto de la pandemia que asola a nuestro país y al mundo puesto que, conforme fuera peticionado en el marco de la aplicación excepcional del artículo 32 inciso a); 33 y cc de la ley 24.660 y 10 inciso a) del Código Penal, en conjunción con el principio pro homine, humanidad, derecho a la salud, integridad personal y vida, en función de la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 66/2020 de fecha 31 de marzo del año 2020, tomada en cuenta por la presidencia de la Cámara Federal de Casación Penal con fecha 2 de abril de 2020, para que los Tribunales apliquen los lineamientos de esa recomendación...".

Agregó que la detención domiciliaria cualquiera sea la modalidad, sigue siendo encierro y cumplimiento de la pena impuesta, "en el caso no en el establecimiento penitenciario de alto riesgo como la Unidad 5 del Servicio Penitenciario Federal, sin un adecuado sistema sanitario, ya que no puede considerarse un sistema de salud que comporte la posibilidad de tratar y contener la pandemia, en el caso sub examine".

La letrada postuló que "...el carácter jurídico del agravio surge de la resolución que así resuelve la denegatoria, por resultar contraria a la visión normativa de los institutos solicitados que debe asignarse en función de la situación de excepción generada por la pandemia y el riesgo concreto y cierto del justiciable en caso de contagio, por estar incluido dentro de la población de riesgo de COVID19".

Sostuvo que "...el informe médico si bien expresa que se están tomando las medidas y recomendaciones propuesta por el Ministerio de Salud, lo cierto es que estas medidas son insuficientes en contexto de encierro sobrepoblado, deficiencia sanitaria, falta de insumos".

Solicitó que se "...conceda a mi asistido Ricardo Ramos Marca la detención domiciliaria, en razón de lo establecido en el artículo 32 inciso a) y 33 de la ley 24.660 y 10 inciso a del Código Penal en función de la pandemia declarada por la aparición del Coronavirus 2019-nCov (denominado COVID 2019) y de la acordadas 3/20 y 9/20 de la Cámara Federal de Casación Penal y 4/2020; 6/20;8/20 y 10/20 de la CSJN la exhortación de la Presidencia de la CFCP del 2 de

abril del 2020 y la recomendación 66/20 y la Resolución 1/20 de la Comisión IDH". Hizo reserva de caso federal.

III. De modo liminar, cabe señalar que con fecha 31 de agosto de 2020, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°4 de San Martín, resolvió "II. CONDENAR a RICARDO RAMOS MARCA a la PENA DE CUATRO AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN, MULTA DE CUARENTA Y CINCO UNIDADES FIJAS, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS DEL PROCESO, por resultar coautor del delito de tráfico de estupefacientes, en las modalidades de transporte, almacenamiento y preparación (arts. 12, 45 del CP, 5° -inc. c- de la ley 23.737 y 530 y 531 del CPPN).III. DECLARAR REINCIDENTE a RICARDO RAMOS MARCA (art. 50 del CP)". Dicha condena se encuentra firme (cfr. causa FSM/153914/2018/TO1, Sistema Gestión Integral de Expedientes Judiciales "LEX100").

IV. Si bien las resoluciones que involucran la libertad del imputado, en principio, resultan equiparables a sentencia definitiva, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934; 328:1108; 329:679; entre otros), para posibilitar la jurisdicción revisora de esta Cámara Federal de Casación Penal, debe encontrarse debidamente fundada en una cuestión federal.

En el *sub judice,* la defensa de Ricardo Ramos Marca no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el a quo consideró relevantes para rechazar lo peticionado en autos.

La presente causa se inicia a raíz de la presentación in pauperis formae mediante la cual Ricardo Ramos Marca solicitó la concesión de su arresto domiciliario. Posteriormente dicha solicitud fue fundamentada por la Defensa Pública Oficial de la instancia anterior.

En la mencionada petición, la defesa del nombrado requirió la concesión del arresto domiciliario a su asistido, de conformidad con lo establecido en los arts. 32 inciso a), 33 de la ley de ejecución penal y 10 inciso a) del Código Penal ello con motivo de la declaración de la pandemia por el virus COVID-19 y en virtud de lo dispuesto en consecuencia, por las acordadas Nro. 3/20 y 9/20 de la Cámara Federal de Casación Penal, con el objeto de garantizar el derecho a la salud, acordadas 4/20; 6/20; 8/20 y 12/20 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la comunicación de la CIDH del 20 de marzo del pasado año 2020 sobre la atención especial que deben asignar los Estados a los Grupos de Riesgo en situación de vulnerabilidad, entre ellos los privados de libertad y el comunicado 66/20 2 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 31 de marzo del pasado año. De forma subsidiaria requirió la morigeración de la detención de Ramos Marca.

En lo sustancial, basó la petición en que Ramos Marca se encuentra dentro del grupo de factor de riesgo frente al COVID19, con antecedentes de hipertensión arterial y diabetes del tipo 1, lo que requería un seguimiento diario, situación que se vería agravada al encontrarse en una institución penitenciaria que no le ofrecería el tratamiento que su dolencia requiere. Postuló que la población carcelaria se encuentra superpoblada y con graves déficits sanitarios y que en razón que un brote y/o contagio intramuros podría ocasionar un grave peligro para la salud nombrado.

Previo a resolver, el tribunal a quo solicitó al Complejo Penitenciario Federal I la realización de informes médicos para poder determinar el estado de salud general de Ramos Marca, especificándose las patologías que padecía, como así también su diagnóstico y adecuado tratamiento; debiendo precisarse si se encontraba en riesgo más elevado para Covid19 respecto del resto de la población carcelaria.

Cumplido ello, el representante del Ministerio Público Fiscal de la instancia anterior entendió que no debía hacer lugar a la prisión domiciliaria en favor de Ricardo Ramos Marca.

En primer lugar el fiscal recordó que "...el día 20 de abril de 2020, ese Tribunal, ante un planteo con argumentos análogos por parte de la defensa, resolvió denegar el beneficio de la prisión domiciliaria a favor de Ricardo Ramos Marca, ello, en consonancia con la opinión de este Ministerio Público Fiscal, argumentos que permanecen vigentes..." y que "... [a]]nte el recurso de la defensa, la Sala IV de la CFCP declaro su inadmisibilidad, encomendando a ese Tribunal, en el punto III del Resolutivo, arbitrar los medios a fin de disponer a la Unidad Carcelaria donde se encuentra alojado Ricardo Ramos Marca, dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el S.P.F." (DI-2020-58-APN- SPF#MJ, del 26/03/2020). Medida que se efectivizo el 21/4/21 (fs. 54 Lex100)".

Mencionado ello, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que ante el nuevo planteo efectuado por la defensa se "solicitó al SPF la historia clínica completa del penado, su legajo socio-ambiental y finalmente un amplio informe médico, tendiente a

determinar su estado de salud general, especificando sus patologías, diagn[ó]stico y adecuado tratamiento debiendo especificar si actualmente se encuentra en riesgo más elevado para covid-19 que el resto de la población carcelaria".

Postuló que "del informe emitido el 21 de junio del corriente que durante el presente año el nombrado no llevó a cabo las recomendaciones de los galenos en punto a su nutrición, como así también en relación a la actividad física".

El dictaminante advirtió por parte de Ramos Marca, una postura contraria a salvaguardar su salud, una falta de acatamiento a las directivas médicas emitidas a fin de mejorar sus problemas de salud -imposibilitando de ese modo su propia recuperación, ello, independientemente del modo en que se lleve a cabo la ejecución de la pena- y que el personal médico que lo trata, dispuso medidas que el interno no cumplió, las que se vieron reflejadas en los posteriores guarismos de sus estudios clínicos.

En el dictamen se expuso que "[e]n punto a la pertenencia al grupo de riesgo por la actual pandemia, surge de los informes médicos, que el nombrado recibió la primera dosis de la vacuna Astrazeneca (lote 77534) reduciendo de este modo significativamente el riesgo ante un eventual contagio del virus. Ante lo cual y siempre y cuando se cumplan con las medidas de distanciamiento y protocolos de seguridad e higiene dispuestas, es que, por el momento, no se advierten elementos de riesgo que ameriten la concesión de la prisión domiciliaria" (cfr. dictamen fiscal del 6/7/2021, Sistema Gestión Integral de Expedientes Judiciales "LEX100").

En efecto, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 4 de San Martín, con fecha 16 de julio de 2021, resolvió: "I) NO HACER LUGAR al pedido de arresto domiciliario instado por la Defensora Pública Coadyuvante, Dra. Lidia N. Millán, en favor de su asistido de RICARDO RAMOS MARCA (arts. 10 del C.P. y 32 de la ley 24.660, en sentido contrario). II) RECHAZAR la morigeración de la detención instada por el mencionado defensor".

Consideró, en consonancia con lo dictaminado por el fiscal general de la instancia anterior que "... no corresponde dar acogida favorable al pedido de la defensa oficial de Ricardo Ramos Marca, sustentado en los riesgos que conllevarían a su respecto la situación de pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud del virus identificado como COVID- 2019".

Expuso que "... no ha logrado demostrar la defensa, y no ha quedado acreditado en las constancias de esta incidencia que las circunstancias de su encierro avizoren un aumento inaceptable de las posibilidades de contagio, por encima del riego general al que estamos todos sometidos".

El magistrado interviniente indicó que "...los organismos estatales, en especial el penitenciario, están poniendo todos los esfuerzos y medios para evitar el riesgo de contagio de la población carcelaria, a fin de contener el sistema de salud de las unidades bajo su órbita".

En virtud de ello, remarcó que "el Ministerio de Salud elaboró con fecha 29 de abril de 2020 las Recomendaciones para establecimientos penitenciarios - Covid-19. En ese documento se elaboran estrategias especiales para llevar a cabo las funciones de atención, prevención y promoción dentro de los establecimientos penitenciarios en el marco de la pandemia. Se trata de recomendaciones de prevención y cuidados en contextos de encierro, dirigidas a las autoridades de los servicios penitenciarios, al personal que presta funciones en los establecimientos y a la población privada de la libertad".

El *a quo* agregó que "...la Cámara Federal de Casación Penal acordó por mayoría, una serie de recomendaciones tendientes a mitigar la emergencia penitenciaria declarada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (cfr. RESOL-2019-185- APN-MJ) y la sanitaria (cfr. Decreto N° 260/2020), mediante la implementación de medidas alternativas al encierro carcelario".

Destacó que "la Dirección Nacional del SPF, mediante Disposición DI-2020-47-APN-SPF#MJ dispuso la conformación del Comité de Crisis, con el objeto de coordinar las medidas de prevención, detección y asistencia, con el propósito de evitar la propagación del virus" y el "el 20/03/2020 la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal aprobó el "Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por coronavirus COVID19", el cuestionario de "Declaración Jurada" y el "Flujograma del Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento", con el objeto de neutralizar todo riesgo interno, mediante la aplicación de medidas tendientes a mitigar el contagio".

El tribunal señaló que con "...el objetivo de reducir las posibilidades de contagio en los penales y lograr condiciones que permitan realizar un diagnóstico diferenciado de COVID-19, elaboró las "Pautas de procedimientos destinadas al diagnóstico diferencial del COVID-19 por parte de los profesionales de la salud del Servicio Penitenciario Federal" (DI-2020-25235058-APN-DSG#SPF, de fecha 17/04/2020)" y que "[A]demás, se aprobó -en forma provisional- la

implementación de Centros de Aislamientos Preventivos que cumplan con los estándares fijados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud para proporcionar atención médico inicial y realizar el seguimiento previo, con la finalidad de minimizar el posible contagio entre internos y su consecuente impacto en el sistema sanitario".

Fundamentó que en el caso concreto no se presentan los extremos requeridos por el art. 32 -inc. a) y b)- de la ley 24660 y art. 10 -inc. a) y b)- del C.P. y tuvo en cuenta que "el informe labrado por la Sección Asistencia Médica de la Unidad N° 5 del Servicio Penitenciario Federal, que da cuenta de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia. Allí se especificó que Ramos Marca estaría siendo atendido de manera regular por el Servicio Médico de dicha unidad penitenciaria destacándose que el nombrado había recibido, en fecha 16 de junio del año en curso la primera dosis de la vacuna Astrazeneca contra el Covid-19 por pertenecer al grupo de riesgo -lote: 77534-".

En la resolución recurrida se valoró "lo informado por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal mediante nota N° NO-2021- 53647518-APN-DJ#SPF de fecha 15 de junio del año en curso -agregado a fs. 197/204 del legajo de ejecución FSM 153914/2018/TO1/7- respecto de Ramos Marca a través del cual se informó que: '...mediante expediente electrónico EX-2020- 77020672- -APN-DJ#SPF se procedió a dar intervención a la sección Asistencia Médica de la U.5, quien mediante informe médico hace saber que, habiendo interrogado al incoado resulta que no realiza el esquema de aplicación de insulina de manera correcta y ordenada. Ante esa situación, se decide pactar un horario diario de concurrencia al servicio y personal del área, desde aquel momento, es quien hace las aplicaciones, mejorando significativamente los valores. A raíz de lo expuesto anteriormente, se dio intervención a la Dirección de Sanidad, a fin de que se expida respecto al informe médico remitido por la unidad de alojamiento del interno nombrado. La citada Dirección, hace saber que los nosocomios de todo el país se encuentran con las consultas programadas suspendidas o demoradas en razón de la pandemia por SARS COV 2 y que en este sentido, un traslado con tal argumentación no tendría mayor sentido. Asimismo, se tomó conocimiento del informe médico del que se desprende que el paciente Ramos Marca Ricardo padece Diabetes tipo II insulinorrequirente con impacto de órgano blanco, a saber, retinopatía. En ese entendimiento, del mentado informe se desprende que se trata de un paciente con enfermedad de larga data, con respuesta parcial al tratamiento, ya se trate por las características propias de la enfermedad, la respuesta al tratamiento, el incumplimiento dietético o la falta de adherencia por parte del paciente. Por lo expuesto, y por orden expresa del Señor Director de Sanidad Dr. Juan Miguel Cailliava, esa Dirección solicita que se remita informe semanal sobre el estado de salud del nombrado Ramos Marca. Se adjunta para un mejor proveer copia de las actuaciones de mención'".

El magistrado afirmó que "las patologías que sufre Ricardo Ramos Marca, las cuales resultan ser preexistentes y de larga data, son tratadas adecuadamente en el establecimiento carcelario y que el interno está recibiendo los fármacos correspondientes, resultando además que el nombrado no estaría cumpliendo de forma adecuada con las prescripciones indicadas por los galenos tratantes".

Indicó que lo expuesto descarta "enfáticamente las alegaciones de la parte que no ha logrado demostrar que su asistido no esté siendo debidamente controlado por sus dolencias, que no se estén cumpliendo con los protocolos y recomendaciones del Ministerio de Salud en su lugar de detención, ni de qué forma se reduciría el riesgo que presenta Ricardo Ramos Marcos ante el contagio del COVID19 con su traslado al lugar de residencia de su grupo familiar".

Analizó que la "acordada 9/2020 de la CFCP aconsejó la implementación del arresto domiciliario -mediante mecanismo de control y monitoreo- en aquellos casos de personas detenidas en situación de vulnerabilidad por riesgo para la salud; con prisiones preventivas o condenados por delitos no violentos o escasa lesividad; condenados de hasta 3 años de prisión; condenados en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de la libertad asistida, condicional o salidas transitorio; entre otras".

Por ello, enfatizó que la situación de Ramos Marca "lejos de quedar comprendida bajo la casuística que habilitaría la adopción de la modalidad alternativa de encierro, considero que los delitos materia de la condenada imponen su rechazo por la gravedad de la conducta (tráfico de estupefacientes en las modalidades de transporte, almacenamiento y preparación) a lo que debe sumarse que el encartado fue declarado reincidente".

El tribunal a quo concluyó que "...por el momento no se han aportado al caso elementos de convicción que permitan deducir un riesgo inminente o grave para la salud del interno en cuestión, por fuera del que viene sufriendo el resto de la población".

En virtud de las consideraciones precedentes, se advierte que las discrepancias valorativas expresadas por el impugnante contra la decisión del tribunal a quo, más allá de evidenciar la existencia de una fundamentación que no comparte, no configuran un

agravio fundado en la doctrina de arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 320:1108).

Además, la parte recurrente no ha logrado demostrar en esta instancia –ni se advierten- circunstancias novedosas que permitan conmover el temperamento oportunamente adoptado en el aquí citado precedente (cfr. causa FSM 153914/2018/TO1/4/CFC1, Reg. 394/20.4 rta. El 17/4/2020.).

A su vez, respecto a las alegaciones de la defensa con relación a la problemática general suscitada por la pandemia del virus Covid-19, dicha parte no logra evidenciar de qué modo aquella circunstancia tiene una incidencia en el caso bajo estudio que exponga una falta de fundamentación en la resolución recurrida.

Por lo demás, habré de encomendar al tribunal a quo que requiera al establecimiento penitenciario donde Ricardo Ramos Marca se encuentra detenido que arbitre los medios necesarios para dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el S.P.F." (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020).

V. En función de lo expuesto, propongo al acuerdo: I. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ricardo Ramos Marca; sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.); II. ENCOMENDAR al a quo que requiera al establecimiento penitenciario donde Ricardo Ramos Marca se encuentra detenido que arbitre los medios necesarios para dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el S.P.F." (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020) y III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

El doctor *Carbajo* dijo:

Por compartir, en lo sustancial, las consideraciones formuladas por el colega que lidera el orden de votación, Dr. Mariano Hernán Borinsky, adhiero a la solución allí propuesta, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

La doctora *Ledesma* dijo:

Sólo he de señalar que nos encontramos en presencia de una cuestión federal vinculada con el derecho a la salud de Ricardo Ramos Marca (artículos 75 inc. 22 de la CN, 5 de la CADH y 10 del PIDCyP), razón por la cual, de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Di Nunzio" (Fallos 328:1108) el recurso deducido resulta admisible.

Ello, sin perjuicio de la solución que en el caso pudiera corresponder.

Así es mi voto.

Por ello, en mérito al Acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría,

Resuelve:

I. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de Ricardo Ramos Marca, sin costas en la instancia (arts. 530 y c.c. del C.P.P.N.). II. ENCOMENDAR al tribunal a quo que requiera al establecimiento penitenciario donde Ricardo Ramos Marca se encuentra detenido que arbitre los medios necesarios para dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta C.F.C.P. y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el S.P.F." (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada nro. 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky. — Ángela E. Ledesma. — Carlos J. Carbajo.*

RECURSO DE CASACIÓN

Auto que ordena el desarchivo de la causa. Rechazo del recurso.

> La decisión contra la que se dirige la vía casatoria no integra el elenco de aquellas que enumera el art. 457 del Cód. Proc. Penal como susceptibles de ser conmovidas por el medio impugnativo. Tal obstáculo tampoco pudo ser superado por la parte recurrente a través de los argumentos que ha volcado en su escrito. La defensa ha insistido en los mismos motivos que sustentaron su anterior presentación, sin demostrar un agravio de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior que permita apartarse del principio general establecido por la ley y habilitar la instancia de revisión de la Cámara Federal de Casación Penal.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 17/09/2021. - Asseff, Alberto Emilio y otros c. González García, Gines y otros s/ legajo de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141866/2021]

Expte. n° CFP 000714/2021/4

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

Considerando:

Los Dres. Federico Ramos y Martín Arias Duval, letrados defensores de Ginés González García, dedujeron recurso de casación contra la resolución de este Tribunal, de fecha 30 de agosto pasado, mediante la cual se declaró admisible la apelación deducida por la Procuraduría de Investigaciones Administrativas y, en consecuencia, se revisó y revocó el archivo parcial decretado en autos.

La decisión contra la que se dirige la vía casatoria no integra el elenco de aquellas que enumera el artículo 457 del CPPN como susceptibles de ser conmovidas por el citado medio impugnativo. Por el contrario, involucra un escenario tangencialmente opuesto al que allí se describe.

Tal obstáculo normativo tampoco pudo ser superado por la parte recurrente a través de los argumentos que ha volcado en su escrito. La defensa ha insistido en los mismos motivos que sustentaron su anterior presentación, sin demostrar un agravio de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior que permita apartarse del principio general establecido por la ley y habilitar la instancia de revisión de la Cámara Federal de Casación Penal.

En este sentido, si bien se alude a un supuesto de arbitrariedad, las razones invocadas no logran evidenciar ese extremo como canal para inaugurar la vía recursiva pretendida, pues "... no basta para demostrar la existencia de arbitrariedad en el decisorio recurrido la mera discrepancia con el criterio del tribunal de grado, sino que para ello es preciso evidenciar en forma incontrastable que lo resuelto desatiende las reglas de la lógica, la experiencia general y el recto entendimiento"(C.F.C.P., Sala III, causa n° 7736, reg. n° 1259/07, rta. el 04/09/07 y sus citas).

Por lo expuesto, y conforme las Acordadas 31/20 y 10/20 de la C.S.J.N. y de esta Cámara, el Tribunal *Resuelve:*

DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por los Dres. Federico Ramos y Martín Arias Duval, letrados defensores de Ginés González García (arts. 457 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación). Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase vía Lex 100. — *Leopoldo O. Bruglia.* — *Mariano Llorens.* — *Pablo D. Bertuzzi.*

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Persona imputada por el delito de uso de documento público falso. Título de médico apócrifo. Inobservancia de las reglas de conducta. Revocación.

La suspensión del juicio a prueba debe revocarse, ya que ha quedado demostrado que la imputada ha incumplido con las obligaciones que le fueran oportunamente impuestas al concederle el beneficio. Tal extremo encuentra sustento, principalmente, en la declaración testimonial del encargado del Merendero, quien informó que la constancia presentada por la encartada no había sido expedida por esa dependencia y que, además, no conocía a quien figuraba como firmante.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 17/09/2021. - M., L. A. s/ suspensión de proceso a prueba.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141805/2021]

Expte. n° CFP 17582/2017/2

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

Considerando:

I. Motiva la intervención de esta Alzada el recurso de apelación interpuesto por la defensa de L. A. M. contra la decisión que dispuso revocar la suspensión del proceso a prueba que le fuera oportunamente concedida.

II. Preliminarmente cabe recordar que la incidentista se encuentra procesada por el delito de uso de documento público falso, conducta prevista y reprimida por el artículo 296 en función del artículo 292 del Código Penal. Ello, motivado por el hecho de haber intentado legalizar un título de médica a su nombre, correspondiente a la Universidad de Buenos Aires, ante el Ministerio de Salud, el cual resultó ser apócrifo.

Con fecha 15/8/19, frente a la solicitud de la suspensión del juicio a prueba, el magistrado de grado dispuso la realización por parte de M. de tareas comunitarias por el término de dos años, por dos horas semanales, en la Fundación Nueva Generación del Deporte. Posteriormente, la nombrada solicitó un cambio de institución, momento en que se le asignó el Merendero de La Esperanza, perteneciente a la Parroquia Virgen de la Esperanza, sita en A. XXX, Hurlingham, Provincia de Buenos Aires.

Seguidamente, a fin de demostrar el cumplimiento de dicha obligación, la incusa presentó ante la Oficina de Delegados Judiciales un certificado de concurrencia, librado por la Municipalidad de Hurlingham, -sin sello institucional- en el que se indicaba que se había presentado los días 4, 5, 11 y 18 de octubre y el 1 de noviembre, por un total de 35 horas.

Al advertir una modificación en la modalidad impuesta y frente a la carencia del correspondiente sello, la mentada oficina se comunicó con el Merendero a fin de corroborar dicha información. En aquella oportunidad, su encargado D. G. J. expresó que M. habría concurrido en aquellas fechas, pero que ninguna persona le había otorgado una constancia y que quien figuraba allí como firmante, no pertenecía a dicha dependencia. Además, mencionó que la imputada se presentó como una profesional médica y que habría realizado tareas vinculadas al ejercicio de aquella profesión.

Frente a ese contexto, el a quo corrió vista al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida en relación a lo normado por el artículo 515 del C.P.P.N, oportunidad en la que solicitó que se revoque el beneficio otorgado a M..

Posteriormente, en la audiencia prevista por el referido articulado, la imputada afirmó que la constancia se la habían entregado en la Parroquia y negó haber estado ejerciendo como profesional médica.

El juez de primera instancia, teniendo en consideración tales circunstancias, decidió revocar el beneficio concedido y por otro lado extraer testimonios y remitirlos a la justicia federal de Hurlingham, a fin de que se investigue la posible comisión de un delito de acción pública.

III. En lo sustancial, la defensa se agravió por entender que las constancias arrimadas a la causa no lograban acreditar un incumplimiento de las obligaciones impuestas a su pupila.

En este sentido, expresó que no había podido ser desacreditada la versión de su pupila brindada en la audiencia del artículo 515 del código de forma, en relación a la recepción de la cuestionada constancia.

IV. Llegado el momento de resolver, advierto que resulta acertado y ajustado a derecho lo resuelto por el instructor, por lo que procederé a homologar la resolución puesta en crisis.

Es que, tal como lo manifestó el a quo, ha quedado demostrado que M. ha incumplido con las obligaciones que le fueran oportunamente impuestas al concederle el beneficio de la probation.

Tal extremo encuentra sustento, principalmente, en la declaración testimonial de D. G. J., encargado del Merendero La Esperanza, quien informó que la constancia presentada por la encartada no había sido expedida por esa dependencia y que, además, no conocía a quien figuraba como firmante.

Por otro lado, señaló que los días en que la incusa había asistido, su permanencia no había sido superior a los 40 minutos, como surgía del documento presentado por M.. Así también, afirmó que la nombrada se presentó como una profesional médica y que estuvo realizando tareas acordes a ese oficio.

En efecto, considero que tales circunstancias resultan suficientes para tener por probada la inobservancia de las tareas impuestas a la imputada, advirtiendo que su versión brindada acerca de los hechos no ha sido más que un intento para desvincularse de lo sucedido.

En este sentido, no debe perderse de vista que M. se encuentra detenida a disposición del Juzgado de Garantías N° 1 del Departamento Judicial de La Matanza, por un delito de similares características a las particularidades expuestas precedentemente -ejercicio ilegal de la medicina-.

Por todo ello, entiendo que corresponde confirmar la resolución puesta en crisis, en cuanto revocó la suspensión de juicio a prueba otorgada a L. A. M..

Sin perjuicio de lo expuesto, no debe pasarse por alto que se encuentra pendiente la confección de un informe de salud por parte del Cuerpo Médico Forense a fin de evaluar si la encausada se encuentra en condiciones psíquicas de afrontar este proceso, cuyo resultado podría eventualmente exigir una reevaluación de su situación procesal.

V. Resta aclarar que, en virtud de lo dispuesto en las Acordadas 31/20 y cc.de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la Acordada 10/20 y cc. de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

Por lo expuesto, *Resuelve:*

CONFIRMAR la resolución recurrida en todo cuanto decide y fue materia de apelación.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia vía Lex 100. — *Leopoldo O. Bruglia.*

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES

Juicio abreviado. Captación de mujer en situación de vulnerabilidad. Trata de personas. Facultades del Ministerio Público Fiscal.

1. — Luce correcta la subsunción de la conducta de los imputados en el delito de comercio de estupefacientes del art. 5° —inc. c)— de la ley 23.737, en tanto y en cuanto se acreditó cabalmente que se dedicaron a preparar cargamentos de droga, en cuyo acompañamiento intervinieron sus consortes para ser vendidos en otras localidades del país o al menudeo, todo ello a cambio de dinero, durante un período de tiempo determinado, lucrando entonces con esa ilícita actividad comercial, satisfaciendo así los recaudos de los tipos objetivo y subjetivo de esa figura.

2. — Habrá de calificarse también el accionar del imputado como el delito de trata de personas, ya que se demostró que se valió de la captación de una mujer en situación de vulnerabilidad, a la que convocó a principios del mes de marzo de 2019 y le entregó un pasaje aéreo para que se embarcara en el Aeroparque Jorge Newbery en un vuelo con destino a la ciudad de Río Gallegos, provincia de Santa Cruz; ocasión en la cual le hizo entrega de 468 gramos de cocaína, con el propósito de que ella los transportara allí entre sus prendas, con la promesa de abonarle una suma de dinero.

3. — Debe destacarse el rol que el art. 120 de la CN otorga al Ministerio Público Fiscal como titular de la acción penal a los fines de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República Argentina, de manera tal que si expresando fundamentos coherentes con su apreciación del material probatorio reunido en autos ha arribado a una determinada conclusión sobre este, no cabe que esta pueda suplantada por la del Tribunal, exclusivamente sobre la base de su desacuerdo en la valoración de la evidencia colectada, cuando la posición de la fiscalía resulta más favorable a los intereses de los enjuiciados, pues se estaría así invadiendo la función que le toca desempeñar a ese magistrado y, de alguna manera, actuando de manera oficiosa en contrario de lo previsto por el ordenamiento procesal vigente.

4. — Las colaboraciones ocasionales, no esenciales, que prestaran en el hecho cometido por sus consortes de causa, de acuerdo con lo interpretado por el Sr. Fiscal de Juicio, tornan coherente con su análisis de la prueba la calidad de partícipes secundarios que en definitiva les fuera atribuida, según el art. 46 de la ley de fondo.

TOral Crim. Fed. Nro. 1, 17/09/2021. - G., M. A. y otros s/ infracción ley 23.737.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/142171/2021]

COSTAS

Se imponen a los encausados.

Causa N° 3149/3204 (2091/2019/TO1 y TO2)

Buenos Aires, septiembre 17 de 2021.

Resulta:

Primero:

Requerimientos de elevación a juicio:

Que conforme surge de los requerimientos de elevación a juicio efectuados el 7 de octubre de 2019 —causa N° 3149 (2091/2019/TO1)— y el 11 de marzo de 2020 —causa N° 3204 (2091/2019/TO2)— por el Sr. Agente Fiscal, Dr. Eduardo R. Taiano, se les imputa a G. R. R., L. S. G. H., M. Á. R. C., M. A. G., M. C. G. S. y D. S. G. el haber integrado un grupo organizado dedicado al transporte de estupefacientes a distintos puntos del territorio nacional, cuando menos entre principios del mes de marzo y el 29 de mayo de 2019.

De acuerdo con lo relatado en ambos dictámenes por la fiscalía de la etapa de instrucción, esa organización se valió de la captación de I. M. C., quien se trataba de una mujer en situación de vulnerabilidad, a la que se convocó a principios del mes de marzo de 2019 y se le entregó un pasaje aéreo para que se embarcara el día 4 de ese mes en un vuelo con destino a la ciudad de Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz; ocasión en la cual se le hizo entrega de material estupefaciente, con el propósito de que ella lo transportara allí entre sus prendas, con la promesa de abonarle una suma de dinero.

En tal sentido, la representación del Ministerio Público Fiscal explicó que en aquella fecha, en el Aeroparque Jorge Newbery de esta ciudad, personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria detuvo a C., que llevaba en su poder 468 gramos de cocaína y a G., que la acompañaba y supervisaba.

A su vez, añadió que desde entonces se había logrado determinar, mediante la realización de intervenciones telefónicas y de tareas de campo, la existencia de un grupo dedicado al tráfico de estupefacientes de manera organizada y a nivel nacional, con una cierta distribución de roles.

Así, en primer lugar afirmó que G. R. entregaba sustancia estupefaciente a su madre, M. G. S., que se encargaba de su envío al interior del país a través de personas encargadas de trasladar personalmente el material, conocidas comúnmente como "mulas" y a la pareja de su hermana, D. G., que la comercializaba a menor escala, al menudeo, desde su vivienda.

Por otra parte, la fiscalía destacó que M. R. C. —ex pareja de G. S.— se encargaba de la logística en torno a la distribución de la mencionada sustancia, destacando que era encargado de una carnicería ubicada en la esquina de las calles ... de la localidad de Ciudad Evita, Partido de La Matanza, Provincia de Buenos Aires, adonde C. había concurrido y se le propusiera actuar de la forma en que lo hizo; y que, por último, L. G. H. —pareja de la hija de G. S.— era quien habitualmente se ocupaba de acompañar a las personas que oficiaban de correos de transporte y que había sido circunstancialmente reemplazado por G. en esa tarea en el embarque del 4 de marzo de 2019.

En atención a lo expuesto, de conformidad con el material probatorio que enunció y analizó, el Ministerio Público Fiscal calificó el hecho enrostrado a G., G. R., M. R. C., M. G. S. y L. G. H. como constitutivo del delito de comercio de estupefacientes, agravado por la intervención en forma organizada de tres o más personas, en concurso ideal con el de trata de personas con fines de explotación agravada por el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, en calidad de coautores (artículos 45, 54, 145 bis y 145 ter —inciso 1°— del CP y 5° —inc. "c"— y 11° —inc. "c"— de la ley 23.737).

Finalmente, la fiscalía interviniente encuadró jurídicamente la conducta de D. G. en el delito de comercio de estupefacientes, agravado por la intervención organizada de tres o más personas, en calidad de coautor (arts. 45 del CP y 5° —inc. "c"— y 11° —inc. "c"— de la ley 23.737).

Segundo:

Acuerdo de juicio abreviado:

I. Que, elevadas que fueron las actuaciones a este Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1, el Sr. Fiscal General, Dr. Miguel Ángel Osorio, junto con los imputados G. R., L. G. H., M. R. C., G., D. G. y M. G. S. y sus letrados defensores, en estricto cumplimiento del distanciamiento social preventivo y obligatorio dispuesto para el Ámbito Metropolitano de Buenos Aires por decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo Nacional 875/2020 y posteriores prórrogas, con motivo de la pandemia del coronavirus Covid-19 declarada por la Organización Mundial de la Salud, el 11 de agosto del corriente año solicitaron que a las presentes actuaciones se les imprimiera el trámite de juicio abreviado, previsto en el art. 431 bis del CPPN.

Es dable destacar que del acta presentada surge que los procesados fueron debidamente informados de los términos que contenía el acuerdo en cuestión y de los alcances de la aplicación del instituto del juicio abreviado, prestando luego su conformidad ellos y sus defensores, mediante escritos que se encuentran agregados en autos y al momento de llevarse a cabo la audiencia de conocimiento, según el caso.

A su vez, el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, tras un análisis de las constancias obrantes en la presente causa, señaló que disentía parcialmente con su colega interviniente durante la instrucción respecto de la significación jurídica del hecho que se les imputara a G., G. R., M. R. C., D. G., M. G. S. y L. G. H. en relación con la agravante contenida en el inc. "c" del art. 11° de la ley 23.737.

Asimismo, expuso su discrepancia con su colega acerca de la clase de intervención que debía asignarse a G., G. R., D. G., M. G. S. y L. G. H. en el hecho materia de investigación, en virtud de distintas consideraciones, a las que haré referencia.

En este sentido, en relación con la conducta penal de trata de personas con fines de explotación con aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de la víctima, prevista en los arts. 145 bis y 145 ter —inc. 1°— del CP, dejó asentado que luego de su análisis de las pruebas colectadas no advertía, con la certeza requerida para esta etapa procesal, que G. R., M. G. S. y L. G. H. hubieran intervenido en dicha actividad.

El Sr. Fiscal de Juicio entendió que no se habían recolectado evidencias suficientes de que los imputados de mención hubieran participado en la explotación de I. M. C. a fin de que trasladara la sustancia ilícita incautada a la ciudad de Río Gallegos, precisando que más allá de la comunicación telefónica intervenida de G. H. con su primo, de la cual tampoco surgía con claridad que estas personas hubieran participado de tal maniobra, se carecía de otros elementos de prueba que permitieran acreditar su participación.

A su vez, el Dr. Osorio remarcó que, si bien G. H. en esa comunicación había referido que se suponía que él iba a viajar a Río Gallegos, lo cierto era que no había

podido participar del accionar ilícito, al no tener su documento nacional de identidad actualizado.

A ello le sumó que C., al momento de declarar, manifestó que fue G. el que la fue a visitar a su casa y le sugirió un "negocio", por lo que luego concurrió a la carnicería de M. R. C. donde se le ofreció la suma de diez mil pesos a cambio de que transportara sustancias estupefacientes.

A su vez, el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal dejó señalado que también habría de disentir parcialmente con el agente fiscal de la etapa anterior respecto de la participación que debía asignarse a G. en el hecho materia de investigación, pues a su entender existían roles diferenciados entre su quehacer de aquel y el atribuido a M. R. C., lo que permitía considerar que su conducta no tuvo otro alcance que prestar una colaboración eventual en su ocurrencia.

En primer lugar, manifestó que el accionar de G. había sido absolutamente fungible, porque se había limitado a oficiar de acompañante y de mensajero, lo que se veía reflejado en el resultado de las intervenciones telefónicas efectuadas, de las que incluso se desprendía que la persona que inicialmente debía acompañar a C. era L. G. H.

A su vez, afirmó que no podía soslayarse que los resultados de las tareas de investigación, de las pericias de los teléfonos secuestrados y de las intervenciones telefónicas efectuadas no hacían más que acreditar que G. se había limitado a oficiar de mensajero, solicitándole a C. que se dirigiera a la carnicería de R. C., donde luego este último le había hecho la propuesta de trasladar la sustancia a Río Gallegos, y a emprender viaje a esa ciudad, donde haría la entrega de la sustancia ilícita, para buscar el dinero.

Según el Sr. Fiscal de Juicio, esto evidenciaba que G. no había realizado ningún acto a título individual, sino que más bien lo que se encontraba probado era que había colaborado en forma ocasional en la realización de la actividad ilícita, habiéndose detectado únicamente una participación aislada y fungible durante la maniobra investigada; razón por la que le asignó el rol de partícipe secundario en los términos del art. 46 del CP, en el delito de comercialización de estupefacientes previsto en el art. 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y en el de trata de personas con fines de explotación agravado de los arts. 145 bis y 145 ter —inc. 1°— del CP, en concurso ideal entre sí.

Luego, en relación con la agravante prevista en el inc. "c" del art. 11° de la ley 23.737, afirmó el representante de la vindicta pública que de su ponderación de las pruebas colectadas no surgía, con la certeza requerida para esta etapa procesal, que los aquí imputados hubieran intervenido en esa actividad ilícita de manera organizada, es decir, no había elementos de prueba que pudieran hacer afirmar que G., G. R., M. R. C., D. G., M. G. S. y L. G. H. hubieran actuado ordenadamente con miras a un fin común determinado, considerando así que no se encontraban reunidos en la especie los extremos que permitieran encuadrar su conducta en el tipo penal calificado.

En esa línea, afirmó que si bien las evidencias arrimadas revelaban que M. R. C. y G. habían participado en el accionar ilícito que tenía como fin comercializar estupefacientes en la ciudad de Río Gallegos y que, a su vez, G. R., D. G., M. G. S. y L. G. H. comercializaron ese tipo de sustancias, ya fuera desde la vivienda de D. G., en la calle, en el domicilio de M. G. S. o en la ciudad de Azul, a su entender, dichas actividades ilícitas no estaban relacionadas entre sí, lo que de haber sido de otro modo pudo haber llegado a implicar un cierto nivel de organización.

En ese sentido, la Fiscalía General indicó que no podía soslayarse que desde el análisis de las intervenciones telefónicas y de las pericias de los teléfonos secuestrados en el marco de estas actuaciones, no surgían conversaciones, mensajes o audios que dieran cuenta de una división de roles o de una organización coordinada, con una estructura jerárquica y con división de funciones.

Sentado todo ello, explicó el Sr. Fiscal General que el hecho de que todos los imputados —con la excepción de G.— pertenecieran a un mismo grupo familiar, no permitía inferir que se hubiera tratado de una organización delictual, sino que esta se configuraba cuando había una estructura jerárquica, división de tareas, sujetos que tomaban decisiones y otros que las ejecutaban, por lo que en el caso que nos atañe las medidas de prueba adoptadas, como las pericias telefónicas, no habían podido verificarlo.

En síntesis, el representante del Ministerio Público Fiscal manifestó que la mera existencia de un grupo de más de tres personas no permitía, por sí mismo, entender que se diera una organización en los términos del tipo penal aludido, porque este requería una coordinación que en el caso no se encontraba acreditada, pues la intervención ocasional de los imputados no podía considerarse enderezada a la realización de una actividad en conjunto.

Luego de ello, el Sr. Fiscal General dejó señalado que también habría de disentir parcialmente con su colega de la etapa de instrucción respecto de la participación que hubo de asignárseles a D. G. y L. G. H. en el hecho materia de investigación, porque a su entender existieron roles diferenciados entre el quehacer de aquellos y los atribuidos a G. R. y M. G. S., lo que

le permitía considerar que sus conductas no tuvieron otro alcance que prestar una colaboración eventual.

Así, precisó que a su juicio el obrar de estos dos imputados había sido absolutamente fungible y se había limitado a recibir droga para ocuparse de venderla en la modalidad al menudeo, haciéndolo L. G. H. en la calle y D. G. desde su domicilio, no pudiendo acreditarse con el grado de certeza que esta etapa requería que hubieran colaborado en forma esencial, porque su aporte en la maniobra no resultó indispensable.

Esto evidenciaba, según el Dr. Osorio, que no habían realizado ningún acto a título individual, sino más bien lo que pudo probarse es que colaboraron en forma aislada y ocasional en la comercialización de estupefacientes, lo que había configurado únicamente una participación ocasional y fungible en la actividad ilícita investigada.

Por lo expuesto, a su criterio, siendo su participación absolutamente fungible, les asignó el rol de partícipes secundarios en los términos del art. 46 del CP del delito previsto en el art. 5° —inc. "c"— de la ley 23.737.

Tras ello, el Sr. Fiscal General destacó que, para graduar las sanciones a imponer, tendría en cuenta las circunstancias que habían rodeado a las conductas que se le atribuyeron a los imputados, sus naturalezas, sus niveles de instrucción, los antecedentes condenatorios con los que algunos de ellos contaban conforme se desprendía de las correspondientes certificaciones obrantes en sus respectivos legajos de identidad personal y las demás pautas de mensuración de los arts. 40 y 41 del CP, como así también la colaboración que habían prestado con el accionar de la justicia al realizar el acuerdo y reconocer su participación en el hecho que se les enrostrara.

Asimismo, ante la alegada imposibilidad de cumplimiento del valor pecuniario que suponía el monto de unidades fijas dispuesto por el art. 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 por parte de los imputados, en consonancia con el art. 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada al bloque de constitucionalidad a través de la ley 23.054 y el art. 75 —inc. 22°— de la Constitución Nacional y los arts. 21 y 24 del CP, y atendiendo lo oportunamente solicitado por las defensas, el Dr. Osorio consideró que, en virtud de sus participaciones en el hecho pesquisado en estas actuaciones, M. R. C., M. G. S. y G. R. tenían que abonar el mínimo estipulado en la norma infringida mientras que G., L. G. H. y D. G. debían abonar la mitad del mínimo; entendiendo que podía sustituirse el pago de las multas correspondientes por cinco días de prisión respecto de los primeros tres imputados y por tres días de prisión respecto de los tres restantes, a cumplimentar una vez fenecido el monto de las penas privativas de libertad solicitadas.

En el acta acompañada, entonces, el Sr. Fiscal General solicitó al Tribunal que homologara el acuerdo celebrado en los términos del art. 431 bis del CPPN y que condenara a los imputados a las siguientes penas:

1. A G., a la de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, multa de veintitrés unidades fijas convertible en tres días de prisión y costas, por considerarlo partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes en concurso ideal con el de trata de personas agravado por el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima (arts. 19, 29 —inc. 3°—, 46, 54, 145 bis y 145 ter —inc. 1°— el CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN).

Asimismo, el Sr. Fiscal de Juicio solicitó que se le impusiera a G. la pena única de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la solicitada en el párrafo precedente y de la condena de tres años de prisión en suspenso, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y costas que le dictara el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, por considerarlo partícipe necesario del delito de tentativa de transporte de estupefacientes, mediante sentencia de fecha 6 de octubre de 2017 en el marco de la causa N° 664/2017/TO1 de su registro, pidiendo a su vez que se revocara su condicionalidad (arts. 27, 55 y 58 del CP);

2. A M. R. C., a la pena de cinco años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes en concurso ideal con el de trata de personas agravado por el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima (arts. 12, 19, 29 —inc. 3°—, 45, 54, 145 bis y 145 ter —inc. 1°— del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN).

Asimismo, el Sr. Fiscal de Juicio solicitó que se le impusiera a R. C. la pena única de diecisiete años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la solicitada en el párrafo precedente y de la pena única de quince años y seis meses de prisión, multa de tres mil pesos ($3.000) que fuera convertida en días de prisión, accesorias legales, costas e inhabilitación absoluta por igual término de la condena y demás inhabilitaciones de los arts. 12 y 19 del CP y declaración de reincidencia que le aplicara el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de San Martín mediante sentencia de fecha 28 de octubre de

2017 en el marco de la causa N° 1482 de su registro, la cual a su vez comprendía la pena de diez años de prisión, accesorias legales, inhabilitación absoluta por igual término y demás inhabilitaciones de los arts. 12 y 19 del CP, multa de tres mil pesos ($3.000) y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de transporte de estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo y de tenencia ilegal de armas de guerra en concurso real entre sí, impuesta en la sentencia de 28 de noviembre de 2005 y la condena que le aplicara oportunamente el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín en la causa N° 665 de su registro, de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales, multa de tres mil pesos ($3.000) y costas y declaración de reincidencia en orden al delito de almacenamiento de estupefacientes, solicitando a su vez que se mantuviera la declaración de reincidencia (arts. 50, 55 y 58 del CP);

3. A M. G. S., a la pena de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, por considerarla coautora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes (arts. 12, 19, 29 —inc. 3°— y 45 del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN);

4. A G. R., a la pena de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes (arts. 12, 19, 29 —inc. 3°— y 45 del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN).

Asimismo, el Sr. Fiscal de Juicio, solicitó que se le impusiera a R. la pena única de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la pena solicitada en el párrafo precedente y de la condena de dos años de prisión en suspenso y costas que, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, le aplicara el Juzgado en lo Correccional N° 2 del Departamento Judicial de Azul, Provincia de Buenos Aires, mediante sentencia de fecha 11 de octubre de 2016, en el marco de la causa N° AZ 807/2015 de su registro, pidiendo a su vez que se revocara su condicionalidad (arts. 27, 55 y 58 del CP);

5. A D. G., a la pena de dos años de prisión en suspenso, multa de veintitrés unidades fijas convertible en tres días de prisión y costas, por considerarlo partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes (arts. 26, 29 —inc. 3°— y 46 del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN).

A su vez, atento a la modalidad de ejecución de la pena solicitada, el Sr. Fiscal General solicitó que se le impusieran las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis —inc. 1°— del CP; y

6. A L. G. H., a la pena de dos años de prisión de efectivo cumplimiento, multa de veintitrés unidades fijas convertible en tres días de prisión y costas, por considerarlo partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes (arts. 29 —inc. 3°— y 46 del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN).

En otro orden de ideas, con respecto a los efectos secuestrados en autos, el Sr. Fiscal General, en atención al protocolo emitido mediante la Resolución de la Procuración General de la Nación N° 94/2011 que delineaba su accionar, solicitó la destrucción del remanente del material estupefaciente incautado de acuerdo con el art. 30 de la ley 23.737, así como también el decomiso de los equipos electrónicos y el dinero secuestrado en autos, más precisamente en el domicilio de G. R. la suma de treinta y dos mil novecientos ochenta pesos ($32.980) y ciento treinta y seis dólares (U$S136) y los quince mil cuatrocientos cincuenta y cinco pesos ($15.455) encontrados al requisar el auto modelo Toyota Corolla, dominio ... en ese domicilio y los dos mil pesos ($2.000) que se le secuestraron a M. G. S. al momento de su detención, todo ello de acuerdo con el art. 23 del CP.

A su vez, a solicitud de las defensas, la fiscalía estuvo de acuerdo en que el posible decomiso del dinero secuestrado en el domicilio de D. G., esto es, la suma de cuarenta y siete mil trescientos treinta pesos ($47.330), fuera tratado por vía incidental.

Por su parte, en lo que respecta a los vehículos secuestrados en las presentes actuaciones y toda vez que restaba establecer titularidades y el carácter en que los imputados detentaban los rodados, dejó solicitado que sus posibles decomisos también fueran tratados en un incidente.

Finalmente, el Sr. Fiscal de Juicio prestó su consentimiento para que la imputada M. G. S. continuara cumpliendo la pena solicitada en la modalidad de prisión domiciliaria, por subsistir los motivos por los cuales el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 7, con fecha 30 de marzo de 2020, le concedió esa clase de arresto, al encontrarse alcanzada por las previsiones del inc. "f" del art. 10 del CP.

II. Que, en razón de ello, se tomó conocimiento de los imputados en la audiencia de visu prevista por el art. 431 bis del código de rito. En tal sentido, es dable referir que los encausados reconocieron la existencia del hecho imputado y manifestaron su conformidad

con las calificaciones legales atribuidas por el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal y con las penas acordadas.

Considerando:

Primero: Introducción:

Que de modo liminar, es dable referir que, frente a la situación de emergencia sanitaria actual y la necesidad de cumplir con el distanciamiento social, se presentó el acuerdo de un modo que dista de las formalidades de estilo, pero que garantiza el servicio de justicia y resguarda los derechos y garantías de las personas sometidas a proceso penal; razón por la cual se lo tiene presente y se procede a su análisis.

Atento a ello y a que el acuerdo de juicio abreviado presentado por las partes cumple satisfactoriamente los requisitos exigidos por el art. 431 bis del ordenamiento de forma, pues los procesados han admitido durante la audiencia celebrada a tales efectos tanto la existencia del hecho imputado como su intervención y han ratificado su voluntad de que se siga este procedimiento, prescindiendo del debate oral y público, entiendo que corresponde su tratamiento.

Segundo:

Hecho probado e intervención de los imputados:

Que, llegado el momento en el cual evaluaré los elementos probatorios a la luz de la sana crítica racional, cabe afirmar que se encuentran perfectamente probadas las intervenciones en el hecho que conforma el objeto procesal de la presente causa de los imputados M. A. G., G. R. R., M. Á. R. C., D. S. G., M. C. G. S. y L. S. G. H., al menos con el alcance que le diera en el acuerdo de juicio abreviado celebrado la Fiscalía General.

El abundante plexo probatorio reunido hasta aquí permite tener por acreditada la materialidad del suceso mencionado, así como también, por demostrada la responsabilidad penal que le cabe a los imputados.

En ese sentido, se ha sostenido que "...la valoración de la prueba consiste en el examen razonado y crítico de los hechos incorporados válidamente en la causa, a fin de establecer la verdad real del contenido de la imputación conforme a las reglas de la sana crítica..." (Ábalos, Raúl Washington; "Derecho Procesal Penal", T. II, Ed. Jurídicas Cuyo, p. 396).

Desde esa óptica y de acuerdo con la prueba colectada en esta causa, tengo por debidamente acreditado que G. R., M. R. C. y M. G. S. comercializaron estupefacientes, cuando menos entre principios del mes de marzo y el 29 de mayo de 2019, en sus domicilios de las calles ... de González Catán, ... y ... de Ciudad Evita, todos ellos en la Provincia de Buenos Aires, según el caso.

En este orden de ideas, se demostró que M. R. C. se valió de la captación de I. M. C., una mujer en situación de vulnerabilidad, a la que convocó a principios del mes de marzo de 2019 y le entregó un pasaje aéreo para que se embarcara en el Aeroparque Jorge Newbery de esta ciudad el día 4 de ese mes en un vuelo con destino a la ciudad de Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz; ocasión en la cual le hizo entrega de 468 gramos de cocaína, con el propósito de que ella los transportara allí entre sus prendas, con la promesa de abonarle una suma de dinero.

En tal sentido, se comprobó que esta mujer fue acompañada y supervisada en el desarrollo de esa actividad por M. G., que colaboró así con la comercialización de drogas emprendida por M. R. C., resultando ambos detenidos por la Policía de Seguridad Aeroportuaria en esa ocasión e incautada la sustancia tóxica, siendo que posteriormente, gracias a la realización de intervenciones telefónicas y de tareas de campo, se logró determinar que los aquí imputados G. R., M. R. C. y M. G. S. realizaron en ese período las actividades relacionadas con el comercio de estupefacientes antes indicadas.

Así, pudo acreditarse en primer lugar que G. R. entregó droga a su madre M. G. S., que se ocupó de su envío al interior del país a través de personas encargadas de trasladar personalmente el material, conocidas comúnmente como "mulas" y de proporcionarla a la pareja de su hija, D. G., que en algunas ocasiones colaboró con la comercialización al menudeo durante ese período, desde su vivienda de ... de Ciudad Evita.

Por otra parte, pudo acreditarse que L. G. H. —pareja de la hija de G. S.— colaboró ocasionalmente con el comercio de drogas aludido, durante el mismo espacio temporal, oficiando como acompañante de las personas que actuaron como correos de transporte —actividad similar a la realizada por G. en el embarque del 4 de marzo de 2019— o con la venta callejera del material estupefaciente.

Tercero:

Elementos probatorios:

Que lo expuesto precedentemente encuentra respaldo en las pruebas que a continuación se detallan:

I. Causa N° 3149 (2091/2019/TO1):

1. Acta de procedimiento de la Unidad Operacional de Seguridad Preventiva de la Policía de Seguridad Aeroportuaria de fs. 1/4;

2. Actas de detención de I. C. y M. G. de fs. 7;

3. Actas de secuestro del material estupefaciente de fs. 27/32;

4. Actas de secuestro de teléfonos celulares de fs. 52 y 63;

5. Impresión de pantalla del embarque de C. fs. 57;

6. Declaración testimonial de C. J. G., personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria de fs. 63/4;

7. Impresión de pantalla del embarque de G. de fs. 70;

8. Acta de secuestro de los efectos en poder de G. de fs. 71;

9. Declaración testimonial de G. C., personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria de fs. 80/1;

10. Declaración testimonial de L. J. R., quien presenciara el procedimiento realizado en el Aeroparque, de fs. 87/8;

11. Declaración testimonial de C. L. B., quien presenciara el procedimiento realizado en el Aeroparque Jorge Newbery, de fs. 90/1;

12. Informes de la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria de análisis de los teléfonos celulares secuestrados y los registros fílmicos obtenidos de lo sucedido, de fs. 120/3, 195/212 y 291/7;

13. Informe de la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, vinculado con los teléfonos celulares secuestrados, de fs. 215/35;

14. Informe social elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación relacionado con C., de fs. 249/51;

15. Acta de apertura y test orientativo del material estupefaciente secuestrado en Aeroparque, de fs. 300;

16. Transcripciones de comunicaciones telefónicas de los imputados realizadas por la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria de fs. 301/28;

17. Informe elaborado por la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria de fs. 331/41;

18. Informe técnico remitido por la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria vinculado con las comunicaciones de los teléfonos secuestrados, de fs. 346/56;

19. Tareas investigativas realizadas por la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria en relación con la actividad de los imputados, de fs. 388/409;

20. Actuaciones remitidas por la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria vinculadas con las intervenciones telefónicas y tareas de campo realizadas respecto de los imputados, de fs. 462/83, 491/6 y 497/570;

21. Informe pericial N° 1320/2019 realizado por la División Laboratorio Químico de la Policía Federal Argentina relacionado con el material estupefaciente secuestrado en Aeroparque, de fs. 571/5;

22. Actuaciones remitidas por la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria vinculadas con la intervención de los teléfonos de los imputados, de fs. 582/93, 594/608, 609/26, 627/47 y 655/9;

23. Oficios remitidos por la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos del Poder Judicial de la Nación relacionados con la intervención de los teléfonos de M. R. C. y L. G. H., de fs. 660 y 662;

24. Informes remitidos por la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria vinculadas con las tareas de campo e intervenciones telefónicas realizadas acerca de los imputados, de fs. 663/80 y fs. 681/4;

25. Actuaciones sumariales labradas por personal de la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria vinculadas con los allanamientos realizados el 29 de mayo de 2019 en los inmuebles de: ... de Ciudad Evita, relacionado con M. R. C.; calle ... y ... de La Plata, vinculado con E. R. S. —luego sobreseído por el juzgado instructor—; ... de Ciudad Evita, relacionado con D. G.; ... de Ciudad Evita, vinculado con M. G. S., donde fue detenido L. G. H.; y ..., P. B. de González Catán, correspondiente a G. R., donde se detallaran los elementos secuestrados en cada uno de ellos y que culminaran con la detención de todos los imputados, con excepción de M. G. S., agregadas a fs. 692/718, 719/41, 742/95, 796/822 y 823/59;

26. Declaración testimonial de P. S. L., integrante del equipo de Investigaciones de la Unidad Compleja de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, que brindara un completo detalle de la investigación realizada en autos, de fs. 860/2;

27. Actuaciones sumariales labradas por personal de la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de

la Policía de Seguridad Aeroportuaria, relacionadas con los antecedentes penales de los imputados, de fs. 884/959;

28. Oficios remitidos por la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado del Poder Judicial de la Nación de fs. 1023/4 y 1438/40; Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, vinculadas con el informe pericial efectuado respecto de los teléfonos celulares incautados en el marco de los registros domiciliarios practicados, el análisis de su contenido y la transcripción de las escuchas telefónicas realizadas, de fs. 1016/36, 1119/25, 1039/83, 1126/77, 1189/207 y 1213/420;

30. Declaraciones testimoniales de L. E. V. y C. Y. C., ambos integrantes del equipo de investigaciones de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, de fs. 1178 y 1179, respectivamente;

30. Informe remitido por la empresa de telefonía celular Telecom Personal de fs. 1787; y

31. Actuaciones sumariales labradas por personal de la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, vinculadas con la peritación del teléfono celular secuestrado a G., de fs. 1547/63.

II. Causa N° 3204 (2091/2019/TO2):

1. Actuaciones remitidas por la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria vinculadas con escuchas telefónicas practicadas respecto de la actividad ilícita de M. G. S., de fs. 1610/41;

2. Actuaciones labradas por la Delegación Tres de Febrero de la Policía Federal Argentina relacionadas con tareas de campo en el inmueble de ... de Ciudad Evita y con la constatación del domicilio de M. G. S., de fs. 1646/55 y 1658/66;

3. Declaración testimonial de C. L. A., integrante del equipo de investigaciones de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, de fs. 1668;

4. Actuaciones sumariales labradas por personal de la Unidad Operacional Control del Narcotráfico de la Policía de Seguridad Aeroportuaria con fecha 14 de enero de 2020, sobre la vía pública, en la intersección de las calles ... y ... de Ciudad Evita; oportunidad en la que se produjo la detención de M. G. S. y se le incautó un teléfono celular marca Alcatel y una suma de dos mil pesos, de fs. 1671/81; y

5. Elementos secuestrados en autos y legajos de identidad personal de los imputados y de escuchas telefónicas, reservados en Secretaría.

Es de destacar que todos los elementos de prueba señalados precedentemente, con los cuales se determinaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que sucedió el hecho materia de acusación en estos autos, corroboran la materialidad fáctica más arriba descripta y que se le atribuye a la conducta desplegada por los imputados.

Cuarto:

Calificación Legal:

I. Que, en cuanto al encuadre típico propuesto por las partes, he de señalar en primer lugar que si el Sr. Fiscal General, como representante del Estado en su rol de titular de la acción penal, ha prestado su consentimiento para que se acceda a una modificación con respecto al que se expusiera en los requerimientos de elevación a juicio, habiendo expresado su opinión en forma razonable, lógica y fundada, cumpliendo así con los recaudos del art. 69 del CPPN, solamente queda espacio para aplicar las figuras por escogidas y con los alcances por propuestos en el acuerdo de juicio abreviado, por las razones prácticas y de principio que expondré.

En ese sentido, la propia vindicta pública consideró que el plexo probatorio reunido en autos, compuesto principalmente por el procedimiento inicial, las tareas investigativas de campo, las intervenciones telefónicas y las actas circunstanciadas de los diversos allanamientos practicados, en base al análisis que de él efectuara, resultaba insuficiente para sostener el agravante contenido en el inc. “c” del art. 11° de la ley 23.737, la intervención de G. R. R., D. S. G., M. C. G. S. y L. S. G. H. en el tramo del hecho materia de juzgamiento que calificara como constitutivo del delito de trata de personas calificado por el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, y el grado de participación en el evento achacado que se les asignara inicialmente a G., D. G. y L. G. H.

Aun disintiendo con algunas de las conclusiones del representante del Ministerio Público Fiscal, encuentro que esa discrepancia no debe conducir al rechazo del acuerdo de juicio abreviado, conforme las previsiones de los incs. 3° y 4° del art. 431 bis del CPPN, por cuanto el encargado de proseguir con el ejercicio de la acción pública en el debate oral y público a celebrarse en otro tribunal sería el mismo fiscal que suscribió el acuerdo de juicio abreviado, por lo que es dable presumir que allí mantendría el criterio expuesto al acordar con el imputado y su defensa, tornando así ese rechazo en una actuación de excesivo rigorismo, reñida con la mejor administración de justicia.

A ello debe sumarse el rol que el art. 120 de la CN otorga al Ministerio Público Fiscal como titular de la acción penal a los fines de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República Argentina, de manera tal que si expresando fundamentos coherentes con su apreciación del material probatorio reunido en autos ha arribado a una determinada conclusión sobre este, no cabe que esta pueda suplantada por la del Tribunal, exclusivamente sobre la base de su desacuerdo en la valoración de la evidencia colectada, cuando la posición de la fiscalía resulta más favorable a los intereses de los enjuiciados, pues se estaría así invadiendo la función que le toca desempeñar a ese magistrado y, de alguna manera, actuando de manera oficiosa en contrario de lo previsto por el ordenamiento procesal vigente.

Así las cosas, atendiendo a que la base fáctica contenida en el requerimiento de elevación a juicio no se ha visto sustancialmente alterada en el análisis jurídico de la Fiscalía General al que adhiriera la defensa, habrá de ser calificada conforme lo que surge del acuerdo *sub examine*.

II. Que así las cosas, en cuanto a la calificación legal de los hechos, entiendo que a partir de los elementos de convicción colectados en el expediente, es sostenible, aunque no se comparta totalmente, la propuesta efectuada por el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal y aceptada por los imputados y sus defensas en el acuerdo de juicio abreviado bajo tratamiento.

En primer lugar, luce correcta la subsunción de su conducta en el delito de comercio de estupefacientes del art. 5° —inc. "c"— de la ley 23.737, en tanto y en cuanto se acreditó cabalmente que G. R., M. R. C. y M. G. S. se dedicaron a preparar cargamentos de droga, en cuyo acompañamiento intervinieron G. y L. G. H., para ser vendidos en otras localidades del país o al menudeo, como en el caso de este último y de D. G., todo ello a cambio de dinero, durante un período de tiempo determinado, lucrando entonces con esa ilícita actividad comercial, satisfaciendo así los recaudos de los tipos objetivo y subjetivo de esa figura.

III. Que, en cuanto a la intervención de G. R., M. R. C. y M. G. S. en el hecho que les fuera imputado, cabe poner de relieve que han tenido el dominio del suceso, por lo que deberán responder en calidad de autores en lo que respecta a ese delito (art. 45 del CP).

Conforme sostiene la doctrina, este dominio del hecho "...consiste en tener en las manos el curso del acontecer típico, en la posibilidad táctica de dirigir en todo momento la configuración típica. Se puede reconocer el dominio del hecho a todo aquel que puede inhibir, dejar correr o bien interrumpir la realización del resultado completo. De este modo, autor es quien mantiene el hecho en sus manos..." (Edgardo A. Donna, "La autoría y la participación criminal", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002, p. 34; con cita de Maurach, Gossel y Zipf).

Es dable destacar que, teniendo en cuenta la forma en que la Fiscalía General describió la forma de operar de M. R. C., G. R. y M. G. S., señalando que no fue conjunta ni organizada, no parece coherente entender como coautores funcionales a los dos últimos, sin perjuicio de que al haberse probado que ambos tuvieron dominio del hecho, pueden válidamente ser considerados como autores, cada uno por su propio accionar, conforme lo previsto por el art. 45 del CP.

En cuanto a la participación de G., D. G. y L. G. H., habré de decir que las colaboraciones ocasionales, no esenciales, que prestaran en el hecho cometido por sus consortes de causa, de acuerdo con lo interpretado por el Sr. Fiscal de Juicio, tornan coherente con su análisis de la prueba la calidad de partícipes secundarios que en definitiva les fuera atribuida, según el art. 46 de la ley de fondo, que así habrá de ser encuadrada.

IV. Que, a su vez, en los casos de G. y M. R. C. habrá de calificarse jurídicamente su accionar como incurso, además, en el delito de trata de personas calificado por el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima (arts. 145 bis y 145 ter —inc. 1°— del CP), en concurso ideal con el anterior, de conformidad con lo establecido por el art. 54 del citado cuerpo legal.

En este sentido, se aprecia que R. C. se valió de la vulnerabilidad de I. C. para proponerle y organizar su viaje aéreo al interior del país con una remesa de material estupefaciente, a cambio de la promesa de paga de un dinero, contando para ello con la ocasional colaboración de G., que la acompañó tanto al momento de realizarse la oferta, como al de emprender el periplo en el Aeroparque Metropolitano.

Así, teniendo en cuenta la ratificación del acuerdo por parte de los imputados y sus defensas en este tramo de la acusación, en lo esencial pueden tenerse por cumplidos los extremos objetivos y subjetivos de la figura, valorando que la imputación versa sobre una acción que es subsumible en los dos tipos penales —comercio de estupefacientes y trata de personas— y, por ello, como parte de un concurso ideal de delitos, que debe resolverse según lo estipulado por el art. 54 del CP.

Quinto:

Antijuridicidad y culpabilidad:

Que, por otra parte, no se advierten causales de justificación o de inculpabilidad que tornen lícita o irreprochable la conducta de los imputados en autos (cfr. art. 34 del CP); por lo tanto, corresponde afirmar también la antijuridicidad y culpabilidad de los comportamientos que fueron comprobados en estos obrados.

Sexto:

Sanciones a imponer - Pautas mensurativas de la pena:

I. Que, en orden a las penas a imponer por el evento criminoso comprobado en la presente causa, conviene señalar en primer lugar que, conforme el sistema legal que impone su individualización, las sanciones deben ser decididas tomando en cuenta la gravedad del hecho y la personalidad del imputado; en este sentido, el art. 41 del CP en su inc. 1° hace una clara referencia al injusto, al señalar que es "...la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados...", lo que permite cuantificar el injusto conforme al grado de afectación del bien jurídico tutelado. En este sentido, deben rechazarse todos los intentos de reducir el análisis del caso concreto a variables matemáticas de las cuales resultaría una pena determinada. Esto no es algo posible y tampoco deseable (cfr. Eduardo Demetrio Crespo, "Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena", en Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, 1998 A, p. 32).

En referencia a esa cuestión, el art. 41 del citado cuerpo legal deja en claro los límites al principio de individualización de la pena que debe adecuarse a la personalidad de autor, pero solo en la medida de que continúe reflejando la gravedad del ilícito concreto.

Dentro de este contexto, es el ilícito culpable el criterio decisivo para determinar la pena y las razones de prevención especial deben servir como correctivo, en el sentido de que la única culpabilidad que puede ser tomada como criterio de individualización es la de acto, rechazando la culpabilidad de autor por ser contraria a los arts. 18 y 19 de la CN.

Con este criterio, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que este haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. Así, no se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y solo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor.

En ese sentido, en relación con lo que se desprende de los legajos de identidad personal de los imputados y de las constancias de la causa, así como de la impresión personal en las audiencias de visu llevadas a cabo en virtud de lo previsto por el art. 41 —inc. 2°— del CP, para el examen de los aspectos personales de utilidad para ponderar los concretos montos de las penas a imponer a los incusos, tendré en cuenta: la naturaleza del hecho, la modalidad de ejecución desplegada, el daño social causado, la afectación a los bienes jurídicos tutelados por las normas infringidas, la educación de los imputados, su situación laboral y económica previa a la fecha de los hechos y los antecedentes condenatorios con los que algunos de ellos cuentan.

Por otro lado, debo valorar que el hecho ilícito investigado en autos fue reconocido por los aquí imputados al igual que su respectiva intervención en él, en las audiencias de conocimiento realizadas en el marco de estos obrados.

A modo de conclusión, corresponde tener en consideración que rige lo dispuesto por el inc. 5° del art. 431 bis del CPPN, en cuanto no resulta procedente imponer una pena superior o más grave que la peticionada por el Ministerio Público Fiscal.

Por ello, en atención a que las sanciones pactadas se ajustan al hecho y no aparecen como arbitrarias y/o desproporcionadas, en función de lo ya expuesto, no cabe sino imponerlas tal como fueron acordadas por las partes del presente proceso penal.

De este modo, estimo adecuado imponerle a los procesados las siguientes penas:

1. A G., la de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y multa de veintitrés unidades fijas, por considerarlo partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes en concurso ideal con el de trata de personas agravado por abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima (arts. 46, 54, 145 bis y 145 ter —inc. 1°— del CP y 5° —inc. "c"— de la ley 23.737).

A su vez, como el imputado registra una condena anterior de tres años de prisión en suspenso, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y costas, por considerarlo partícipe necesario del delito de tentativa de transporte de estupefacientes que le aplicara el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, mediante sentencia de fecha 6 de octubre de 2017 en el marco

de la causa N° 664/2017/TO1 de su registro, se deberá revocar la condicionalidad de aquella y, en definitiva, condenar a G. a la pena única de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y accesorias legales (arts. 12, 27 y 58 del CP);

2. A M. R. C., la de cinco años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y accesorias legales, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes en concurso ideal con el de trata de personas agravado por aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima (arts. 12, 19, 45, 54, 145 bis y 145 ter —inc. 1°— del C. P. y 5° —inc. "c"— de la ley 23.737).

A su vez, como el imputado registra una serie de condenas anteriores, siendo la última de ellas a la pena única de quince años y seis meses de prisión, multa de tres mil pesos ($3.000) que fuera convertida en días de prisión, accesorias legales, costas e inhabilitación absoluta por igual término de la condena y demás inhabilitaciones de los arts. 12 y 19 del CP y declaración de reincidencia que le aplicara el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de San Martín mediante sentencia de fecha 28 de octubre de 2017 en el marco de la causa N° 1482 de su registro, la cual a su vez comprendiera la pena de diez años de prisión, accesorias legales, inhabilitación absoluta por igual término y demás inhabilitaciones de los arts. 12 y 19 del CP, multa de tres mil pesos ($3.000) y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de transporte de estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo y de tenencia ilegal de armas de guerra en concurso real entre sí, impuesta en la sentencia del 28 de noviembre de 2005 y la condena que le aplicara oportunamente el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín en la causa N° 665 de su registro, de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales, multa de tres mil pesos ($3.000) y costas y declaración de reincidencia en orden al delito de almacenamiento de estupefacientes, se deberá condenar a R. C., en definitiva, a la pena única de diecisiete años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y accesorias legales, comprensiva de todas ellas, manteniendo su declaración de reincidencia (arts. 50 y 58 del CP).

En este sentido, si bien entiendo que la comisión del delito por el que aquí será condenado el imputado fue posterior a haber cumplido parcialmente en calidad de condenado la sentencia firme impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de San Martín y que ello, en rigor, determinaría una nueva declaración de reincidencia conforme lo previsto por el art. 50 del CP, teniendo en cuenta que no ha sido solicitada por la Fiscalía General y que, en definitiva, no existirá diferencia práctica en la ejecución de la pena única, habrá de estarse al mantenimiento de la declaración de reincidencia anterior que solicitaran las partes;

3. A M. G. S., la de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y accesorias legales, por considerarla autora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes (arts. 12, 19 y 45 del CP y 5° —inc. "c"— de la ley 23.737).

En cuanto a la pena privativa de libertad, teniendo en cuenta la solicitud de la defensa y lo dictaminado por la Fiscalía General, corresponde destacar que en la medida en que se conserven las condiciones que fueran evaluadas durante la instrucción para concederle el arresto domiciliario y la imputada no incurra en alguna de las violaciones previstas por el art. 34 de la ley 24.660, texto según ley 27.375, habrá de mantenerse esa modalidad en la etapa de ejecución;

4. A G. R., la de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y accesorias legales, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes (arts. 12, 19 y 45 del C. P. y 5° —inc. "c"— de la ley 23.737).

A su vez, como el imputado registra una condena anterior de dos años de prisión en suspenso y costas por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes que le aplicara por el Juzgado en lo Correccional N° 2 del Departamento Judicial de Azul, Provincia de Buenos Aires, mediante sentencia de fecha 11 de octubre de 2016 en el marco de la causa N° AZ 807/2015 de su registro, se deberá revocar la condicionalidad de aquella y, en definitiva, condenar a R. a la pena única de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y accesorias legales (arts. 27 y 58 del CP);

5. A D. G., la de dos años de prisión de ejecución condicional y multa de veintitrés unidades fijas, por considerarlo partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes (arts. 26 y 46 del CP y 5° —inc. "c"— de la ley 23.737).

A su vez, atento a la modalidad de ejecución de la pena solicitada, se le impondrán por el tiempo de la condena, las reglas de conducta impuestas en el art. 27 bis, primer párrafo del CP, cuyo cumplimiento deberá comenzar una vez que recupere su libertad en el marco de la causa N° 4459 del registro Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de La Matanza a cuya exclusiva disposición se encuentra detenido, para lo cual se solicitará a esa sede, mediante oficio a diligenciarse por correo electrónico, que se informe esa circunstancia una vez que se produzca y el domicilio que denuncie; y

6. A L. G. H., la de dos años de prisión de efectivo cumplimiento y multa de veintitrés unidades fijas, por considerarlo partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes (arts. 46 del C. P. y 5° —inc. "c"— de la ley 23.737).

II. Que, en relación con las penas de multa a imponer a los imputados, cabe decir además que resulta razonable la modalidad de conversión pactada por las partes para los casos de aquellos que resultarán condenados a penas de prisión de efectivo cumplimiento, pues teniendo en consideración las previsiones contenidas en el art. 24 del CP y la ley 23.737, se encargaron de detallar en forma precisa y pormenorizada porqué correspondía considerar que la multa a imponerle a los imputados G., M. R. C., G. R., M. G. S. y L. G. H. resultaba convertible en cinco o tres días de prisión, según el caso, una vez cumplidas las penas privativas de libertad principales y agotadas las posibilidades de pago establecidas en los párrafos tercero y cuarto del art. 21 de la ley de fondo.

Es dable destacar que esa misma medida puede resultar aplicable para el mecanismo de compensación de la multa con días de prisión preventiva en el caso de D. G., que resultará condenado a una pena de prisión en suspenso, respecto de quien se sostuviera una equivalencia con tres días de prisión, también previsto en la parte final del art. 24 del CP, en la hipótesis de que no resultara posible el pago conforme las modalidades de su art. 21, una vez que haya cumplido con la regla de conducta a la que se sujetara esa ejecución condicional.

En esa oportunidad, entonces, las partes consideraron que las penas previstas en la ley de estupefacientes fueron modificadas en las últimas reformas legislativas y teniendo en cuenta la desactualización por falta de evolución de los montos dinerarios del art. 24 del CP, trajeron a colación el criterio de conversión efectuado en el marco de la causa N° 19.274/2017 y su conexa N° 9404/2015 (internos 112 y 130, respectivamente) del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 7 de esta ciudad; cuyos integrantes realizaron un esfuerzo interpretativo para adecuar las previsiones contenidas en los arts. 21 y 24 del ordenamiento de fondo, a la última modificación legislativa operada en la ley 23.737, en virtud de la sanción de la ley 27.302.

Según se puso de manifiesto en el citado precedente, con carácter previo a la sanción de la ley 27.302, la conversión de las penas de multa en días de prisión era calculada mediante una simple operación matemática, esto es, dividiendo la pena de multa más alta que contemplaba la figura agravada del art. 11 de la ley 23.737, fijada en la suma de cuarenta y cinco mil pesos ($45.000) —según el decreto 2128/1991 del 17 de octubre de 1991— por ciento setenta y cinco pesos ($175), que se correspondía con el monto máximo que habría de imponerse por un día de prisión preventiva, conforme lo prescribe el art. 24 del CP; lo que permitía sostener que cuarenta y cinco mil pesos de multa ($45.000) eran equivalentes a doscientos cincuenta y siete días de prisión.

Sin embargo, como ese monto quedó exiguo y desactualizado por la depreciación económica y el transcurso del tiempo, con la sanción de la ley 27.302 se actualizaron y se impusieron, para cada una de las figuras contempladas en la ley 23.737, multas calculadas en "unidades fijas", cuyo valor por unidad se ajusta al precio del Formulario de Inscripción (F01) fijado por el Registro Nacional de Precursores Químicos dependiente de la Subsecretaría de Lucha contra el Narcotráfico del Ministerio de Seguridad de la Nación (que actualmente se encuentra fijado en la suma de siete mil pesos ($7.000. Ver: http://renpre.minseg.gob.ar/formulario.php).

En base a estas conclusiones y mediante un ejercicio de regla de tres simple, concluyeron que cuarenta y cinco unidades fijas, siendo tal el mínimo de la multa del art. 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 que acordaron se impusiera a M. R. C., G. R. y M. G. S., como autores del delito, equivalen a 4,82 días de prisión, por lo que pactaron esa medida de conversión en cinco días de privación de libertad.

A su vez, teniendo en cuenta las pautas del art. 46 del ordenamiento de fondo para graduar las sanciones correspondientes a los partícipes secundarios G., D. G. y L. G. H. R., llegaron a la conclusión de que las multas que correspondía imponerles podían convertirse en tres días de prisión, sin perjuicio de que en el caso del primero de ellos, en razón del quantum de la pena única pactada, quedara en definitiva en cinco días de prisión.

Ahora bien, explicado lo anterior, cabe decir que desde la perspectiva del Tribunal las penas de multa y el método de conversión en días de prisión o de compensación con días de prisión preventiva pactados por las partes resultan lógicos y razonables, de acuerdo con las previsiones de los arts. 21 y 24 del CP, y habiendo siendo sido estos ratificados por los imputados, no corresponde apartarse de lo pactado en el acuerdo de juicio abreviado que fuera firmado por las partes, ello sin perjuicio de las intimaciones en los términos del citado art. 21 del ordenamiento de fondo que quepa efectuar, previas a las eventuales conversión o compensación que podrán tener lugar en el momento oportuno, individualizado en el primer y segundo párrafos de la presente consideración, durante la etapa de ejecución.

Séptimo:

Costas:

Que, a tenor de lo dispuesto por los arts. 29 —inc. 3°— del CP, y 530, 531 y 533 del CPPN, corresponde la imposición de las costas a los encausados.

Octavo:

Otras cuestiones:

Que, por último, corresponde abordar otros temas que requieren un pronunciamiento del suscripto, y así, cabe:

1. Practicar por Secretaría, firme que se encuentre la presente, los cómputos de las penas impuestas a G., M. R. C., M. G. S. y G. R.; oportunidad en la que se notificará a las partes (art. 493 del CPPN), y los de caducidad registral de la totalidad de las condenas.

A su vez, en el caso de L. G. H., se impone tener por compurgada la pena de prisión impuesta, en atención al tiempo transcurrido en prisión preventiva entre el 29 de mayo de 2019 y el 11 de agosto del corriente año; fecha en que fuera excarcelado bajo caución juratoria en los términos del art. 317 —inc. 3°— del CPPN;

2. Decomisar la totalidad del dinero, así como también los teléfonos celulares y demás efectos secuestrados en autos (art. 23 del CP), con excepción del dinero hallado en el domicilio de D. G. y de los automotores incautados, cuyo destino, conforme lo solicitado expresamente por las partes, será tratado por vía incidental;

3. Destruir el remanente del material estupefaciente incautado en el marco de la presente causa (art. 30 de la ley 23.737);

4. Remitir a la Dirección Nacional de Migraciones, firme que se encuentre la presente, copias digitalizadas de la sentencia dictada en relación con G., M. R. C. y M. G. S. (art. 62 *in fine* de ley 25.871). A tal fin, envíense D. E. O. X.;

5. Hacer saber lo aquí dispuesto respecto de G., M. R. C. y M. G. S. al Consulado de la República del Paraguay, a los fines que estime corresponder. A cuyo efecto, líbrense oficios para ser diligenciados a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, con copia digitalizada de la presente;

6. Diferir la regulación de honorarios profesionales de los Dres. Emilio José Salgueiro Almeida y Daniel Alejandro Aranda, hasta tanto den cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 2° —inc. "b"— de la ley 17.250 y 51 —inc. "d"— de la ley 23.187;

7. Hacer saber a las partes que el suscripto intervendrá en la presente causa como Juez de Ejecución (arts. 490 del CPPN y 72 bis de la ley 24.121);

8. Intimar a G., M. R. C., M. G. S., G. R., D. G. y L. G. H. para que, dentro del quinto día de notificados, efectúen el pago de la suma de mil quinientos pesos ($1.500) en concepto de tasa de justicia, bajo apercibimiento de aplicarles una multa equivalente al cincuenta por ciento del citado monto;

9. Firme que se encuentre la presente sentencia, poner las unificaciones de penas dispuestas en conocimiento de los tribunales que dictaran las condenas anteriores de G., G. R. y M. R. C. y solicitar los envíos a estos estrados de sus legajos de ejecución penal. A tal fin, envíense D. E. O. y oficio por correo electrónico, según corresponda; y

10. Oficiar a la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal a efectos de poner en su conocimiento el dictado de la presente, como así también la excarcelación concedida a L. S. G. H. el 11 de agosto del corriente año, todo ello en función del control de las prórrogas de prisión preventiva efectuado en el marco de los legajos N° 2091/2019/TO1/7 y 2091/2019/TO1/8 de su registro. A tal fin, envíese D. E. O. con copias digitales de las piezas pertinentes.

De conformidad con el acuerdo que antecede y con lo prescripto por los arts. 398 y ss. del CPPN, el Tribunal, integrado de modo unipersonal; resuelve: I. Homologar el acuerdo de juicio abreviado celebrado por las partes respecto de los procesados M. A. G., G. R. R., M. Á. R. C., D. S. G., M. C. G. S. y L. S. G. H. (art. 431 bis del CPPN). II. Condenar a M. A. G., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la Pena de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, multa de veintitrés unidades fijas convertible en tres días de prisión y costas, por considerarlo partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes en concurso ideal con el de trata de personas agravado por aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima (arts. 19, 29 —inc. 3°—, 46, 54, 145 bis y 145 ter —inc. 1°— del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN). III. Dictar respecto de M. A. G. una Pena única de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la sanción antes detallada y de la pena de tres años de prisión en suspenso, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y costas dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa en el marco de la causa N° 664/2017/TO1 de su registro, por considerarlo partícipe necesario del delito de tentativa de transporte de estupefacientes, con fecha 6 de octubre de 2017, cuya condicionalidad se revoca (arts. 12, 27 y 58 del CP). IV. Condenar a M. Á. R. C., de las demás

condiciones personales obrantes en autos, a la Pena de cinco años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes en concurso ideal con el de trata de personas agravado por aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima (arts. 12, 19, 29 —inc. 3°—, 45, 54, 145 bis y 145 ter —inc. 1°— del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN). V. Dictar respecto de M. Á. R. C. una Pena única de diecisiete años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la sanción arriba detallada y de la pena única de quince años y seis meses de prisión, multa de tres mil pesos ($3.000) que fuera convertida en días de prisión, accesorias legales, costas e inhabilitación absoluta por igual término de la condena y demás inhabilitaciones de los arts. 12 y 19 del CP y declaración de reincidencia que le aplicara el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de San Martín mediante sentencia de fecha 28 de octubre de 2017 en el marco de la causa N° 1482 de su registro, la cual a su vez comprendiera la pena de diez años de prisión, accesorias legales, inhabilitación absoluta por igual término y demás inhabilitaciones de los arts. 12 y 19 del CP, multa de tres mil pesos ($3.000) y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de transporte de estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo y de tenencia ilegal de armas de guerra en concurso real entre sí, impuesta en la sentencia de 28 de noviembre de 2005 y la condena que le aplicara oportunamente el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín en la causa N° 665 de su registro, de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales, multa de tres mil pesos ($3.000) y costas y declaración de reincidencia en orden al delito de almacenamiento de estupefacientes, Manteniendo su declaración de reincidencia (arts. 50 y 58 del CP). VI. Condenar a M. C. G. S., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la Pena de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, por considerarla autora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes (arts. 12, 19, 29 —inc. 3°— y 45 del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN). VII. Condenar a G. R. R., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la Pena de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertibles en cinco días de prisión y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes (arts. 12, 19, 29 —inc. 3°— y 45 del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN). VIII. Dictar respecto de G. R. R. una Pena única de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas convertible en cinco días de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la sanción arriba detallada y de la pena de dos años de prisión en suspenso y costas que, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, le aplicara el Juzgado en lo Correccional N° 2 del Departamento Judicial de Azul, Provincia de Buenos Aires, mediante sentencia de fecha 11 de octubre de 2016 en el marco de la causa N° AZ 807/2015 de su registro, cuya condicionalidad se revoca (arts. 27 y 58 del CP). IX. Condenar a D. S. G., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la Pena de dos años de prisión de ejecución condicional, multa de veintitrés unidades fijas compensable con tres días de prisión preventiva y costas, por considerarlo partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes (arts. 26, 29 —inc. 3°— y 46 del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN). X. Imponer a D. S. G., por el plazo de Dos años, la obligación de fijar residencia y someterse al cuidado de la Dirección de Control y Asistencia de la Ejecución Penal (art. 27 bis —inc. 1°— del CP), que deberá comenzar a cumplir una vez que recupere su libertad en el marco de la causa N° 4459 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de La Matanza, a cuya exclusiva disposición se encuentra detenido. XI. Solicitar al Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de La Matanza, a cuya exclusiva disposición se encuentra detenido D. S. G. que informe a esta sede al momento de que recupere su libertad en el marco de la causa N° 4459 de su registro y el domicilio que denuncie. A tal fin, líbrese oficio para ser diligenciado por correo electrónico. XII. Condenar a L. S. G. H., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la Pena de dos años de prisión de efectivo cumplimiento que se tiene por compurgada en virtud del tiempo cumplido en prisión preventiva, multa de veintitrés unidades fijas compensable con tres días de prisión preventiva y costas, por considerarlo partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes (arts. 29 —inc. 3°— y 46 del CP, 5° —inc. "c"— de la ley 23.737 y 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN). XIII. Practicar por Secretaría, firme que se encuentre la presente, los cómputos de las penas impuestas a los condenados M. A. G., G. R. R., M. Á. R. C. y M. C. G. S.; oportunidad en la que se notificará a las partes (art. 493 del CPPN), el cómputo de detención de D. S. G. y los de caducidad registral de todas las condenas. XIV. Decomisar la totalidad del dinero, los teléfonos celulares y los demás elementos secuestrados en autos (arts. 23 del CP), con excepción del dinero hallado en el domicilio de D. S. G. y de los automotores incautados, cuyo destino, conforme lo solicitado expresamente por las partes, será tratado por vía incidental. XV. Destruir el remanente de la droga incautada en el marco de la presente causa (art. 30 de la ley 23.737). XVI. Hacer saber a la Dirección Nacional de Migraciones lo aquí dispuesto en relación con los ciudadanos extranjeros M. A. G., M. Á. R. C. y M. C. G. S., de conformidad con lo previsto por la

ley 25.871. A cuyo efecto, envíese D. E. O. X., al cual se le deberá adjuntar copia digitalizada de la presente. XVII. Hacer saber lo aquí dispuesto al Consulado de la República del Paraguay, en relación con los ciudadanos de ese país M. A. G., M. Á. R. C. y M. C. G. S., a los fines que estime corresponder. A cuyo efecto, envíese oficio por correo electrónico a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación con copia digitalizada de la presente. XVIII. Diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. Emilio José Salgueiro Almeida y Daniel Alejandro Aranda, hasta tanto den cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 2° —inc. "b"— de la ley 17.250 y 51° —inc. "d"— de la ley 23.187. XIX. Hacer saber a las partes que el suscripto intervendrá en la presente causa como Juez de Ejecución (arts. 490 del CPPN y 72 bis de la ley 24.121). XX. Intimar a M. A. G., G. R. R., M. Á. R. C., D. S. G., M. C. G. S. y L. S. G. H., para que, dentro del quinto día de notificados, efectúen el pago de la suma de mil quinientos pesos ($1.500) en concepto de tasa de justicia, bajo apercibimiento de aplicarles una multa equivalente al cincuenta por ciento del citado monto. XXI. Poner en conocimiento de los tribunales que dictaron las condenas anteriores de M. A. G., G. R. R. y M. Á. R. C., firme que se encuentre la presente sentencia, las unificaciones de penas dispuestas y solicitar los envíos a estos estrados de sus legajos de ejecución penal. A tales fines, envíense D. E. O. y oficio por correo electrónico, según corresponda. XXII. Oficiar a la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal a efectos de poner en su conocimiento el dictado de la presente, como así también la excarcelación concedida a L. S. G. H. el 11 de agosto del corriente año, todo ello en función del control de las prórrogas de prisión preventiva efectuado en el marco de los legajos N° 2091/2019/TO1/7 y 2091/2019/TO1/8 de su registro. A tal fin, envíese D. E. O. con copia digital de las piezas pertinentes. Regístrese, notifíquese a las partes por cédulas electrónicas y a los imputados mediante correos electrónicos dirigidos a las delegaciones de la Policía Federal Argentina con jurisdicción en sus domicilios reales y D. E. O. X. a las respectivas unidades de detención, según corresponda, comuníquese y, oportunamente, archívese. — *Ricardo A. Basilico.*

PRISIÓN DOMICILIARIA

Alcances. Pedido de autorización para que la imputada realice salidas recreativas con sus hijos. Cumplimiento adecuado de las reglas de conducta. Procedencia.

Corresponde autorizar a la imputada a concurrir los días sábados entre las 15 y 18 horas a un parque, con el propósito de que les brinde salidas recreativas a sus hijas, ya que, de los reportes elaborados por la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal, surge que aquella se encuentra cumpliendo correctamente con las reglas que se le impusieron al concedérsele la prisión domiciliaria.

TOral Crim. Fed. Nro. 1, 17/09/2021. - B., M. A. s/ legajo de ejecución penal.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141897/2021]

Causa N° 2959/3022/3105 (835/2016/TO1)

Buenos Aires, septiembre 17 de 2021.

Considerando:

I. Que el Dr. Rubén Darío Saggiorato, Defensor Público Oficial Coadyuvante a cargo de la Unidad de Letrados Móviles ante los Jueces de ejecución de los Tribunales Orales en lo Criminal Federal solicitó, en representación de M. A. B., que se la autorizara a concurrir los días sábados entre las 15 y las 18 horas al Parque Indoamericano de Villa Soldati de esta ciudad, con el propósito de atender al interés superior del niño y la niña, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que integraba el bloque de constitucionalidad, así como también en función de lo normado en numerosos instrumentos de soft law internacional vinculados con los derechos de las mujeres privadas de libertad.

II. Que, corrida que fue la vista exigida por el ordenamiento procesal a la Sra. Auxiliar Fiscal, Dra. Florencia Lanzani, consideró que correspondía autorizar las salidas solicitadas a fin de que las hijas menores de B. pudieran satisfacer sus necesidades recreativas y lúdicas en el espacio mencionado, por argumentos a los que me remito en honor a la brevedad.

III. Que, ahora bien, al momento de analizar la petición, cabe destacar en primer lugar que la prisión domiciliaria fue concedida a la condenada en el marco de la presente causa, en función de lo establecido en el inciso "f" del artículo 32 de la ley 24.660, el cual tiene su basamento teórico en el principio rector del interés superior del niño establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestro bloque constitucional en el inc. 22° del art. 75 de la Constitución Nacional.

En segundo lugar, recalco que de los reportes elaborados por la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal y de la compulsa del presente legajo, surge que B. se encuentra cumpliendo correctamente con las reglas que se le impusieron al concedérsele el citado beneficio, solicitando las correspondientes autorizaciones para efectuar salidas y aportando las constancias que las acreditan.

Asimismo, coincido con lo dictaminado por la Sra. Auxiliar Fiscal en cuanto a que resulta "...incuestionable que en cumplimiento a lo estipulado en la Convención sobre Derechos del Niño en su art. 31.1, la familia debe proporcionarle al niño y niña las herramientas necesarias para su crecimiento y esparcimiento, tales como actividades recreativas propias de su edad y su participación en el juego, y el Estado se halla obligado a favorecer dicho crecimiento...".

Por lo antes expuesto, no encuentro óbice para conceder lo solicitado por la defensa y entiendo que corresponde autorizar a B., a concurrir los días sábados entre las 15 y las 18 horas al Parque Indoamericano de Villa Soldati, con el propósito de que les brinde salidas recreativas a sus hijas.

Así, de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Auxiliar Fiscal; resuelvo: Hacer lugar a lo solicitado por el Dr. Rubén Darío Saggiorato, Defensor Público Oficial Coadyuvante a cargo de la Unidad de Letrados Móviles ante los Jueces de ejecución de los Tribunales Orales en lo Criminal Federal y Autorizar a M. A. B. a concurrir los días sábados, entre las 15 y las 18 horas, al Parque Indoamericano de Villa Soldati de esta ciudad, con el propósito de que les brinde salidas recreativas a sus hijas. Regístrese y notifíquese a las partes mediante cédulas electrónicas y comuníquese lo resuelto, a través de correos electrónicos, a la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal y al Programa de Asistencia a Personas bajo Vigilancia Electrónica. — *Ricardo A. Basilico.*

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Pena en abstracto del delito presuntamente cometido. Último acto con virtualidad interruptiva. Procedencia. Sobreseimiento.

> Teniendo en cuenta que la pena en abstracto del delito presuntamente cometido y por el que se requiriera la elevación a juicio del encausado tiene un máximo de seis años de prisión, que el último acto con virtualidad interruptiva en esta causa resulta ser el auto de citación a juicio de fecha 1° de noviembre de 2011, corresponde declarar prescripta la acción penal respecto del imputado y en consecuencia sobreseerlo en orden al delito por el que fuera requerida su elevación a juicio —encubrimiento agravado—, dejando sin efecto la declaración de rebeldía y el pedido de captura que fueran ordenados oportunamente.

TOral Crim. Fed. Nro. 2, 17/09/2021. - M. de D. S. del G. c. Q. A. J. y otros s/ encubrimiento (art. 277).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/142063/2021]

Causa N° 1927

Buenos Aires, septiembre 17 de 2021.

Considerando:

I. Que el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal requirió la elevación a juicio de las presentes actuaciones respecto del imputado J. Q. A. en orden al delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro (art. 277 incs. 1° "c" y 3° "b" del CP).

II. Que con fecha 1° de noviembre de 2011 este Tribunal citó a las partes en los términos del art. 354 del CPPN.

III. Con fecha 25 de noviembre de 2015 se suspendió el presente proceso a prueba. Sin embargo, ante la falta de cumplimiento de las reglas de conducta impuestas y de sometimiento a la actividad jurisdiccional para su supervisión, este Tribunal, con fecha 26 de marzo de 2019, revocó el beneficio oportunamente otorgado.

IV. Por su parte, con fecha 12 de diciembre de 2019 se resolvió declarar rebelde al imputado Q. A. y, en consecuencia, encomendar su captura.

V. Que con fecha 25 de marzo del corriente año, el Defensor Público Oficial a cargo de la Defensoría Pública Oficial N° 5, el Dr. Finn solicitó que se declare la prescripción de la acción penal de conformidad con los arts. 339 inc. 2° y 358 del CPPN, en concordancia con lo dispuesto en los arts. 59 inc. 3° y 62 inc. 2° del código de fondo.

Para fundamentar su pedido señaló que "...el delito imputado a Q. A. se encuentra reprimido con pena de prisión de uno a seis años, ergo, de conformidad con lo establecido en el art. 62 inc. 2° del CP, la acción penal por dicho delito prescribe transcurrido un plazo de seis años...".

Respecto de la suspensión del proceso manifestó que "...a los fines de tener suspendida la prescripción de la acción conforme lo establecido en el art. 76 ter, párrafo tercero del CP, ello no puede superar el plazo máximo de tres años establecido en ese mismo artículo pero en su párrafo primero...".

Concluyendo que "no existe ninguna otra causal por la que se pueda interrumpir la prescripción conforme taxativamente enuncia la ley (art. 67 del CP) [...] aún descontando el plazo de tres años en que se en-

contró suspendida la prescripción de la acción, desde el día 1° de noviembre de 2011 hasta la fecha, ha transcurrido holgadamente el lapso de seis años, que es el término máximo de prescripción para el delito imputado a mi asistido..."

VI. En virtud de ello, se requirió al Registro Nacional de Reincidencia un informe de antecedentes nominal respecto de Q. A. En tal sentido, conforme la certificación actuarial del 13 de julio de 2021 surge que J. Q. A. no registra antecedentes condenatorios ni causas en trámite.

Por otra parte, se corrió vista al representante del Ministerio Público Fiscal, quien, luego de relatar lo acontecido en la presente causa, consideró "...que el Tribunal puede declarar extinguida la acción penal por prescripción (artículos 59, inciso 3°, 62, inciso 2°, y 67, inciso "d" y último párrafo, del CP de la Nación), dictando en consecuencia el sobreseimiento de J. Q. A. en orden al delito por el que fuera elevada la causa a juicio (cfr. artículos 336, inciso 1°, 337 y 338 del CPPN)".

VI. Ahora bien, teniendo en cuenta que la pena en abstracto del delito presuntamente cometido en autos y por el que se requiriera la elevación a juicio del encausado tiene un máximo de seis años de prisión, que el último acto con virtualidad interruptiva en esta causa resulta ser el auto de citación a juicio —cfr. art. 354 del CPP— de fecha 1° de noviembre de 2011, corresponde declarar prescripta la acción penal respecto de J. Q. A. y en consecuencia sobreseerlo en orden al delito por el que fuera requerida su elevación a juicio, dejando sin efecto la declaración de rebeldía y el pedido de captura que fueran ordenados oportunamente, debiendo comunicarse lo aquí dispuesto a las fuerzas de seguridad.

En función de lo expuesto y de conformidad con lo postulado por la Fiscalía de juicio actuante es que; resuelvo: I. Declarar extinguida por prescripción la acción penal seguida a J. Q. A., de las restantes condiciones personales obrantes en autos, en orden al hecho por el cual fuera requerida su elevación a juicio. (arts. 45, 59 inciso 3° y 62 inciso 2°, 67 inciso "d" y último párrafo y art. 277 incs. 1° "c" y 3° "b" del CP). II. Sobreseer a J. Q. A., en orden al hecho por el cual fuera requerida su elevación a juicio, sin costas (artículos 361, en función del 336, 530 y 531 del CPPN y art. 277 incs. 1° "c" y 3° "b" del CP). III. Dejar sin efecto la declaración de rebeldía y la orden de captura que pesa sobre J. Q. A. dispuesta con fecha 12 de diciembre de 2019 y, en consecuencia, comunicar lo resuelto a la Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía de Seguridad Aeroportuaria, División Asuntos Internacionales de la PFA —Interpol—, Registro Nacional de Reincidencia y Dirección Nacional de Migraciones. Regístrese; notifíquese mediante cédula electrónica al Sr. Fiscal de Juicio y a su defensa. Fecho, comuníquese y oportunamente archívese. — *Javier F. Ríos.*

PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD

Hurto. Amenazas coactivas. Delitos cometidos contra la expareja del imputado. Condena. Imposición de reglas de conducta.

1. — Se condena al imputado a la pena de dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional, por ser autor de los delitos de amenazas coactivas, hurto y privación ilegal de la libertad agravada por haber mediado violencia, todo lo cual concursa de manera real. En lo concerniente al denominado "Hecho 1" se ha acreditado que el imputado le refirió a su expareja "con cualquiera que te vea lo acuchillo, a vos capaz que no te hago nada"; con relación al "Hecho 2" quedó acreditado, que el imputado le sustrajo, sin que se diera cuenta, el teléfono celular; en cuanto al "Hecho 3", se tuvo por probado que el imputado retuvo en contra de su voluntad a su expareja por un lapso aproximado de dos horas en el interior de su domicilio.

2. — El condenado debe seguir las siguientes reglas de conducta: a) fijar domicilio y someterse al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal; b) realizar cuatro horas mensuales de tareas comunitarias; c) realizar un curso para hombres violentos; y d) la prohibición de acercamiento y contacto por cualquier medio respecto de la víctima, a excepción de los temas atinentes a la crianza de su hijo en común, lo cual deberá canalizar por la vía civil correspondiente (art. 27 bis del Cód. Penal).

TOral Crim. Nro. 1, 17/09/2021. - D., F. G. c. L., F. s/ privación ilegal de libertad (art. 144 bis, inc. 1).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141847/2021]

CCC 8430/2019/TO1

Buenos Aires, septiembre 17 de 2021.

Considerando:

I. Que el fiscal de instrucción, Dr. Ignacio Mahiques, requirió la elevación a juicio en los siguientes términos:

"Resultan materia de imputación los hechos de violencia cometidos por F. L. contra F. G. D., con quien mantuvo una relación amorosa desde el 2013, en la cual al año siguiente iniciaron la convivencia y nació su hijo, S. M. L. D., de 4 años de edad. La relación culminó en noviembre de 2017.

Concretamente se le atribuyen los siguientes sucesos, a saber:

1) El ocurrido el 4 de febrero de 2019, alrededor de las 22 hs., en el interior del colectivo de la línea 8, en el cual viajaba junto a D. y su hijo S., tras haber llevado al niño a la psicóloga.

Durante el trayecto, le hizo una escena celotípica en la cual decía que ella estaba en pareja con otra persona y, en ese contexto le refirió "con cualquiera que te vea, lo acuchillo, a vos capaz que no te hago nada". Para ese momento, D. había puesto a grabar la conversación, lo cual había hecho disimuladamente poniendo su teléfono celular en un bolsillo de la mochila que había ubicado entre el imputado y ella.

2) En tales circunstancias, cuando el ómnibus pasaba por la zona de la Plaza de los Dos Congresos, L. la saludó y le refirió "si me amás, te espero en casa", no sin antes apoderarse discretamente de su teléfono celular, marca Motorola *G6 Play*, color negro con funda color turquesa, con línea N° ... de la empresa Movistar.

D. fue advertida de lo ocurrido por el niño, quien le dijo: "mamá, te sacó el teléfono", mientras el imputado se bajó velozmente del colectivo y siguió su fuga hacia su domicilio.

La damnificada y su hijo comenzaron a seguirlo y pese a haber ido al departamento de aquel para intentar recuperarlo, al día de hoy no pudo hacerlo.

Cabe señalar que, durante esa jornada, en el interior de su domicilio, L. le advirtió a D. que, si quería el teléfono, tenían que salir juntos y tener sexo, pero que como él no era un violador, ella tenía que tener ganas de acostarse con él.

Asimismo, el día siguiente, se presentó en la puerta del edificio donde vive D., sito en Av. ... de esta ciudad, y le manifestó que, si quería recuperar el teléfono celular, le tenía que abonar $2.000, ya que lo había vendido en "una cueva" del barrio porteño de Once.

3) El [hecho] ocurrido en la madrugada del 5 de febrero de 2019, alrededor de las 2:00 hs., en el interior del domicilio del imputado, cuando con la excusa de que le devolvería el teléfono celular sustraído, L. le pidió a D. que ingresara a su domicilio y ella accedió a hacerlo con la condición de que no cerrara con llave la puerta y que las llaves las conservaría ella.

En ese contexto, aquel se ubicó varias veces cerca de la ventana diciéndole "yo no tengo porqué seguir viviendo, esto es una mierda" y haciendo ademanes de que se arrojaría. D. intentó evitar que ello sucediera, para lo cual intercedió físicamente entre L. y la ventana.

Seguidamente, la damnificada quiso retirarse de la vivienda y, al tratar de salir, el imputado colocó su brazo para que ella no pudiera abrir la puerta. Luego le quitó las llaves, colocó una de ellas en la cerradura y le refrió que se había partido, tras lo cual le dijo nuevamente que se iba a matar, ingirió un blíster de pastillas de Clonazepam y se tomó una botella de vino.

Al cabo de al menos dos horas sin poder retirarse, D. atinó ayudar a L., quien se encontraba tendido en el piso, y para ello discó el 911 desde el teléfono celular del imputado, que estaba cargando su batería. En ese contexto, el causante intentó quitárselo de las manos violentamente a punto tal que el aparato golpeó la boca de la damnificada.

Ella intentó ir en busca del teléfono por segunda vez, pero L. le pegó una patada en el antebrazo derecho.

En ese momento, D. vio que las llaves que le había quitado aquel se encontraban en el piso, por lo cual las agarró, junto con el teléfono celular de él —que tomó para llamar al 911 en caso de que él la persiguiera para evitar que se fuera—, y así logró salir de la vivienda.

Una vez en el pasillo, L. fue a buscarla y comenzó a tironearla para ingresarla nuevamente a su departamento, para luego pegarle una cachetada ante sus gritos de auxilio.

Finalmente, al escuchar la situación una vecina del mismo piso salió a ver qué estaba pasando, lo cual fue aprovechado por D. para subir al ascensor y salir posteriormente del edificio" (ver requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 106/113 vta. del expediente digitalizado en *Lex 100*).

Calificó los hechos como constitutivos de los delitos de amenazas coactivas, hurto simple y privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida con violencia, todos en concurso material entre sí, atribuyéndole a F. L. la calidad de autor (arts. 45, 55, 142 inc. párrafo, y 162 del CP de la Nación).

De manera digital, las partes presentaron en *Lex 100* el acta de acuerdo en los términos del inc. 2° del art. 431 bis CPPN, firmada por la Auxiliar Fiscal, y ratificada por el imputado y su defensa a fin de que se

imponga a estos autos el procedimiento abreviado introducido por la ley 24.825.

Según surge de la misma, la Auxiliar Fiscal conversó con el Dr. Marcos Marini, quien asesoró debidamente a su asistido, y se le hizo saber que al pedir la abreviación requeriría que el hecho del requerimiento de fs. 106/113 vta., que fue admitido en ese acto por el imputado, fuera calificado como amenazas coactivas, hurto simple y privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida con violencia, todos en concurso material entre sí, debiendo L. responder a título de autor, y que solicitaría la pena de dos años y tres meses de prisión en suspenso y las siguientes reglas de conducta por idéntico plazo que el de la condena: a) fijar domicilio y someterse al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal; b) realizar cuatro horas mensuales de tareas comunitarias; c) realizar un curso para hombres violentos; y d) la prohibición de acercamiento y contacto por cualquier medio respecto de la Sra. F. G. D., a excepción de los temas atinentes a la crianza de su hijo en común.

Ante esta presentación se tomó conocimiento *de visu* del imputado F. L. (ver constancia de la video audiencia en *Lex 100*). En dicho acto se le refirió el acuerdo al imputado y se lo interrogó en punto a si había sido informado por su defensa acerca de la naturaleza y efecto de este, a lo que manifestó que sí y que había prestado libremente su consentimiento, por lo que, resultando formalmente admisible el acuerdo presentado, se llamó a autos para sentencia y quedaron estos en condiciones de ser fallados.

II. Que se encuentra probado que el 4 de febrero de 2019, a las 22 horas aproximadamente, en oportunidad de encontrarse F. L. viajando en el colectivo de la línea 8 junto a su pareja F. G. D. y el hijo menor que ambos poseen, S. L. D., el imputado le refirió a D. "con cualquiera que te vea lo acuchillo, a vos capaz que no te hago nada" (*sic*) —hecho 1—.

En dicha oportunidad, tras referirle la frase de mención, aprovechando el descuido de la nombrada D. le sustrajo su teléfono celular marca "Motorola", modelo *G6 Play*, dicha maniobra fue advertida por el menor, quien le avisó a su madre de lo sucedido, oportunidad en la que el imputado bajó rápidamente del colectivo, siendo perseguido por la Sra. D. hasta el domicilio del mismo —sito en ...—, no logrando recuperar su teléfono —hecho 2—.

Asimismo, alrededor de las 2 a.m. del día siguiente, es decir el 5 de febrero de 2019, la nombrada D. se presentó en el domicilio del imputado, sito en ..., CABA, con la ilusión de que le devolviera el celular que la noche anterior le había sustraído, y luego de mantener una discusión, la nombrada intentó retirarse del domicilio, acción que fue impedida por L. quien, en un primer momento, colocó su brazo sobre la puerta para evitar que la abriera y luego le quitó las llaves de la misma.

Luego de aproximadamente dos horas, aprovechando que L. se encontraba alcoholizado y bajo los efectos de haber ingerido un blíster de Clonazepam tirado en el piso, tras advertir que las llaves de la puerta se encontraban tiradas en el piso, D. tomó las mismas y logró egresar de la vivienda, oportunidad en la cual el imputado salió al pasillo del departamento e intentó impedir que se fuera, tratándola de ingresar nuevamente por la fuerza, y ante los gritos de auxilio que la misma exclamara salió una vecina del piso, situación que fue aprovechada por la damnificada para escapar —hecho 3—.

Para la reconstrucción de estos hechos tengo en consideración, en primer término, lo declarado ante la fiscalía de instrucción por la damnificada F. G. D.:

"...El 4 de noviembre de 2019, cerca de las 22 hs., íbamos en el colectivo de la línea 8. F. se iba a bajar en Congreso y S. y yo en Parque Lezama. Yo llevaba el teléfono en la mochila y la había puesto cerca de él, entre medio de los dos, para que se pudiera escuchar, ya que lo estaba grabando porque F. me estaba amenazando. Él piensa que yo estoy con alguien. Me decía "con cualquiera que te vea lo acuchillo, a vos capaz que no te hago nada". En un momento, me abrió la mochila, y sin que me diera cuenta, agarró mi teléfono celular. Me saludó y me dijo "si me amás, te espero en casa". S. me dijo "mamá, te sacó el teléfono". F. se bajó corriendo con mi teléfono, cruzó con el semáforo en verde, casi lo pisan. Yo me bajé ahí mismo y empecé a gritar. Intenté correrlo, pero no pude mucho, porque estaba con S. A una cuadra de la casa de F. hay un locutorio y desde ahí llamé a mi mamá. Creo que F. me sacó el celular para revisármelo por si estaba con alguien. Millones de veces me revisó el celular, lograba desbloquear mis teléfonos a pesar de que yo le ponía contraseñas. Todavía no lo recuperé. Me dijo que lo había vendido, y me pedía $2.000 para recuperarlo. Me decía "dame $2.000 y te lo devuelvo." Mi teléfono tiene localizador, pero solamente cuando se prende. Lo busqué y me dio que estaba en el barrio de Once, en un garaje. Fui a ese estacionamiento y no lo encontré. La semana pasada, el miércoles 13, me lo crucé a la salida de mi trabajo. Le dije que no podía acercarse, porque el Juzgado Civil nos prohibió a ambos acercarnos. Ahí me dijo que el colectivo justo lo había dejado ahí, porque estaba cortado por Plaza de Mayo y tenía que pasar por ahí para hacer el documento, porque se lo habían robado. Me dijo que si quería me daba en un *pendrive* los archivos que tenía en mi teléfono con las fotos de S. Le dije que se lo metiera en el upite y que se fuera. Preguntada respecto

de las circunstancias en las que no habría podido salir de la vivienda del L., responde: "la primera vez, habrá durado una hora u hora y media y estábamos con S. F. cerró la puerta con llave y se la guardó en el bolsillo. Yo trataba de estar tranquila, porque estaba mi nene. Le decía que quería salir y que me devolviera el teléfono. Él me decía que si accedía a tener relaciones sexuales con él, me lo iba a devolver, y que, como no era un violador, quería que yo quisiera tener sexo con él. En un momento me agarró del cuello, y me dijo "vos no entendés que ya está todo perdido" y ahí me empezó a agarrar miedo, porque hasta ese momento yo había accedido a entrar a su departamento para recuperar el teléfono. Le dije que me quería ir y me decía "pará, vamos a hablar". Ahí enseguida empezó a sonar el timbre. El policía subió porque le abrió el encargado. Preguntaban si yo estaba ahí, pero yo me quedaba callada porque F. me dijo que si no hablaba me iba a dar el celular. Al principio le negó a la policía que yo estaba ahí y después me asomé y ahí salimos. Esto habrá sido a las 24 hs.

Después yo volví a subir, creyendo que me iba a devolver el celular. Entré con la condición de que no íbamos a cerrar con llave y yo me iba quedar con ella. Así fue, y me empezó a decir que se iba a tirar, y cada vez que me iba para la puerta, él venía, ponía la mano y empezábamos a discutir y él me decía que quería hablar. Volvíamos a sentamos en la cama para hablar, F. se ponía en la ventana haciendo que se iba a tirar. En un momento dado, cuando yo por tercera vez voy para la puerta, F. me sacó la llave de la mano y metió una llave finita que se partió en la cerradura. Ahí me puse peor. No podía salir. Esta situación fue eterna, habrá durado una o dos horas hasta que pude salir. Siguió diciendo que se iba a matar. Se metió en la boca un blíster de Clonazepam y después de tomar cada pastilla me decía "decile a S. que lo amo, lo único que quiero es que me abraces hasta que me duerma". Se tomó un vino que tenía en la heladera y se quedó tirado en el piso. Lo vi muy mal y quise llamar a la ambulancia. Como no me acordaba el número, llamé al 911. Agarré el teléfono de él que se estaba cargando y me dio un manotazo para quitármelo. El aparato me golpea en la boca y se cae al piso. Quise agarrar el teléfono de nuevo y me dio una patada en el antebrazo derecho. No me llegué a comunicar con el 911 ninguna de las dos veces. Ahí veo que las llaves estaban en el piso y que se habrían caído después de tomar las pastillas. Ni bien las vi, agarré las llaves y agarré su teléfono celular para llamar al 911 por si él me seguía. La puerta tiene 2 llaves y supuestamente estaba trabada con la finita que se rompió, y cuando yo agarré estas llaves del piso, probé con una y logré salir. Salí al pasillo y volvimos a forcejear. Me tironeaba para que volviera, me pegó una cachetada en la boca para que no pidiera más auxilio. Salió una vecina del 10° piso, creo que del 10° "B", y aproveché para bajar. Estaba el encargado, eran las 03 hs. y él me abrió puteándome. No sé qué pasó con su teléfono celular, creo que en el forcejeo lo recuperó, pero no lo sé. No sé si él lo agarró o si se me cayó. Sé que lo recuperó porque al día siguiente me lo mostró y me dijo que yo se lo había roto; es más, vi que tenía la pantalla astillada. Preguntada si le quedaron marcas visibles producto de la violencia física, responde "no y no me hice revisar en ningún lado". Preguntada respecto de lo manifestado en la Comisaría sobre su deseo de instar la acción penal, refiere "me dio miedo y ahora que lo pienso y entiendo diría que sí, que quiero instar la acción penal..." (cfr. fs. 32/33 vta. del expediente digitalizado en *Lex 100*).

Asimismo, contamos con la declaración que la damnificada D. brindara ante la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN donde en lo concernientes a los hechos ventilados en la presente refirió:

"El cuatro de este mes, volviendo de la psicóloga de mi nene en el colectivo de la línea 8, F. L., mi ex que estaba conmigo, me venía amenazado que, si estaba con alguien, que le iba a hacer daño a la persona que estuviera conmigo, que ya lo iba a agarrar. Remarcando que lo dejé solo, que no le di una oportunidad. Venía hablando, yo venía grabando la conversación con el celular, lo tenía a mi nene sentado y la mochila. Cambie a la mochila de lugar, él me abraza, se apoya en mi hombro y ya estábamos llegando a donde él se baja. Me dice al oído: si me amas, te espero en casa. Ahí se baja corriendo, miró la mochila abierta y no estaba el teléfono, mi nene empieza a llorar. Me bajo corriendo, mi nene decía: "¿porque nos robó el teléfono?", empecé a gritar: "policía" y a correr. Llegando a la casa llame a mi mamá para avisarle. Voy hasta el edificio y llamó al 911. Baja, él estaba en su edificio. Niega que esté el aparato, estaba la policía ahí. Me dijo que si lo denunciaba iba a hacer una contradenuncia, y que solo lo podían revisar con una orden de allanamiento. Cuando se iba la policía, me habla y me dice: "subí que yo te lo doy y hablamos, lo tengo arriba". Accedo y subo, ahí cuando entramos le pone a S. un jueguito en el celular y cierra la puerta. Me lleva al baño para hablar, me hace un cacheo para ver si tenía un micrófono, y en el baño me empieza a decir que me devolvía el teléfono si yo accedía a volver con él. La segunda negociación, es que si tenía sexo o si salía con él de vez en cuando me lo devolvía. A todas me negué, pero accedí a salir una sola vez con él. Todo el tiempo remarcando que soy la única persona que lo entiende. Ahí suenan los timbres, vino mi mamá, con un policía. Llaman a la puerta y él negaba que estamos ahí, mi nene hizo un ruido y pudimos salir, antes de que saliera, me dijo que el teléfono lo tenía y me lo devolvía si no hacía nada. Entonces cuando bajo, le dejo el nene a mi mamá y vuelvo a tocar el timbre. Me vuelve a convencer, entro de nuevo con la condi-

ción de quedarme con la llave y que no cerrara. Ahí empezó a amenazar que se iba a tirar por la ventana del baño. Cuando amagué para ir a la puerta venía a forcejear, para que no me vaya así hubo dos intentos más. Me quería manotear la llave, trabando la puerta, poniéndose enfrente de la puerta. Después de dos intentos, me logra sacar la llave, me lastimó las manos, no me dejó ninguna marca. Se rompe la argollita de la llave, agarró una llave y cierra, dice que se partió la llave. Vuelve, yo estaba supuestamente encerrada, empieza a tomar una caja de Clonazepam, en ese momento, parecía un *acting*, me decía *quiero que me abraces hasta que me duerma*. Se tomó una botella de vino. En un momento queda tirado en el piso, lo intento levantar, pensaba que estaba desmayado, entonces agarró el teléfono, intento llamar al 911. Ahí el desde el piso me pega un manotazo, el teléfono me pega en la boca y cae al piso, lo tira debajo de la cama, saco el teléfono e intento de nuevo volver a llamar, ahí me tira una patada del piso, me pateó en el brazo derecho. Ahí aprovecho, agarro las llaves, voy a la puerta, intento abrir, él venía, logré salir. Salgo corriendo y llamo al ascensor, él me llama desde la puerta y viene. Me voy y él me agarra de los brazos y me tironea para que vuelva al departamento, empiezo a gritar auxilio y él me pega una cachetada en la boca para que me calle, me escucha la vecina, y empieza a preguntar qué pasa. Él se asusta y me suelta, retrocede y se va al departamento y me llama, ahí aproveche y me fui. La vecina llamó a la policía, porque él baja atrás mío. Discutió con los policías que vinieron. La policía me llevó a lo de mi mamá..." (cfr. fs. 16/19 vta. del expediente digitalizado en *Lex 100*).

También tenemos la declaración que la Sra. D. brindara en sede policial:

"Que se hace presente en el asiento de esta dependencia a los fines de radicar denuncia en contra de su expareja, el Sr. L. F., de 29 años de edad, DNI N° ..., de nacionalidad argentina, fecha de nacimiento 22/11/1989, desocupado, tel. celular: (...)..., con domicilio particular en la calle ..., Barrio San Nicolás, de esta ciudad, con quien mantuvo una relación de convivencia por el lapso aproximado de 4 años, separándose los primeros días de noviembre del 2017, de cuyo vínculo posee un hijo en común, el menor S. M. L. D., de 4 años de edad. Seguidamente amplía que la relación entre ambos se terminó debido a situaciones de violencia física y psicológica padecidos en el seno familiar. No obstante a ello, desde efectuada la separación el Sr. L., comenzó a maltratarla física y verbalmente, como así también realizarle en distintos horarios y días constantes llamados telefónicos. Continúa su relato refiriendo que el día lunes (04/02/2019), aproximadamente a las 22 horas, la misma se encontraba viajando junto a su hijo y el acusado, en la línea de colectivo N° 8, llegando a la parada de la plaza de Congreso, el mismo le refirió "Si me amas te espero en casa..." (*sic*), para luego sacarle su celular que la deponente llevaba en su mochila, y salir corriendo con su celular. Que ante esa situación la misma también se baja del colectivo y comienza a correrlo junto, al menor. Continúa su relato manifestando que luego dirigirse junto al menor a la vivienda del Sr. L., que siendo las 22.30 horas, llega al lugar y le solicita al encargado del edificio un teléfono, el ofrece su celular y la deponente procede a llamar al 911 emergencia para informar lo ocurrido. Que, al arribar el móvil policial, proceden a tocar el timbre del edificio del acusado, y el mismo procede a bajar y entrevistarse con el personal policial, agrega que el acusado les manifestaba a los efectivos "No sé por qué dice eso, yo no se lo saque, yo no tengo nada, ella está loca (*sic*). Seguidamente el personal policial le informó a la damnificada que debía presentarse ante la Dependencia a realizar la denuncia, el cual la misma manifestó que iba a concurrir en otro momento. Continúa su relato, luego el personal policial se retira del lugar y la misma procede a entrar al departamento, dado que el acusado, cuando se fue el personal policial, le devolvería el aparato celular. Una vez en el lugar el acusado comenzó a chantajearla diciéndole "...Si vos querés el celular, negociemos, si querés el teléfono, tenemos que salir juntos seguido, intentemos estar juntos de nuevo..." (*sic*). Atento a ello, de que la misma le manifestara que la relación se terminó, y que si accedía a salir con él solo una vez, pero como amigos, que ante esa situación la toma del cuello y le manifiesta "...Me voy a matar, ya no tengo ganas de vivir, tengo ganas de matarme, por más que no me denuncies está todo por perdido..." (*sic*). Que en un momento siendo las 23.30 horas, suena el timbre del departamento y el acusado la suelta y procede a atender el portero eléctrico, manifestando la deponente que se trataba de la progenitora, quien había llegado al domicilio en compañía de un personal policial. Atento a ello el mismo atiende mediante el portero eléctrico a la progenitora de la misma y le manifiesta que no sabe quién es F., para luego cortar la comunicación. Continúa su relato manifestando que el personal policial solicita autorización al encargado para subir al departamento del acusado; que una vez allí, el mismo le abre la puerta y el personal policial observa que la damnificada y el menor se encontraban en el lugar, pudiendo así la referida salir de la vivienda para luego darle el menor a la madre, la Sra. S. y retirarse del lugar, manifestando que una vez que se retira la madre con el menor continúa hablando con el acusado, y en ese instante el acusado se dirige al baño, saca un plástico, y comienza a referirle a la damnificada "...Yo no tengo que por que seguir viviendo, esto es una m... (*sic*), agrega que en el baño de mención se ubica en una ventana, el cual el mismo amenazaba con arrojarse desde allí, mencionando que para que el mismo no se arroje al precipicio, comenzó a forcejear. Continúa su relato mani-

festando que luego de ello la misma le manifiesta que se retira del lugar, es así que el acusado se le coloca frente a la puerta de salida del departamento para que la misma no saliera y comienzan nuevamente a forcejear, que en ese instante el Sr. L., le saca de las manos las llaves y cierra la puerta de ingreso. Refiriéndole el acusado que la llave de la puerta se rompió, para luego tomar varias pastillas de Clonazepam delante de la deponente, mientras el mismo se encontraba en el piso simulando estar dormido, la misma toma el teléfono del acusado y procede a llamar al 911. No llegando a comunicarse, dado que el mismo sorpresivamente le profirió un golpe de puño en la boca (lesiones no visibles a la instrucción), es así que la misma se asusta de la situación y nuevamente procede a tomar el teléfono del acusado e intentar llamar nuevamente a emergencias, no logrando su cometido, dado que nuevamente el acusado le propina una patada en el antebrazo lado derecho, para luego la misma tomar las llaves, salir del departamento corriendo hacia el ascensor, que en ese momento el acusado la sigue hasta el hall del lugar, y una vez allí comienzan a un nuevo forcejear, es en ese instante que la damnificada comienza a proferir gritos de auxilio, agregando que mientras pedía ayuda, el mismo le profería golpes con la mano abierta en la boca, que en ese momento y una vecina escuchó los gritos y comenzó a preguntar en voz alta, qué estaba pasando, que en ese momento el acusado se asusta y procede a soltar a la deponente, es allí que la misma aprovecha la situación y procede a subirse al ascensor y logra salir del edificio, que al llegar a la planta baja, manifiesta que se encontraba el portero, quien le abrió la puerta de ingreso..." (cfr. fs. 1/2 vta. del expediente digitalizado en *Lex 100*).

A ello se aduna: a) el informe de riesgo elaborado por los profesionales de la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN el cual valoró la situación de la damnificada como de riesgo medio (cfr. fs. 20/22 del expediente digitalizado en *Lex 100*); y b) las transcripciones de la llamada al 911 que realizó el día 5 de febrero de 2019 a las 2.15 horas la vecina de L. del 10 C de nombre G., donde da cuenta del pedido de auxilio de la denunciante en autos (cfr. fs. 56/56 vta.).

Finalmente, en lo concerniente a la materialidad de los hechos que se tuvieran por probados, cierra el círculo convictivo el reconocimiento que hiciera el encausado al celebrar el acuerdo previsto por el artículo 431 bis del CPPN, respecto de la existencia de los mismos y la participación que en ellos le cupo (ver escrito incorporado en *Lex 100* "Acompaña acuerdo de juicio abreviado").

III. Que los hechos descriptos en el considerando II constituyen los delitos de amenazas coactivas —hecho 1—, hurto —hecho 2— y privación ilegal de la libertad agravada por haber mediado violencia —hecho 3—, todo lo cual concursa de manera real, debiendo responder F. L. a título de autor (arts. 45, 55, 142 inc. 1°, 149 bis segundo párrafo, y 162 del CP).

Ello así por cuanto, en lo concerniente al denominado "Hecho 1" se ha acreditado que el imputado le refirió a su expareja F. G. D. "con cualquiera que te vea lo acuchillo, a vos capaz que no te hago nada", dicha frase tenía como objetivo que la damnificada no iniciara una nueva relación amorosa. Es decir, no hiciera algo en contra de su voluntad, infundiéndole temor a su receptora pues le anunciaba un mal futuro.

En relación al hurto ("Hecho 2") quedó acreditado, asimismo, que en oportunidad de encontrarse viajando en el colectivo el imputado junto a su hijo y la expareja, le sustrajo discretamente —sin que se diera cuenta— el teléfono celular marca Motorola *G6 Play* que la damnificada llevaba en uno de los bolsillos de su mochila, para luego bajarse del colectivo, dicha situación fue advertida por el menor quien le dio aviso a su madre, cuando L. ya había descendido del colectivo.

El celular nunca fue recuperado por lo que el hecho debe considerarse consumado.

Finalmente, en cuanto al tipo penal de privación ilegítima de la libertad agravada ("Hecho 3"), también se tuvo por probado que el imputado L. en la madrugada del 5 de agosto de 2019, retuvo en contra de su voluntad a su expareja F. G. D. por un lapso aproximado de dos horas en el interior del domicilio del nombrado.

En concreto, cuando la damnificada se presentó voluntariamente al domicilio del imputado con la idea de recuperar su celular que le había sustraído la noche anterior, luego de mantener una discusión con el imputado en el interior de su domicilio, la misma decidió retirarse del lugar, circunstancia que fue impedida por la fuerza por el imputado, quien, en un primer momento, se colocó delante de la puerta y comenzó un forcejeo con la Sra. D., logrando quitarle las llaves de la mano, para luego trabar la puerta simulando que se había roto la llave. A su vez, cuando la Sra. D. intentaba tomar el celular del imputado para llamar al 911 aprovechando que el mismo se encontraba bajo los efectos de la ingesta de alcohol y un blíster de Clonazepam, el mismo le profirió golpes para evitar que ello sucediera.

Finalmente, la víctima logró hacerse de las llaves y egresar de la vivienda, situación que el imputado intentó evitar nuevamente, tratando de reingresarla por la fuerza, pero gracias a los gritos de auxilio una vecina salió de su departamento y al preguntar qué estaba

pasando, L. soltó a la Sra. D., quien aprovechó para escapar.

Los diferentes tipos penales corresponde abarcarlos por las reglas del concurso real, ya que se trataron de acciones independientes perfectamente escindibles entre sí (art. 55 del CP).

No se advierten, ni las partes han invocado, causas de exclusión del injusto o de la culpabilidad que pudieran tornar lícitas las conductas enrostradas a L. ni que impidan reprocharlas.

IV. Que, sentado lo anterior, en relación a F. L. la escala penal aplicable se extiende de dos a diez años de prisión. Ese es el marco en el cual deberían considerarse las pautas objetivas y subjetivas de valoración señaladas en el art. 41 del CP, a fin de graduar la pena a imponer al nombrado L.

Ahora bien, en su presentación que motivó la presente, la representante del Ministerio Público Fiscal solicitó que le imponga la pena de dos años y tres meses de prisión en suspenso y costas, de modo tal que, en virtud de lo dispuesto por el art. 431 bis, inc. 5°, CPPN, introducido por la ley 24.825, no puedo subir el monto de la pena pactada.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar circunstancias agravantes que hubiesen ameritado imponer una pena superior a la propuesta por el Ministerio Público Fiscal: a) la cantidad de hechos imputados; b) que todos fueron cometidos en contra de su expareja, madre de su hijo menor, y en un contexto de violencia de género; y c) que todos los hechos fueron realizados en presencia de su hijo menor, inclusive el denominado "Hecho 3", vale recordar que el niño concurrió con la madre al domicilio del imputado, y luego fue retirado por su abuela materna, quien concurrió al domicilio del imputado con personal policial, con las consecuencias psicológicas negativas que ello acarrea para el menor. No encontrando en el caso circunstancias atenuantes, y demás pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del CP (ver informe social en el legajo de personalidad).

La pena que se le impondrá a L. será dejada en suspenso de conformidad con lo normado por el artículo 26 del CP, ya que el nombrado carece de antecedentes condenatorios (ver certificado de antecedentes e informes agregados en *Lex 100*) y no se advierte qué beneficios tendría, desde la óptica de la prevención especial, la exigencia de encierro efectivo que se encuentra satisfecho con la amenaza de cumplimiento de la pena en concreto.

Asimismo, la Auxiliar Fiscal solicitó por el plazo de dos años y tres meses la imposición de las siguientes reglas de conducta: a) fijar domicilio y someterse al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal; b) realizar cuatro horas mensuales de tareas comunitarias; c) realizar un curso para hombres violentos; y d) la prohibición de acercamiento y contacto por cualquier medio respecto de la Sra. F. G. D., a excepción de los temas atinentes a la crianza de su hijo en común, lo cual deberá canalizar por la vía civil correspondiente.

De modo tal que, resultando razonable la imposición de las obligaciones solicitadas por el Ministerio Público Fiscal, se le impondrán las mismas al nombrado L. por el término señalado por la Auxiliar Fiscal (art. 27 bis del CP).

Por todo lo expuesto, resuelvo: I. Condenar a F. L., de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, a la pena de Dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional y al pago de las costas del proceso, por ser autor material penalmente responsable de los delitos de amenazas coactivas —hecho 1—, hurto —hecho 2— y privación ilegal de la libertad agravada por haber mediado violencia —hecho 3—, todo lo cual concursa de manera real (arts. 26, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 55, 142 inc. 1°, 149 bis segundo párrafo, y 162 del CP y 530 y 531 del CPPN). II. Imponer a F. L. por el término de dos años y tres meses, las siguientes reglas de conducta: a) fijar domicilio y someterse al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal; b) realizar cuatro horas mensuales de tareas comunitarias; c) realizar un curso para hombres violentos; y d) la prohibición de acercamiento y contacto por cualquier medio respecto de la Sra. F. G. D., a excepción de los temas atinentes a la crianza de su hijo en común, lo cual deberá canalizar por la vía civil correspondiente (art. 27 bis del CP). Insértese, hágase saber y cúmplase. Una vez firme el fallo, practíquese las comunicaciones de estilo. — *Fernando R. Ramírez.*

HURTO EN GRADO DE TENTATIVA

Recuperación de la mercadería robada. Pañales. Sentencia condenatoria.

1. — Se condena al imputado por ser autor del delito de hurto simple —de pañales— en grado de tentativa, a la pena de 1 mes y 14 días de prisión, la que se da por compurgada por el tiempo de detención sufrido. Si bien huyó del lugar, lo cierto es que las cosas ajenas de las que se apoderara fueron recuperadas en su totalidad, y el tiempo que pasó entre el comienzo de ejecución y su definitiva aprehensión fue efímero, muy breve, como para poder afirmar

que existió un efectivo poder de disposición de su parte.

2. — Al escoger la vía abreviada de culminación del proceso, el imputado ha admitido su responsabilidad y participación en el hecho, renunciando de esta manera a que se discutiera en el debate la existencia de un supuesto que disminuyera o alterara su capacidad de culpabilidad.

Trib. Nac. Oral Crim.,n. 24, 17/09/2021. - F., L. G. c. P., P. D. s/ hurto.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141842/2021]

Causa N° 33.790/2021

Buenos Aires, septiembre 17 de 2021.

Resulta:

1. De acuerdo al requerimiento de elevación a juicio se le atribuye al imputado: "...haberse apoderado ilegítimamente de dos paquetes de pañales marca Huggies Active Sec de quince unidades cada uno, y de dos envoltorios de papel higiénico marca Simplicity de cuatro unidades cada uno, que se encontraban en una bolsa dentro del vehículo Fiat Uno, dominio ..., registrado a nombre de L. G. F., lo que sucedió el 4 de agosto de 2021, a las 22.22 horas, cuando ingresó a ese auto, que estaba detenido con balizas encendidas en avenida Rivadavia próximo a La Porteña de esta ciudad, tomó la bolsa con esos productos y se alejó".

"Ello fue advertido por un oficial del Centro de Monitoreo Urbano de la Policía de la Ciudad que fue siguiendo el trayecto emprendido por el acusado hasta que fue detenido a las 22.37 horas por personal policial alertado de lo sucedido, en Artigas 20, donde se le incautó la bolsa con los elementos antes detallados".

Esta conducta mereció de parte del fiscal de instrucción la calificación de hurto simple, por la que el acusado debería responder como autor (arts. 45 y 162 del CP).

2. Se presenta al Tribunal esta propuesta de juicio abreviado y cumpliendo con los recaudos formales establecidos por el artículo 431 bis del código de rito.

Allí el imputado presta conformidad con la existencia del hecho y admite la intervención que le cupo y la Sra. Fiscal, manteniendo la calificación asignada, requiere al Tribunal que al momento de fallar se le imponga al acusado, la pena de cuatro meses de prisión, y el pago de las costas. También me reclamó su declaración de reincidente (arts. 29 inciso 3°, 45, 50 y 162 del CP y 431 bis, 530 531 y 533 del CPPN).

La defensa ha prestado aquiescencia al acuerdo.

Después de haber recibido en audiencia virtual al causante me encuentro en condiciones de resolver.

Corresponde entonces que me pronuncie al respecto.

3. Considero que en el marco de esta causa se ha adquirido certeza positiva en cuanto a la materialidad de este hecho y a la responsabilidad que le cupo al imputado.

En efecto, la prueba rendida en la instrucción ha permitido demostrar la ocurrencia del episodio de la forma en que ha sido recreado por la Sra. Fiscal de la instrucción, al que para su constancia me remito a los efectos de evitar ociosas repeticiones.

En prieta síntesis el acusado, sustrajo sin ejercer violencia, ni fuerza sobre las cosas pañales y papel higiénico que se encontraban en el interior del vehículo marca Fiat Uno, dominio ... que se hallaba detenido con balizas en el cruce de la Av. Rivadavia y La Porteña de esta metrópoli.

La prueba de cargo se edifica en:

1) Declaración testimonial del Oficial Mayor L. E. C. de fs. 1.

2) Acta de detención y lectura de derechos y garantías de P. de fs. 3 y que da cuenta del secuestro de los objetos.

3) Las declaraciones de los testigos de actuación, Sres. R. D. C. y R. D. O. de fojas 4 y 5 respectivamente, quienes dieron fe de la diligencia.

4) El informe pericial y las fotografías de los pañales y del papel higiénico incautado de fojas 9 y 10.

5) Fotografías e informe médico del imputado de fojas 15 a 18 y 32 respectivamente.

6) Las filmaciones del Centro de Monitoreo Urbano que permitieron advertir el comportamiento ilícito del acusado y la declaración que al respecto brindó el Oficial Mayor P. C. A. de fojas 27.

Como el Tribunal lo viene sosteniendo al momento de apreciar la prueba conforme a la regla de la sana crítica deben tenerse presente ciertos postulados.

En la causa N° 8236 la Sala I de la CNCP "Herrera Hoyos, Marcelo A. s/ recurso de casación" refiriéndo-

se a la sana crítica racional dijo: "Esta es por otra parte la pauta que impera en los tribunales internacionales en el sentido de que tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica evitando adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para sustentar un fallo (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re:* "Bulacio c. Argentina", sentencia del 18 de septiembre de 2003, parág. 42; "Myrna Mack Chang c. Guatemala", Sentencia del 25 de noviembre de 2003, parág. 120; "Maritza Urrutia c. Guatemala", sentencia del 27 de noviembre de 2003, parág. 48; y "Herrera Ulloa c. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, parág. 97)".

Como allí se afirma: "el principio de razón suficiente implica que las afirmaciones a que llega una sentencia deben derivar necesariamente de los elementos de prueba que se han invocado en su sustento. Son pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (cfs. su voto *in re:* "Di Fortuna, Juan M. s/ recurso de casación", causa N° 3174, rta. el 20/5/02, reg. N° 4923 de la Sala II).

El razonamiento empleado por el juez en su fallo debe ser congruente respecto de las premisas que establece y las conclusiones a que arriba, debiendo expresar por escrito las razones que condujeron a su decisión para posibilitar el control de legalidad.

En este orden de ideas la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que si se verifica que se han ponderado testimonios, prueba de presunciones e indicios en forma fragmentada y aislada, incurriéndose en ciertas omisiones en cuanto a la verificación de hechos que conducen a la solución del litigio, sin haberse efectuado una visión de conjunto ni una adecuada correlación de los testimonios y de los elementos indiciarios, ello se manifiesta como causal de arbitrariedad con afectación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso (L.478. XXI, "Liberman, Susana por sus hijos menores c. Instituto Nacional de Tecnología Industrial —INTI—", del 28 de abril de 1988 y J.26.XXIII, "Jaurena, Ramón A. s/ homicidio culposo" —causa N° 1192, del 2 de abril de 1992—).

De la doctrina que emana de Fallos: 30:540 —"Luis Zarabozo"— y 311:948 —"Saturnino Martínez"— surge que no resulta admisible la interpretación de la prueba que se limite a un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto. En forma contundente señala que ello llevaría a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios.

Aún en vigencia del sistema de pruebas legales el Máximo Tribunal ha sostenido en Fallos: 300:928; 305:1945; 306:1095 y 1785 que la valoración de la prueba de cargo a través de indicios depende de la valoración de conjunto que se hiciera de ella teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular pues, por su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que este deriva frecuentemente de su pluralidad.

En síntesis, la prueba de cargo resulta harto suficiente como para tener por acreditada la materialidad de este episodio, y endilgárselo al acusado, quien por otra parte ha admitido su responsabilidad al escoger esta forma abreviada de culminación del proceso.

4. En cuanto a la calificación legal asignada a los hechos guardo parcial coincidencia con la propuesta en el acuerdo sometido a mi escrutinio.

Acuerdo con que estoy en presencia de un hurto, pues en el apoderamiento no ha existido, ni el uso de fuerza sobre las cosas, ni de violencia sobre las personas.

En lo que discrepo es en relación con el grado de consumación del episodio delictivo.

Vengo sosteniendo en forma inveterada que la cuestión relativa a la consumación del delito está atada a la determinación en el caso concreto de la existencia de un poder de disposición respecto de los efectos sustraídos.

En este caso, si bien P. huyó del lugar y fue perdido de vista por unos momentos, lo cierto es que las cosas ajenas de las que se apoderara, fueron recuperadas en su totalidad, y el tiempo que pasó entre el comienzo de ejecución y su definitiva aprehensión fue efímero, muy breve, como para poder afirmar que existió un efectivo poder de disposición de su parte.

Por ese motivo mutaré en beneficio del justiciable la calificación en definitiva a adoptarse y lo consideraré coautor penalmente responsable del delito de hurto en grado de tentativa (arts. 42, 44, 45 y 162 del CP).

5. Que no hay causales de justificación que permitan excluir la antijuridicidad de la acción típica antes descripta, la que por otra parte resulta atribuible al imputado, por no darse ninguna de las hipótesis de exclusión de la culpabilidad.

Al escoger esta vía abreviada de culminación del proceso, ha admitido su responsabilidad y participación en el hecho, renunciando de esta manera a que se discutiera en el debate la existencia de un supuesto que disminuyera o alterara su capacidad de culpabilidad.

En relación a la dosimetría punitiva aplicable al caso corresponde realizar una serie de precisiones.

"En un Estado social y democrático de Derecho, una pena podrá ser legítima solo en la medida en que sea compatible con el principio material de justicia, de validez a priori, del respeto a la dignidad humana y con el postulado del respeto al libre desarrollo de la personalidad. Ciertamente no puede negarse que una pena que se destinara a fines distintos de la protección de bienes jurídicos carecería de legitimidad" (Gracia Martín, Luis, "Fundamentos de dogmática penal" Editorial Atelier, Barcelona, 2006, p. 195).

Asiste razón a Mario Magariños cuando afirma "como consecuencia de la vinculación normativa al principio de acto de la garantía constitucional de legalidad, es evidente que si la pena debe fundarse en lo que la ley establece (art. 18, CN) y la ley solo puede seleccionar acciones (art. 19, CN), la imposición de una pena solo adquiere legitimidad cuando constituye la respuesta a la realización del acto que la ley prohíbe y por el contrario, carece de legitimidad si aparece como una derivación, aún parcial, de la personalidad, la actitud interna o la peligrosidad del autor" (Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto", Editorial Ad Hoc, Bs. As., 2008, p. 112).

Existe coincidencia al afirmar que la pena debe ser proporcional al delito cometido. Sin embargo, como lo advertía Jeremías Bentham, esta idea no nos ofrece ningún criterio objetivo de ponderación. Reforzando esta idea Ferrajoli en su "Derecho y Razón" señala que "una vez disociada la calidad de la primera de la calidad del segundo y reconocida la insalvable heterogeneidad entre una y otro, no existen en efecto criterios naturales, sino solo criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito".

Más adelante agrega con pesimismo que "han fracasado todos los esfuerzos realizados hasta la fecha para colmar esta heterogeneidad mediante técnicas para medir la gravedad de los delitos, tanto las referidas a los grados del daño como sobre todo los de la culpabilidad" (Ferrajoli, Luigi, ob. cit.).

Es que, la estructura misma del razonamiento que debe efectuarse a los fines de la individualización de la pena es "aplicación del derecho", y por ende, al igual que los restantes aspectos de la sentencia, debe fundamentarse en criterios racionales explícitos que permitan que la correcta aplicación de las pautas evaluadas pueda ser jurídicamente comprobada." (Del voto del Dr. Hornos) "Romani, Darío J. s/ recurso de casación", CNCP, 08/11/2006.

Existe consenso en doctrina en cuanto a que la imprecisión legislativa ha determinado que el acto de determinación de la pena traduce una decisión discrecional de los jueces (por todos, Jiménez de Asúa, "La Ley y el delito", Editorial Lexis Nexis, 2005, p. 446), por lo cual deberemos extremar nuestra prudencia para evitar que la exigencia de motivación se traduzca en simples enunciados o meras referencias, como lo advierte Patricia Ziffer, y menos aún el libre arbitrio o arbitrariedad que apontoca Mario Magariños en su artículo "Hacia un criterio para la determinación judicial de la Pena" (en Maier, Julio (comp.) "La determinación judicial de la pena", Buenos Aires, 1993, p. 71 y 22.).

Como se ha señalado, la individualización de la pena constituye, junto con la apreciación de la prueba y la aplicación de un precepto jurídico penal a hechos probados "la función autónoma del juez penal por la que le compete para cada caso concreto determinar la pena aplicable y su duración, en función de todos los elementos y factores reales conjugables del hecho y del autor" (Crespo, Eduardo Demetrio; "Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena" en Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, 1998 A, p. 22).

La mutación en beneficio del justiciable llevará sin dudas a una aminoración del reproche punitivo.

A tal fin valoro como agravante la naturaleza de los hechos que le son endilgados, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de acaecidos.

Como atenuantes la difícil historia de vida del acusado, que se desprende del informe socio ambiental elaborado a su respecto.

Le impondré entonces la sanción de un mes y catorce días de prisión, la que se da por compurgada con el tiempo de detención sufrido en este proceso.

Como viene siendo reclamado por la fiscalía, también corresponde adicionar la declaración de reincidencia, pues no ha transcurrido el plazo de prescripción en relación a la que le fuera antes adjudicada en el último de los pronunciamientos condenatorios recaídos en su contra (art. 50 del CP).

Finalmente, el imputado deberá hacer frente a las costas del proceso.

6. Dejo constancia entonces que P. lleva privado de su libertad, un mes y catorce días (teniendo en cuenta que se encuentra detenido desde el pasado 4 de agosto), por lo que, en base a la pena aquí impuesta, corresponde ordenar su inmediata libertad (art. 317 inc. 4° CPPN).

En virtud de ello, y por los argumentos expuestos es que, resuelvo: I. Condenar a P. D. P., de las condiciones personales ya señaladas, Por ser autor del delito de hurto simple en grado de tentativa, a la pena de un mes y catorce días de prisión, la que se da por compurgada por el tiempo de detención sufrido. Con costas (conforme artículos 29 inciso 3°, 42, 44, 45 y 162 del CP y artículos 403, 431 bis y 531 del CPPN). II. Mantener la declaración de reincidencia que pesa sobre P. D. P. (art. 50 del CP). III. Conceder la excarcelación A P. D. P., bajo caución juratoria, y Ordenar por ende la inmediata libertad del causante, la que se hará efectiva en el día de la fecha desde su lugar de detención (arts. 317 inc. 4° y 321 CPPN). Notifíquese, firme que sea, practíquense las comunicaciones del caso y líbrense los oficios de estilo. Satisfecha la tasa de justicia y no habiendo sellado que reponer archívese. Cúmplase con la ley de víctimas. — *Marcelo Alvero.*

HABEAS CORPUS

Recurso de casación. Cuestión federal suficiente. Cuestionamiento de las condiciones dignas de detención. Admisibilidad. Disidencia.

1. — En torno al análisis de la admisibilidad formal del recurso de casación, se observa la existencia de una cuestión federal suficiente, toda vez que los agravios se vinculan con la supuesta inobservancia de la garantía de trato digno y humano de las personas privadas de la libertad, habiéndose interpretado esta última en forma diferente a como lo pretende el solicitante.

2. — Pudiendo la resolución cuestionada provocar un perjuicio de imposible reparación ulterior, por afectar el derecho a gozar de condiciones dignas de detención que exige tutela inmediata, y pese a que el planteo central del escrito recursivo está enderezado a obtener una distinta interpretación de los motivos por los cuales se rechazó la acción, corresponde conceder el recurso de casación intentado, pues la consecuencia de denegar la vía casatoria importaría restringir la revisión de cuestiones de naturaleza federal planteadas.

3. — El recurso de casación carece de la fundamentación mínima que requiere el caso. Ello así, pues el impugnante no logró acreditar adecuadamente el vicio que alega consistente en la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y de la procesal conminada con nulidad; limitando su presentación a la expresión de disconformidad con la solución adoptada (del voto en disidencia del Dr. Candisano Mera).

CFed. Bahía Blanca, sala de Feria, 23/07/2021. - B. E., R. D. s/ *habeas corpus.*

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/121819/2021]

Expediente N° FBB 2883/2021

2ª Instancia.- Bahía Blanca, julio 23 de 2021.

La doctora *Fariña* dijo:

1°) Vuelven los autos al Acuerdo en virtud del recurso de casación interpuesto por el señor Defensor Oficial subrogante, contra la resolución de la Sala II de esta Alzada de fecha 8 de julio que confirmó el rechazo del habeas corpus dispuesto en la instancia de grado.

2°) Al momento de fundar dicho recurso, la defensa técnica del interno sostiene que la vía impugnatoria intentada resultaba admisible, en tanto se trata de una decisión que ocasiona un agravio de naturaleza federal, por entenderse que no hay motivos que permitan tener por agravadas ilegítimamente las condiciones de detención del encausado (art. 43, CN), y que, en razón de ello, corresponde que intervenga la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal intermedio, recaudo exigido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para llevar la cuestión federal a su conocimiento (Fallos: 318:1108).

Asimismo, señala que la discrepancia sustancial con lo decidido por el tribunal de alzada, y que ocasiona agravio federal, guarda relación con la afectación de las garantías de asistencia médica, integridad personal, trato digno y humano de las personas privadas de la libertad, y con el menoscabo que las restricciones médico-asistenciales denunciadas por B. E. le ocasionan a su salud.

Por otra parte, respecto a la extracción de testimonios por examinar la conducta del accionante, indica que ello ocasiona una vulneración de los derechos de aquel en relación a la garantía de acceso a la justicia.

3°) En torno al análisis de la admisibilidad formal del recurso, en el caso *sub examine* se observa la existencia de una cuestión federal suficiente, toda vez que los agravios se vinculan con la supuesta inobservancia de la garantía de trato digno y humano de las personas privadas de la libertad, habiéndose interpretado esta última en forma diferente a como lo pretende el solicitante.

Lo señalado habilitaría la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal intermedio, recaudo exigido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para llevar la cuestión federal a su debida instancia (Fallos: 318:1108).

En tal sentido, tiene dicho la Cámara Federal de Casación Penal que "[s]i bien el art. 432 CPPN ha establecido un régimen de numerus clausus al declarar que 'las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley', ni el hecho de que las decisiones de la naturaleza de la que aquí se pretende impugnar no estén comprendidas en los arts. 457 y ss. CPPN, ni el art. 19 de la ley 23.098 conducen a la aplicación de tal regla de clausura cuando se invoca una cuestión federal que habilita la competencia de esta Cámara de Casación como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de Fallos: 328:1108 ('Di Nunzio, Beatriz H. s/ excarcelación s/ recurso de hecho') doctrina que ha sido extendida a las impugnaciones de decisiones sobre hábeas corpus dictadas en el marco de la ley 23.098, si los agravios invocados aparecen claramente vinculados con una cuestión federal en el caso de Fallos: 331:632 ('Sandoval, Sebastián R.)" (cfr. causa N° 14.805, caratulada: "N.N. s/ recurso de casación", rta. 02/02/2012, reg. N° 19.653 y causa N° 16.436, caratulada: "Procuración Penitenciaria s/ recurso de casación", rta. 22/05/2013, reg. N° 647/13).

Así las cosas, pudiendo la resolución cuestionada provocar un perjuicio de imposible reparación ulterior, por afectar el derecho a gozar de condiciones dignas de detención (art. 18 CN, art. 5 CADH, art. 10 PIDCP) que exige tutela inmediata, y pese a que el planteo central del escrito recursivo está enderezado a obtener una distinta interpretación de los motivos por los cuales se rechazó la acción, corresponde conceder el remedio procesal intentado, pues la consecuencia de denegar la vía casatoria importaría restringir la revisión de cuestiones de naturaleza federal planteadas.

Por lo demás, se observa que el recurso de casación ha sido deducido temporáneamente y satisface las demás exigencias de interposición del art. 463 del código de forma.

Por ello, propicio: 1°) Conceder el recurso de casación deducido por ante la Excma. Cámara Federal de Casación Penal, a cuyo tribunal deberán remitirse los autos conforme al art. 464, último párrafo del CPPN. 2°) Emplazar a los interesados a mantener el recurso en esa sede dentro de los ocho días (ibíd.: 464 y 465). 3°) Intimar a las partes a que constituyan domicilio ad lítem ante la Cámara Federal de Casación Penal (art. 145, CPPN y resolución del Tribunal de Superintendencia N° 228/08 del Superior). 4°) Por Secretaría se dará cumplimiento con el certificado de elevación (Resolución N° 132/1998 CNCP).

El doctor *Candisano Mera* dijo:

Respetuosamente habré de dejar planteada mi disidencia con el voto de mi distinguida colega preopinante, pues —a mi modo de ver— el recurso de casación deducido por la Defensa Pública (fs. 43/48) no puede tener acogida favorable.

En este sentido, observo que el remedio en examen carece de la fundamentación mínima que requiere el caso. Ello así, pues el impugnante no logró acreditar adecuadamente el vicio que alega consistente en la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y de la procesal conminada con nulidad; limitando su presentación a la expresión de disconformidad con la solución adoptada.

Así, se observa que su agravio se circunscribe a reeditar la existencia de una vulneración al derecho a la salud del interno B. E., en virtud de una denunciada desatención de las autoridades penitenciarias (recaudos de atención médica y suministro de medicación adecuada). Sin embargo, la resolución de la Sala II de esta Cámara —particularmente en el considerando 5— analizó las constancias médicas adunadas a la causa, la frecuencia de la atención suministrada así como —en el consid. 6— la circunstancia de que el Juez de Ejecución a cuya disposición el interno se encuentra (Juez de Ejecución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza) permanece al tanto de las patologías del interno y solicitó al Director de la Unidad 4 del SPF que, con frecuencia diaria, se informe a esa Ejecución Penal sobre el estado de salud del causante, su evolución, tratamiento e indicaciones médicas suscriptas (por medio del Oficio N° 1215/2021 del 15/06/2021).

No obstante, sin alzarse contra los fundamentos normativos así como las valoraciones de hecho y prueba que la Sala II de esta Cámara consideró para resolver como lo hizo, el recurrente invoca de un modo genérico la violación a garantías constitucionales y convencionales, expresando —en definitiva— un mero disenso con lo resuelto.

Por otra parte, en lo que hace a la alegada afectación al acceso a la justicia por la decisión del Juez *a quo* de dar intervención al Ministerio Público Fiscal, se observa que más allá de que reedita los mismos fundamentos que la Cámara ya tuvo en cuenta para resolver y no hacer lugar a su planteo, ello tampoco hace a la esencia del hábeas corpus bajo trato, sino que es una cuestión que generará —eventualmente, de abrirse— su propio ámbito de discusión.

Finalmente cabe señalar que la decisión atacada ha sido dictada por esta Cámara en su carácter de órgano revisor de las resoluciones emanadas de los magistrados quien confirmó —en lo sustancial— lo resuelto en la instancia de origen, es decir que en el caso existe doble conformidad judicial.

Por ello, propicio y voto: Denegar el recurso de casación interpuesto a fs. 43/48 y devolver el presente a la instancia de grado.

El doctor *Amabile* dijo:

En lo que es materia de disidencia entre mis colegas preopinantes, dadas las especiales circunstancias de la causa, adhiero al voto de la Dra. Silvia Mónica Fariña, por compartir en lo sustancial sus fundamentos.

Por ello, y por mayoría de los votos que instruyen el presente, se resuelve: 1°) Conceder el recurso de casación deducido por ante la Excma. Cámara Federal de Casación Penal, a cuyo tribunal deberán remitirse los autos conforme al art. 464, último párrafo del CPPN. 2°) Emplazar a los interesados a mantener el recurso y formular las peticiones que estimen corresponder por el término de ocho días a contar desde que las actuaciones tuvieran entrada en aquella (ibíd.: 464 y 465). 3°) Intimar a las partes —sean recurrentes o no— a que constituyan domicilio ad lítem ante la Cámara Federal de Casación Penal (art. 145, CPPN y resolución del Tribunal de Superintendencia N° 228/08 del Superior, y Acordadas CSJN N° 31/2011 y N° 38/2013). 4°) Por Secretaría se dará cumplimiento con el certificado de elevación (Resolución N° 132/1998, CNCP). Regístrese, notifíquese, publíquese (Acordadas CSJN nros. 15/2013 y 24/2013), cúmplase con lo dispuesto precedentemente y elévese a la Cámara Federal de Casación Penal con nota de estilo, en forma inmediata luego de la última notificación. Firman únicamente los suscriptos por haberse integrado con ellos la sala de feria (Ac. CFABB N° 02/2021, de fecha 29/06/2021). *— Silvia M. Fariña. — Roberto D. Amabile. — Pablo A. Candisano Mera.*

DERECHOS DEL IMPUTADO

Mérito acerca de su situación. Valoración de la prueba. Facultades del juez.

1. — Siendo que, respecto de todos los imputados transcurrió el término de diez días previsto en el art. 306, debe adoptarse un pronunciamiento de mérito en los términos de los arts. 306, 309 o 336 del Cód. Proc. Penal. En particular, el art. 309 del Cód. Proc. Penalprevé la situación de que transcurrido el plazo de diez días antes señalado, la judicatura estimare que no hay mérito para ordenar el procesamiento ni para sobreseer, debiéndose proseguir con la investigación.

2. — El hecho de no realizar un pronunciamiento en los términos de los arts. 306, 309 o 336 del Cód. Proc. Penal, contraría la ley al no resolver sobre la situación de las personas imputadas en el proceso penal, no solo dejándolas en un estado de indefinición, sino también generándoles un perjuicio al sustraerles la posibilidad de recurrir tales pronunciamientos, impidiéndoles discutirlo.

3. — El juez puede valorar la prueba habida hasta la declaración indagatoria, así como señalar prueba pendiente o útil a los fines de poder arrojar a una convicción, en un sentido incriminatorio o desincriminatorio; sin que ello implique avanzar sobre las facultades del Ministerio Público Fiscal.

CFed. Bahía Blanca, sala I, 22/06/2021. - V., E.; A. V., J. R.; P., N. E. s/ usurpación (art. 181 inc. 1).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/112438/2021]

Expediente N° FBB 15081/2019/2/CA1

2ª Instancia.- Bahía Blanca, junio 22 de 2021.

El doctor *Candisano Mera* dijo:

1°) El *a quo* no hizo lugar al pedido de procesamiento solicitado por el Ministerio Público Fiscal y devolvió las actuaciones a la Fiscalía Federal N° 2 de intervención en la causa, en los términos del art. 196 bis del CPPN oportunamente dispuesto.

Para así resolver, entendió que tal solicitud resultaba prematura pues restarían medidas por producir, las que el juez sugirió realizar. Asimismo, sostuvo que devendría prudente que el Ministerio Público Fiscal se expida sobre el pedido de extinción de la acción

penal por prescripción formulado por el Dr. Jarque al momento de la audiencia de P.

2°) A fs. 18/19 apeló el Ministerio Público Fiscal ocasión en la que fundó su agravio en el entendimiento de que la denegatoria avanza sobre potestades delegadas en el Ministerio Público Fiscal, sin reasumir la investigación; y que el juez debió emitir un pronunciamiento en los términos de los artículos 306, 309 o 336 (procesar, sobreseer o dictar falta de mérito).

3°) Llegado el expediente a este Tribunal, en la oportunidad de presentar el informe sustitutivo de la audiencia prevista en el art. 454, CPPN (s/ ley 26.374 y Acs. CFABB nros. 72/08, 47/09, 9/14, 8/16, 2/20, Protocolo para el funcionamiento del Tribunal del 26/06/20 punto 7-e y Ac. CSJN 4/2020) el Ministerio Público Fiscal desarrolló los motivos y argumentos de la apelación (fs. 34/35 del presente incidente digital).

4°) Previo a ingresar a resolver, corresponde poner en contexto los planteos de la Fiscalía.

En la presente causa se investiga una hipótesis de usurpación de las parcelas de la Dirección de Vialidad Nacional —pertenecientes al Estado nacional argentino— ubicadas en la rotonda de acceso norte a esta ciudad sobre la Ruta Nacional 3 y por el que se encuentran indagadas cuatro personas: A. V., G., V. y P.

El 26/03/2021 la Fiscalía presentó escrito solicitando el procesamiento de las personas imputadas en orden al delito de usurpación tipificado en el art. 181 inc. 1, del CP, el que rechazado —por prematuro— y recurso de queja mediante, habilitó la intervención de esta Cámara.

5°) Entrando a considerar el tema a decidir, siendo que todos los imputados han sido indagados durante el mes de febrero del año 2020 —a excepción de P. que lo fue en diciembre de ese año—, transcurrió respecto de todos ellos el término de diez días previsto en el art. 306, debiéndose adoptar un pronunciamiento en los términos de los arts. 306, 309 o 336 del CPPN.

En particular, el art. 309 del CPPN —temperamento al que parece haberse inclinado el juez— prevé la situación de que transcurrido el plazo de diez días antes señalado, la judicatura estimare que no hay mérito para ordenar el procesamiento ni para sobreseer, debiéndose proseguir con la investigación. Jurisprudencialmente se ha interpretado que una declaración semejante tiene como base de procedencia la necesidad de profundizar la investigación y por ello, debe contener o explicar las diligencias que resta producirse (Navarro y Daray, Código Procesal Penal de la Nación, análisis doctrinal y jurisprudencial, 5ª ed., primera reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pp. 541-542 y fallos allí citados).

De ello se sigue que el juez debe valorar la prueba habida hasta ese momento, así como señalar prueba pendiente o útil a los fines de poder arrojar a una convicción, en un sentido incriminatorio o desincriminatorio; sin que ello implique avanzar sobre las facultades del Ministerio Público Fiscal.

Sin embargo, debe hacerse en el marco de un pronunciamiento en los términos de los arts. 306, 309 o 336 del CPPN. El hecho de no hacerlo entonces, contraría la ley al no resolver sobre la situación de las personas imputadas en el proceso penal, no solo dejándolas en un estado de indefinición, sino también generándoles un perjuicio al sustraerles la posibilidad de recurrir tales pronunciamientos, impidiéndoles discutirlo. Y, tales resoluciones, además, deberán adoptarse en un plazo razonable (art. 8 inc. 1 de la CADH) desde que las personas imputadas ya fueron indagadas —como se señaló supra— a fin de no desnaturalizar el objetivo de celeridad procesal que persigue nuestro ordenamiento jurídico.

De todo ello se sigue que corresponde hacer lugar al recurso de apelación, revocar la resolución de fs. 18/19 y ordenar al Juzgado Federal N° 1 que en el plazo de 10 días dicte un auto de mérito conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación (arts. 306, 309, 336).

Por ello, propicio y voto: Se haga lugar al recurso de apelación de fs. 20/21, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 18/19 y ordenar al Juzgado Federal N° 1 que en el plazo de 10 días dicte el auto de mérito que corresponda conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación (arts. 306, 309, 336).

El doctor *Amabile* dijo:

Por compartir sustancialmente en el caso los fundamentos y solución que propicia mi colega preopinante, adhiero a su voto.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar al recurso de apelación de fs. 20/21, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 18/19 y ordenar al Juzgado Federal N° 1 que en el plazo de 10 días dicte el auto de mérito que corresponda conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación (arts. 306, 309, 336). Regístrese, notifíquese y publíquese (Acs. CSJN nros. 15/2013 y 24/2013). No suscribe la señora Jueza de Cámara, doctora Silvia Mónica Fariña (art. 3°, ley 23.482). — *Roberto D. Amabile. — Pablo A. Candisano Mera.*

DELITOS TRIBUTARIOS

Evasión fiscal simple. Ley 27.430. Norma penal más benigna. Aplicación del criterio sentado por la Cámara Federal de Casación Penal. Sobreseimiento del imputado.

1. — De tener por acertada la hipótesis que considera que, a través de la ley 27.430, se estableció un nuevo régimen penal tributario que, al elevar los montos dinerarios a partir de los cuales la conducta es considerada delictual, torna atípica la conducta investigada en autos, viniendo a ser más benigno para el contribuyente. Por aplicación del principio tuitivo —a guisa de garantía— de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna —art. 2°, Cód. Penal, art. 9° de la CADH y art 15 del PIDCP—, corresponde confirmar el sobreseimiento dispuesto por el Juez de grado **[1].**

2. — Sin perjuicio de la posición adoptada por esta Sala en "Burgos" y "Paredes", dejando a salvo la postura personal allí vertida y atento a que las cuatro Salas de la Cámara Federal de Casación Penal han fallado en favor de considerar que la ley 27.430 constituye ley penal más benigna que debe ser aplicada retroactivamente por imperio constitucional —cfr. art. 9°, CADH, 15.1, PIDCyP, y 75, inc. 22, CN— y por las prescripciones legales pertinentes —cfr. art. 2°, Cód. Penal—, se considera que corresponde adecuarse a lo sostenido por dicho Tribunal a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario y respetar las garantías constitucionales de los imputados. Por lo que resulta de aplicación al caso de autos la ley 27.430 por resultar más beneficiosa para el imputado que aquella vigente al momento de los hechos, bajo el entendimiento de que la retroactividad de la norma se torna operativa no solo a raíz de cambios en la conducta típica y la sanción penal, sino también de elementos que hacen a la conformación del hecho imputable, en este caso, a la condición objetiva de punibilidad —art. 279, ley 27.430—.

3. — La modificación en el monto mínimo para la configuración del delito de evasión tributaria, en tanto elemento que establece el límite para la punibilidad penal de una conducta y que forma parte constitutiva del tipogarantía atribuido, habilita la aplicación retroactiva de la ley penal al resultar más benigna para el imputado.

CFed. Bahía Blanca, sala II, 28/09/2021. - Carranza, Carlos Lionel s/ evasión simple tributaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/154793/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala I, "Natali, César Antonio s/ evasión simple tributaria", 14/05/2020, TR LALEY AR/JUR/16405/2020.

Expediente N° FBB 2634/2021/1/CA1

2ª Instancia.- Bahía Blanca, septiembre 28 de 2021.

El doctor *Picado* dijo:

1. El Juez de la instancia de grado dispuso sobreseer, en la presente causa, a Carlos Lionel Carranza en orden al delito de evasión impositiva simple en relación con el Impuesto a las Ganancias —períodos fiscales 2014 y 2015— (fs. 17/20).

Para así decidir hizo aplicación retroactiva de la ley penal que consideró más benigna —27.430—, a la luz de la directriz fijada por la CSJN en el precedente "Palero" (Fallos: 330:4544), la jurisprudencia de las cuatro salas de la Cámara Federal de Casación Penal y en función de los arts. 2 del CP, 9 de la CADH y 15 del PIDCP.

Así, entendió, en relación al hecho investigado, que la ley penal vigente en la actualidad —ley 27.430— es más benigna que la que se encontraba vigente al momento del suceso —ley 24.769 mod. por ley 26.735— ya que el monto supuestamente evadido no supera el de $1.500.000 (art. 1 incluido en el texto del art. 279 de la ley citada).

2. Contra dicha resolución apeló el Ministerio Público Fiscal (fs. 21/22).

En síntesis, manifestó que no corresponde aplicar retroactivamente a los hechos pesquisados la nueva ley 27.430, conforme el principio de la ley penal más benigna, cuya finalidad es asegurar que las penas no se impongan o mantengan cuando ha cambiado la valoración social que pudo haberlas justificado en el pasado.

Sostuvo que el aumento de los montos mínimos tiene como objetivo principal su actualización para compensar la depreciación sufrida por la moneda nacional durante el período de vigencia de la ley anterior, sin hacerse expresión alguna a un cambio de valoración social de las conductas tipificadas.

Agregó que, en estos casos, debe aplicarse la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la actualización de las multas; y trajo a colación el fallo "Elías" de esta Cámara en donde, por mayoría, se revocó el sobreseimiento dictado considerándose que "la elevación de los montos, lejos de

pretender reducir el campo de criminalización, obedece a una actualización inflacionaria a fin de mantener el valor económico original de la moneda frente a su progresivo envilecimiento".

En definitiva, solicitó que se revoque la resolución apelada.

3. Una vez concedido el recurso e ingresado el expediente a esta Alzada, el recurrente informó por escrito en los términos del art. 454 del CPPN, donde mejoró los fundamentos de la apelación (fs. 34/36).

4. La presente causa tuvo su origen en la denuncia efectuada por el Jefe interino de la División Jurídica de la Dirección Regional Bahía Blanca de la AFIP-DGI respecto la presunta comisión del delito de evasión impositiva simple por parte del contribuyente Carlos Lionel Carranza, quien habría evadido al Fisco Nacional en el Impuesto a las Ganancias períodos fiscales 2014 y 2015 por las sumas de $637.943,23 y $558.386,52, respectivamente.

Dicha conducta habría sido desplegada mediante la presentación de la declaración jurada del impuesto, por los períodos fiscales indicados, con datos inexactos, declarando ingresos inferiores a los luego determinados por los funcionarios intervinientes en la verificación, fiscalización y determinación de oficio mediante el análisis de las cuentas bancarias del contribuyente, los que representan ventas omitidas en el impuesto y diferencias de ingresos no declarados, fijadas conforme las registraciones efectuadas por este en el libro de IVA ventas.

5. La ley 27.430 (BO 29/12/2017), en lo que aquí interesa, derogó la ley 24.769 y modificó los montos dinerarios a partir de los cuales son punibles algunas de las conductas consideradas delitos tributarios, a la sazón los relativos a los recursos de la seguridad social y los fiscales comunes.

6. La cuestión dilemática a resolver, entonces, estriba en determinar si la nueva ley implicó un mero ajuste o actualización de los umbrales económicos punitivos o si, por el contrario, a través de ella se estableció un nuevo régimen penal tributario que, al elevar los montos dinerarios a partir de los cuales la conducta es considerada delictual, torna atípica la conducta investigada en autos, viniendo a ser más benigno para el contribuyente.

De tener por acertada esta última hipótesis, por aplicación del principio tuitivo —a guisa de garantía— de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna (art. 2, Cód. Penal, art. 9 de la CADH y art. 15 del PIDCP), correspondería confirmar el sobreseimiento dispuesto por el Juez de grado.

7. Sin perjuicio de la posición adoptada por esta Sala en "Burgos" (1) y "Paredes" (2), dejando a salvo mi postura personal allí vertida y atento a que las cuatro Salas de la Cámara Federal de Casación Penal han fallado en favor de considerar que la ley N° 27.430 constituye ley penal más benigna que debe ser aplicada retroactivamente por imperio constitucional (cfr. art. 9 CADH, 15.1 PIDCyP, y 75, inc. 22, CN) y por las prescripciones legales pertinentes (cfr. art. 2 CP) (3), considero que corresponde adecuarme a lo sostenido por dicho Tribunal a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario y respetar las garantías constitucionales de los imputados.

Con base en lo expuesto, cabe solventar que resulta de aplicación al caso de autos la ley 27.430 por resultar más beneficiosa para el imputado que aquella vigente al momento de los hechos, bajo el entendimiento de que la retroactividad de la norma se torna operativa no solo a raíz de cambios en la conducta típica y la sanción penal, sino también de elementos que hacen a la conformación del hecho imputable, en este caso, a la condición objetiva de punibilidad (art. 279, ley 27.430).

Siguiendo esta línea, la modificación en el monto mínimo para la configuración del delito de evasión tributaria, en tanto elemento que establece el límite para la punibilidad penal de una conducta y que forma parte constitutiva del tipo garantía atribuido, habilita la aplicación retroactiva de la ley penal al resultar más benigna para el imputado (cf. doctrina emanada de Fallos: 330:4544, "Palero").

Así, en la medida que los hechos que pesan contra Carranza, a la luz de la norma vigente en la actualidad, no alcanzan el monto mínimo fijado, las conductas ya no pueden ser objeto de reproche penal por estricta aplicación de garantías de rango constitucional.

Entonces, bajo este prisma, corresponde confirmar la decisión de primera instancia y, por lo tanto, rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: Se rechace el recurso de apelación deducido por el Ministerio Público Fiscal a fs. 21/22 y, en consecuencia, se confirme el sobreseimiento dictado a fs. 17/20 respecto a Carlos Lionel Carranza en orden al delito de evasión impositiva simple en relación con el Impuesto a las Ganancias —períodos fiscales 2014 y 2015—.

El doctor *Larriera* dijo:

Atento a que las cuatro Salas de la Cámara Federal de Casación Penal se han expedido en el sentido que la ley N° 27.430 constituye ley penal más benigna, y debe ser aplicada retroactivamente por imperio cons-

titucional (cfr. arts. 2 CP, 9 CADH, 15.1 PIDCyP, y 75, inc. 22, CN), dejo a salvo la opinión vertida entre otras, en los autos "Bergara" y "Afonso", del 13/12/2018 y 17/12/2019, respectivamente y en tal sentido, a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario, ajusto el pronunciamiento a lo así dispuesto. Con base en lo expuesto adhiero al voto precedente.

Por ello, se resuelve: Rechazar el recurso de apelación deducido por el Ministerio Público Fiscal a fs. 21/22 y, en consecuencia, confirmar el sobreseimiento dictado a fs. 17/20 respecto a Carlos Lionel Carranza en orden al delito de evasión impositiva simple en relación con el Impuesto a las Ganancias —períodos fiscales 2014 y 2015—. Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase. No suscribe la señora Jueza de Cámara, doctora Silvia Mónica Fariña (art. 3°, ley 23.482). — *Pablo E. Larriera.* — *Leandro S. Picado.*

(1) CFABB, Expte. N° FBB 16614/2018/1/CA1, caratulado "Legajo de Apelación... en autos: 'Burgos, Raúl J. y otros p/ Apropiación Indebida de Recursos de la Seg. Social'", Sala II, Sec. 1, del 29/11/2018; anulado por la Sala IV de la CFCP el 27/06/2019 y reenviado a este Tribunal.

(2) CFABB, Expte. N° FLP 115182/2018/CA1 caratulado "Paredes, Carlos A., Paredes, Roberto Alfredo, Orsi, Norma Noemí, Ariceta, Miguel Gustavo y Aripar Cereales SA s/ infracción ley 24.769", Sala II, Sec. 2, del 21/05/2020; revocado por la Sala I de la CFCP el 06/09/2021.

(3) CFCP: Sala I, FLP 115182/2018/3/CFC1 "Paredes, Carlos A. y otros s/ recurso de casación", del 06/09/2021; Sala II, FBB 17789/2017/1/RH1 - CFC1, "Madsen, Cristian M. y otro s/ recurso de casación" del 13/07/2021; Sala III, FMP 27907/2017/2/CFC2 "Criado, Guillermo F. s/ recurso de casación" del 22/12/2020; Sala IV, FRO 63978/2017/CFC1 "Torres, Diego G. y otros s/ recurso de casación" del 06/07/2021.

INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

Tareas de investigación. Imágenes del patio de una casa tomadas desde un dron. Allanamiento ordenado en consecuencia. Nulidad.

1. — Corresponde declarar la nulidad del auto que dispuso el allanamiento de la vivienda del imputado. Ello así porque al excluirse la prueba obtenida ilegítimamente por un dron y ser ella el único elemento en el que se fundó dicha orden de registro, el resolutorio carece de motivación válida lo cual lo torna nulo, al igual que a todos los actos que son su consecuencia necesaria.

2. — El patio de una vivienda es un espacio en donde se abriga una importante expectativa de privacidad, pues en ese marco es razonable suponer que las personas llevan a cabo actividades que querrían mantener fuera de las miradas extrañas y que no desarrollarían de saber que sí pueden ser observadas por terceros o por el Estado sin una concreta habilitación jurisdiccional.

3. — Una actividad estatal que avance sobre el derecho a la intimidad reclama una habilitación expresa que sopese la necesidad y proporcionalidad de tal medida de intrusión —en el caso, el sobrevuelo de un dron— en función del bien que se intenta preservar y el derecho en juego.

4. — La íntima conexión existente entre la inviolabilidad del domicilio, y especialmente de la morada, con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad, imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías, pues al hallarse aquellas entrañablemente vinculadas, se las debe defender con igual celo, porque ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, aunque aquella no sea reductible a este. La dificultad para acotar de antemano el ámbito de la libertad de cada individuo no autoriza a concluir que el legislador se encuentra habilitado para efectuar discrecionalmente dicha acotación. Si así fuera carecería de sentido la elevada misión de los jueces de preservar la supremacía de la Constitución.

CFed. General Roca, 12/08/2021. - S., R. – C., Á. E. – L. S., N. s/ infracción ley 23.737 – resistencia o desobediencia a funcionario público.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/134672/2021]

Expte. N° FGR 787/2021/CA1

2ª Instancia.- General Roca, agosto 12 de 2021.

Se constituye en acuerdo la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca presidida por el doctor Richar Fernando Gallego y el vocal Mariano Roberto Lozano, el que se celebra conforme a lo previsto en las Acordadas N° 08-S/20 y 07-S/13 (aprobada por la CSJN según providencia comunicada el 6 de abril de 2015), bajo los recaudos establecidos por las diversas disposiciones dictadas en el marco de la pandemia por el Covid-19, entre ellas, los DNU 260/2020 y

297/2020 así como la Ac. 12/2020 de la CSJN, entre otras.

Seguidamente y tras haber tomado conocimiento del recurso de apelación deducido por la defensa oficial que asiste a N. L. S. así como del escrito presentado ante esta alzada, el tribunal pasó a considerar los fundamentos en que se asienta el recurso (art. 454 del CPP) y agotada la deliberación de los magistrados,

El Tribunal considera:

La defensa del imputado S. planteó la nulidad de la orden de allanamiento librada por la instancia de origen contra el domicilio del nombrado por considerar que se fundaba en motivos aparentes en tanto se sustentó "exclusivamente" en las tareas de investigación efectuadas por la prevención mediante el uso de un "drone", cuya utilización no fue autorizada a partir de una mandato judicial previo.

Para repeler el planteo el *a quo* afirmó —en sintonía con el dictamen del MPF— que "el alzamiento como el vuelo del drone fue efectuado en todo momento en espacio público y fue manipulado por un agente policial autorizado para el uso del mismo por las autoridades competentes, no violándose en ningún momento la intimidad del domicilio investigado o de persona alguna".

Tras ello recordó que dichas diligencias por parte de la prevención fueron dispuestas para verificar la hipótesis instructora —que en dicha vivienda se cultivaba marihuana— luego del impulso promotor del MPF. También memoró que se autorizaron vigilancias, observaciones y seguimientos mediante fotografías y filmaciones en el marco de las prerrogativas propias de las fuerzas de seguridad (art. 186 del CPP).

Por ello concluyó que la prevención se encontraba facultada a desplegar esas tareas aquí cuestionadas. Ahora bien, de la lectura del auto que dispuso el allanamiento se advierte que este se fundó en el informe prevencional identificado como "PDF 5/3/21" —elaborado en respuesta a la orden que el *a quo* dio, el 3 de marzo de 2021, a la fuerza interviniente "por el plazo de tres días, tendiente a determinar con datos objetivos si en calle..... (aproximadamente) de la localidad de L.... se desarrollan actividades en infracción a la Ley 23.737, con énfasis en la presencia de plantas de marihuana"— que, efectivamente, relata la utilización del mentado dispositivo aéreo no tripulado por parte de los agentes, quienes captaron fotografías desde el aire no solo del sector en el que se ubica la vivienda de S., sino de su patio y el lindero, efectuando —además— acercamientos de las imágenes ("zoom").

Así las cosas surge nítido que el meollo de la cuestión pasa por dilucidar si la mentada orden genérica dada el 3 de marzo por el magistrado fue suficiente para que la policía emplease motu proprio un dispositivo técnico que le permitió observar, y tomar fotos, de un sector del terreno del inmueble —es decir, sus partes no edificadas— al que no podía accederse a simple vista; esto es, sin el uso de ese aparato.

Puesto en otros términos: ¿debió contar la fuerza para conducirse de ese modo con una habilitación expresa dada por el magistrado, al igual que aconteció luego cuando libró orden de allanamiento con los recaudos previstos por el art. 224 del CPP?.

La respuesta al interrogante debe venir de la mano de valorar, y confrontar, la intensidad de la intromisión estatal implicada en esa observación, por un lado, y por el otro el grado de expectativa a la intimidad que, aunque menor que el que se tiene "puertas adentro" de un edificio igualmente existe en el sector no construido, pudo de esa manera verse afectado. En ese ejercicio considera esta alzada que ese mandato impartido por el juez fue insuficiente para avanzar sobre la garantía en juego del modo en que se lo hizo. Es que aun cuando no escapa a ese análisis la "tensión" que las nuevas tecnologías generan sobre el derecho a la intimidad (art. 19 de la CN), sobre todo por el aumento de eficacia que su empleo depara en la investigación de delitos, una adecuada compatibilización entre ese interés general y el individual comprometido —nada menos que el derecho a la intimidad que se ejerce en el domicilio, lugar en el que, como es sabido, encuentra si se quiere el mayor ámbito de expresión y concreción (art. 18 de la CN)—, impone la conclusión anticipada. En esa inteligencia piensa este cuerpo que el patio de una vivienda es un espacio en donde se abriga una importante expectativa de privacidad pues en ese marco es razonable suponer que las personas llevan a cabo actividades que querrían mantener fuera de las miradas extrañas y que —esto es lo relevante— no desarrollarían de saber que sí pueden ser observadas por terceros o por el Estado sin una concreta habilitación jurisdiccional.

Más aun ello se ve patentizado en el presente caso en el que el espacio domiciliario sobrevolado por el dron está cerrado por paredes de material de cierta altura, y rodeado de otras viviendas de una planta que lo preservan del exterior. Entonces puede decirse —a modo de conclusión— que si ello es así, una actividad estatal que avance sobre esa garantía reclama —por su intensidad— una habilitación expresa que sopese la necesidad y proporcionalidad de tal medida de intrusión en función del bien que se intenta preservar y el derecho en juego. Es que "...la íntima conexión exis-

tente entre la inviolabilidad del domicilio, y especialmente de la morada, con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad, imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías, pues al hallarse aquellas entrañablemente vinculadas, se las debe defender con igual celo, porque ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, aunque aquella no sea reductible a este... La dificultad para acotar de antemano el ámbito de la libertad de cada individuo no autoriza a concluir que el legislador se encuentra habilitado para efectuar discrecionalmente dicha acotación. Si así fuera carecería de sentido la elevada misión de los jueces de preservar la supremacía de la Constitución.

Respecto de estos, además, la indeterminación intrínseca que cabe reconocer al aludido ámbito no les impide saber en cada caso concreto, lo que desde el exterior conforma a la libertad, cuando se la quebranta" (del voto del ministro Petracchi en Fallos: 306:1752).

Finalmente, se hace preciso aclarar que con la presente no se busca censurar la toma de imágenes aéreas ni la utilización de este tipo de dispositivos o de otros medios tecnológicos que faciliten las tareas investigativas en aras de la prevención general, sino determinar los alcances y requisitos mínimos para la disposición de esas injerencias estatales en lugares o espacios en los que, como aquí acontece y quedó dicho, es razonable colegir que existe una expectativa de intimidad legítima que, como tal, debe ser preservada. En razón de lo expuesto corresponderá admitir, sin costas (art. 531 del CPP), el recurso deducido por la defensa y declarar la nulidad del auto que dispuso el allanamiento de la vivienda del imputado. Ello así porque al excluirse esa prueba obtenida ilegítimamente y ser ella el único elemento en el que se fundó dicha orden de registro, el resolutorio carece de motivación válida lo cual lo torna nulo (art. 123 del CPP), al igual que a todos los actos que son su consecuencia necesaria (art. 172 del CPP). La solución a la que se arriba torna innecesario el tratamiento de los restantes agravios introducidos al apelar.

Por ello, se resuelve: Admitir, sin costas, el recurso deducido por la Defensoría Oficial y, en consecuencia, declarar la nulidad de la orden de allanamiento dictada el 8 de marzo del 2021, así como la del resto de las actuaciones por ser su consecuencia necesaria. Con lo que se da por finalizada la audiencia, previa lectura de la presente firman los señores jueces del Tribunal, por ante mí, que doy fe. — *Mariano R. Lozano.* — *Richar F. Gallego.*

DELITOS TRIBUTARIOS

Evasión tributaria simple. Ley 27.430. Norma penal más benigna. Montos evadidos que no superan la condición objetiva de punibilidad. Sobreseimiento del imputado.

1. — Corresponde rechazar el recurso impetrado por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la resolución que dispuso el sobreseimiento del imputado, pues la pretensión punitiva ejercida se estableció en base a una presunta evasión tributaria simple del impuesto a las ganancias del período fiscal del año 2016 por un total de $1.461.477,85, suma que se encuentra por debajo del umbral de punibilidad establecido por la nueva legislación en $1.500.000 —cfr. ley 27.430— **[1].**

2. — La reforma introducida por la ley 27.430 al Régimen Penal Tributario, al modificar el monto de la condición objetiva de punibilidad establecido en el art. 1°, elevándolo, constituye ley penal más benigna y, por lo tanto, aplicable retroactivamente **[2].**

CFed. General Roca, 28/06/2021. - Pochi, Mariela Alejandra s/ evasión simple tributaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/101633/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1 y 2] Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, "Santoianni, Nicolás Ariel s/ evasión agravada tributaria", 22/12/2020, TR LALEY AR/JUR/69840/2020.

COSTAS

Sin costas.

Expte. N° FGR 2825/2021/CA1

2ª Instancia.- General Roca, junio 28 de 2021.

Considerando:

1. Que contra la resolución que dictó el sobreseimiento de Mariela Alejandra Polchi en orden al delito de evasión simple tributaria, correspondiente al Impuesto a las Ganancias por el período fiscal del año 2016 por un total de $1.461.477,85, interpuso recurso de apelación el Ministerio Público Fiscal.

2. Que, para resolver de ese modo, el magistrado consideró que debía aplicarse el principio de ley penal

más benigna que, en el particular, era la ley 27.430 que aumentó a $1.500.000 el límite desde el cual era punible la evasión tributaria simple. Luego, citó doctrina y diversos precedentes de esta alzada confirmados por el Superior vinculados a la temática en debate.

3. Que, por su parte, la Fiscal señaló que instaba el recurso porque la decisión cuestionada provocaba a ese Ministerio un gravamen irreparable, por cuanto los fundamentos utilizados para sobreseer a la imputada constituyeron una aplicación mecánica e irreflexiva del principio de retroactividad de la ley penal más benigna.

Expuso en esa dirección que la desvinculación definitiva de la nombrada en relación con el hecho imputado era producto de una inadecuada interpretación de dicho principio, que no se ajustaba a lo dispuesto por los arts. 2 del CP, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello así, por cuanto la nueva ley había tenido como objetivo principal actualizar los montos mínimos de la Ley Penal Tributaria, extremo que fundó a partir de la transcripción del mensaje de elevación del PEN y de otras razones de exégesis legal que desarrolló.

Entre estas últimas expuso que debió practicarse una "comparación integral" entre las leyes en juego e indicó que la interpretación realizada por ese MPF encontraba apoyatura en doctrina emanada de la CSJN, argumentos que desarrolló en extenso.

Asimismo, indicó que la actualización de los montos mínimos expresaba la intención de mantener constante el valor económico real a partir del cual un ilícito fiscal era punible, como así también fijaba la frontera de punibilidad para compensar la depreciación de la moneda en la que los montos estaban expresados, lo que no generaba un derecho a la aplicación retroactiva del referido principio.

4. Que, radicado el legajo ante esta alzada, el Fiscal General mantuvo el recurso y, en el marco del informe del art. 454 del CPP, se remitió a los fundamentos expuestos por su par de la instancia anterior y a su dictamen emitido en "Cooperativa de Productores Ltda. Río Colorado s/ infracción ley 24.769" (Expte. N° FGR 1419/2016), donde insistió en que el Congreso con la sanción de la ley 27.430 solo ajustó sumas, aspectos cuantitativos frente a la variación del valor de la moneda, sin que importase un cambio de política criminal, agregando que tampoco modificaba la cuestión la derogación expresa de la ley 24.769 por la ley 27.430 (art. 280).

5. Que este tribunal, ante episodios semejantes al aquí ventilado, adoptó el criterio según el cual para los casos en los que una nueva ley eleva los montos de la condición objetiva de punibilidad para los delitos consagrados en el Régimen Penal Tributario, resulta de aplicación el principio consagrado por el art. 2 del CP ("Carluccio, Mario A. s/ ley penal tributaria s/ incidente de apelación", sent. int. 055/12; "Zanellatto, Luis - Vatcoff, Horacio - Cooperativa agrícola, frutícola y de consumo 'La Colmena Ltda.' s/ ley 24.769", sent. int. 062/12, y "Transporte Cianci SRL s/ inf. Ley 24.769 s/ apelación", sent. int. 302/12, entre otras).

No obstante que en aquellas oportunidades se contó con el asentimiento del fiscal en tanto no se habían dictado las Resoluciones PGN N° 05/12 y N° 18/18 que se remitió a los fundamentos desarrollados en aquella, la hipótesis allí expuesta, tal como se postuló en "Reyes, Fabián A. s/ Ley 24.769", sent. int. 255/12, no alcanza para modificar la tesitura observada en los precedentes citados, pues la reforma introducida por la nueva ley 27.430 al Régimen Penal Tributario, al modificar el monto de la condición objetiva de punibilidad establecido en el art. 1, elevándolo, constituye ley penal más benigna y, por lo tanto, aplicable retroactivamente. Así se expidió este cuerpo en autos "Legajo de apelación de Biló, Jorge Pablo - Querellante: Administración Federal de Ingresos Públicos en autos: 'Biló, Jorge Pablo por evasión agravada - evasión simple tributaria'", sent. int. 145/18, entre muchos otros.

En el caso, visto que la pretensión punitiva ejercida se estableció —en lo que aquí respecta— en base a una presunta evasión tributaria simple del Impuesto a las Ganancias del período fiscal del año 2016 por un total de $1.461.477,85, suma que se encuentra por debajo del umbral de punibilidad establecido por la nueva legislación en $1.500.000, corresponderá rechazar el recurso impetrado por el MPF y confirmar el pronunciamiento apelado, sin costas (art. 532, CPP).

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: I. Rechazar el recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal, sin costas; II. Registrar, notificar, publicar y devolver. — *Mariano R. Lozano.* — *Richar F. Gallego.*

DELITO MARCARIO

Venta de zapatillas con marcas apócrifas en un paseo de compras. Ausencia de lesión al bien jurídico tutelado por el art. 31, inc. d) de la ley 22.362. Baja calidad de la mercadería y precio claramente inferior al de mercado. Falta de idoneidad para producir engaño al público consumidor. Sobreseimiento.

1. — Para la configuración del delito de puesta a la venta o comercialización de productos con

marcas falsificadas o fraudulentamente imitadas, se requiere la potencial confusión en el público consumidor acerca de la originalidad del producto.

2. — En virtud de las conclusiones del estudio pericial y teniendo en cuenta las condiciones en que eran exhibidos los elementos para su comercialización, esto es, en un predio denominado Paseo de Compras, cabe concluir que dicha indumentaria no era idónea para producir la posibilidad de engaño al público consumidor, conforme lo requiere el art. 31, inc. d) de la ley 22.362.

3. — No existe afección o amenaza hacia el bien jurídico tutelado por la ley 22.362 en los casos en que la baja calidad y ciertas circunstancias en que son incautados los productos (comúnmente en la vía pública y a un precio claramente inferior al del mercado) tornan inidónea a la comercialización cuestionada, para causar confusión en el público consumidor.

CFed. La Plata, sala I, 29/06/2021. - Paseo de Compras, A. O. F.; R. D., C. E. s/ infracción ley 22.362.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96544/2021]

N° FLP 45705/2016/CA1

2ª Instancia.- La Plata, junio 29 de 2021.

Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fojas 470/473, en tanto decreta el procesamiento sin prisión preventiva de C. E. R. D. por considerarlo *prima facie* responsable del delito de venta o comercialización de productos con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada (art. 31, inciso "d", de la Ley 22.362), y fija la suma de cinco mil pesos ($5.000) en concepto de embargo. Dicha impugnación fue deducida a fojas 474/477 y vta. por la Defensora Pública Oficial de la Defensoría Pública Oficial ante el Juzgado Federal de Quilmes, doctora Sandra María Pesclevi, e informada a fojas 500 por el Defensor Público Coadyuvante a cargo de la Defensoría Pública Oficial N° 1 de esta ciudad, doctor Jorge Tomás Mauro Cozzi. A su turno, el señor Fiscal General ante la Cámara, doctor Julio Amancio Piaggio, manifestó a fojas 498 que no adhiere al recurso presentado.

II. A través de los agravios esgrimidos, la defensa aduce que no se ha comprobado que su asistido tuviera disposición del material secuestrado, como tampoco la capacidad económica para efectuar su venta o comercialización, toda vez que se desempeñaba laboralmente en una ocupación precaria y se encontraba en estado de vulnerabilidad. Asimismo, estima que las pruebas utilizadas para atribuirle participación activa en los hechos resultan insuficientes.

A su vez, considera que la mercadería secuestrada carece de entidad para afectar el bien jurídico protegido por la norma, ya que las características de los productos a su criterio no reúnen las condiciones de idoneidad necesarias para provocar engaño en el consumidor respecto de las prendas originales. Agrega que no se ha llevado a cabo en autos el peritaje pertinente sobre las marcas encontradas en la vestimenta retenida, al tiempo que afirma que el resultado de la respectiva medida aún no se encuentra agregado al expediente. Solicita la aplicación del principio de insignificancia, en base a la escasa cantidad secuestrada.

Por otra parte, destaca que el magistrado de primera instancia no probó el actuar doloso de su ahijado procesal, quien a su entender no tenía conocimiento de las características del material cuestionado.

Finalmente critica el monto del embargo establecido, por entender que no se corresponde con las constancias obrantes en la causa, en tanto —según su opinión— no se cuenta con un querellante que ejerza la acción civil, ni se ha comprobado un perjuicio económico.

Al momento de informar el recurso en esta instancia, la Defensoría ratifica en un todo, los argumentos vertidos por su antecesora en el recurso de apelación, y hace reservas de recurrir en casación y del caso federal.

III. Previo a ingresar al tratamiento de los agravios, resulta oportuno mencionar que se imputa a C. E. R. D. haber exhibido a la venta prendas de vestir, específicamente zapatillas, con diversas marcas apócrifas insertas en ellas. El hecho fue constatado por personal de la Delegación Avellaneda de la Policía Federal Argentina el 10 de marzo de 2017, en virtud del allanamiento realizado en los puestos comerciales N° A 1-2, ubicados dentro del predio denominado "Paseo de Compras A. O. F.".

IV. Ahora bien, en relación con la conducta atribuida al imputado cabe destacar que el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 22.362 de "Marcas y Designaciones" prescribe que será reprimido con prisión de tres meses a dos años, pudiendo aplicarse además una multa de un millón a ciento cincuenta millones de pesos, el que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada.

De la "Exposición de Motivos" de la referida ley surge que la asunción por parte del Estado de la acción penal pública estuvo justificada por la necesidad de dinamizar el anterior régimen de la Ley 3975 "reconociendo en la actividad que se persigue una verdadera falsificación, con su secuela de engaño y descrédito para la confianza pública".

En tal sentido, se ha dicho que "no existe afectación o amenaza hacia el bien jurídico tutelado por la ley 22.362 en los casos en que la calidad visiblemente apócrifa del producto de que se trate y ciertas circunstancias que hacen al contexto de venta, tornan inidónea a la comercialización cuestionada para causar confusión en el público consumidor" (conf. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV en causa N° 16.041, caratulada "García Baltazar, Ronald G. s/ recurso de casación", fallo del 16 de mayo de 2013).

Por consiguiente, para la configuración del delito de puesta a la venta o comercialización de productos con marcas falsificadas o fraudulentamente imitadas, se requiere la potencial confusión en el público consumidor acerca de la originalidad del producto.

Sentado ello, de las constancias de la causa se desprende que, del peritaje realizado a las prendas secuestradas a fin de evaluar su calidad, obrante a fs. 377/385, los expertos explicaron detalladamente cuales son las características que tienen los productos originales, que distan ampliamente de las que poseían los elementos secuestrados.

En virtud de las conclusiones del estudio pericial y teniendo en cuenta las condiciones en que eran exhibidos los elementos para su comercialización, esto es, en el predio denominado "Paseo de Compras A. O. F.", cabe concluir que dicha indumentaria no era idónea para producir la posibilidad de engaño al público consumidor, conforme lo requiere la norma en análisis.

En este sentido, este Tribunal considera que no existe afección o amenaza hacia el bien jurídico tutelado por la ley 22.362 en los casos en que la baja calidad y ciertas circunstancias en que son incautados los productos (comúnmente en la vía pública y a un precio claramente inferior al del mercado), tornan inidónea a la comercialización cuestionada para causar confusión en el público consumidor.

V. En orden a las consideraciones que antecedes, corresponde dejar sin efecto la resolución apelada y disponer el sobreseimiento de C. E. R. D. respecto al delito que se le atribuye en la presente causa, conforme a lo previsto por el artículo 336, inciso 3°, del CPPN.

Por ello, el Tribunal resuelve: revocar la resolución apelada obrante a fojas 470/473 y disponer el sobreseimiento de C. E. R. D. en orden al delito previsto por el artículo 31, inc. d, de la ley 22.362. Regístrese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen, que deberá cumplir con las restantes notificaciones de rigor. — *César Álvarez. — Roberto A. Lemos Arias.*

DELITOS TRIBUTARIOS

Retención indebida de los recursos de la seguridad social. Ley 27.430. Norma penal más benigna. Sobreseimiento. Disidencia.

> El sobreseimiento decretado respecto del imputado por el delito de retención indebida de los recursos de la seguridad social correspondientes a los dependientes de la firma que dirige debe ser confirmado, pues, siguiendo la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es aplicable al caso la ley penal más reciente, que resulta la más benigna para los sujetos investigados. En ese sentido, los montos que se habrían retenido indebidamente y que motivaron la denuncia son inferiores a los establecidos para que se configure el delito de apropiación indebida de los recursos de la seguridad social de acuerdo a lo previsto por la ley 27.430 —cfr. Título IX, art. 279 de la mencionada norma— **[1].**

CFed. La Plata, sala II, 21/09/2021. - E., R. s/ infracción ley 24.769.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/154801/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, "Industrias D SA s/ infracción ley 24.769", 18/08/2021, TR LALEY AR/JUR/134748/2021.

FLP 77141/2019

2ª Instancia.- La Plata, septiembre 21 de 2021.

El doctor *Álvarez* dijo:

I. Llegan estas actuaciones a conocimiento de la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 23/25 por la Fiscal Federal a cargo de la Fiscalía Federal de Quilmes, Doctora Silvia R. Cavallo, contra la resolución mediante la cual el juez de grado resolvió sobreseer a R. M. E. respecto del delito de retención indebida de los recursos de la seguridad social corres-

pondientes a los dependientes de la firma que dirige, por los períodos 12/2013, 01/2014, 06/2014, 07/2014, 08/2014, por los montos de $27.112,11; $21.749,84; $26.724,50; $22.062,91 y $20.881,39 respectivamente (art. 7° de la Ley 27.430) (arts. 334, 336 inc. 3°, párrafo final del CPPN y art. 13 del Régimen Penal Tributario dispuesto en el art. 270 de la Ley 27.430).

Cabe señalar que el recurso de mención fue mantenido por el Fiscal General ante este Tribunal (cfr. artículos 453 del CPPN).

II. Preliminarmente, cabe señalar que las actuaciones bajo examen tienen su origen a raíz de la denuncia formulada por la Jefa Interina de la Sección Penal, de la Dirección Regional de los Recursos de la Seguridad Social Sur de la Administración Federal de Ingresos Públicos contra contribuyente E., R. M., CUIT N° ..., en orden a la presunta comisión del delito de retención indebida de los recursos de la seguridad social correspondientes a sus dependientes, por los períodos 12/2013, 01/2014, 06/2014, 07/2014, 08/2014, previsto y reprimido en el art. 9° de la ley 24.769.

III. Corrida la vista prescripta en el art. 180 del CPPN, los representantes del Ministerio Publico Fiscal impulsaron la acción penal derivada de los hechos denunciados y propusieron una serie de medidas de prueba, mediante dictamen agregado a fs. 17/18.

IV. Tras ello, el magistrado de primera instancia resolvió sobreseer R. M. E. por considerar que los hechos denunciados en la causa, no constituyeron el delito que le fuera imputado al contribuyente.

En lo sustancial, sostuvo que los hechos denunciados en función del actual régimen penal tributario introducido por la Ley 27.430, dejaron de ser relevantes penalmente, por proceder la aplicación de la ley penal más benigna, consagrado expresamente en los artículos 18 de la Constitución Nacional como así también en el art. 2 del CP, aplicándose así la retroactividad en favor de la denunciada.

V. Como fuera expresado al comienzo de este voto, dicha resolución fue apelada por los representantes del Ministerio Público Fiscal.

Al motivar el recurso deducido, los señores Fiscales se agravian de que la normativa que funda la denuncia es aplicable al presente caso y que no opera el principio de benignidad de la ley penal establecido por la Constitución Nacional.

Para fundamentar su postura, cita —entre otros— los argumentos expuestos por el Procurador General de la Nación interino, Dr. Eduardo Casal, en la resolución PGN N° 18/18 del 21 de febrero de 2018 en el cual el nombrado sostuvo que mediante los nuevos montos establecidos en la Ley 27.430, el legislador no tuvo la intención de expresar un cambio de valoración social de los comportamientos delictuales, sino de corregir los efectos de depreciación de la moneda nacional, a fin de mantener en los hechos una política criminal en línea con aquella valoración original.

En un sentido análogo, en el informe a tenor del art. 454 del CPPN, el Fiscal General ante esta cámara sostiene que: "la sanción de la nueva Ley 27.430 ha tenido por finalidad la actualización monetaria de los montos exigidos como condición objetiva de punibilidad establecidos por la Ley 24.769 —al igual que la anterior ley N° 26.735—, a fin de mantener un tratamiento igualitario a través del tiempo, entre maniobras evasivas cuya calificación legal establece la misma condición objetiva de punibilidad, en un contexto en el que la moneda en la que fue expresado ese valor, se ha depreciado.

Desde esta perspectiva, no resulta aplicable al caso el principio constitucional de la ley penal más benigna, por cuanto la Ley 27.430 en modo alguno ha desincriminado la conducta evasiva que se le atribuye al imputado en el proceso, la cual se mantiene incólume, respecto del tipo penal allí descripto" (ver fs. 168/170).

VI. Ahora bien, conforme a lo expuesto en mi voto en autos "Fornasieri, Ricardo s/ inf. art. 1° de la Ley 24.769", Expte. 7103, resuelto el 25 de junio de 2013, a cuyos fundamentos me remito en razón de brevedad, el principio de retroactividad de la ley penal más benigna —consagrado por los artículos 9 del Pacto San José de Costa Rica; 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 75 inc. 22, de la Constitución Nacional— no es aplicables a casos como el presente.

En efecto, la elevación de los montos de la Ley Penal Tributaria vigente no modifica la valoración jurídica del hecho delictivo, sino que obedece a cuestiones de actualización monetaria, sin que se advierta una razón para que la nueva ley se aplique retroactivamente a hechos cometidos durante la vigencia de la anterior.

VII. En consecuencia, propongo al Acuerdo revocar la resolución apelada indicando al magistrado de primera instancia que deberá continuar con la instrucción de la causa.

Así lo voto.

El doctor *Di Lorenzo* dijo:

I. Disiento, con el temperamento adoptado por el colega preopinante, pues a mi entender corresponde confirmar la resolución apelada.

II. Ello, teniendo en consideración que la Ley N° 27.430, sancionada el 27 de diciembre de 2017 (publicada en el Boletín Oficial el 29 de diciembre de ese año), ha derogado la Ley N° 24.769 e introducido una importante modificación en la descripción típica del delito de apropiación indebida de recursos de la seguridad social.

En ese sentido, el artículo 7 estableció que: "Será reprimido con prisión de dos a seis años el empleador que no depositare total o parcialmente dentro de los treinta días corridos de vencido el plazo de ingreso, el importe de los aportes retenidos a sus dependientes con destino al sistema de la seguridad social, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cien mil pesos ($100.000), por cada mes".

Idéntica sanción tendrá el agente de retención o percepción de los recursos de la seguridad social que no depositare total o parcialmente, dentro de los treinta días corridos de vencido el plazo de ingreso, el importe retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cien mil pesos ($100.000), por cada mes".

En virtud de ello, y toda vez que los montos que se habrían omitido aportar en el presente caso no superan los establecidos en la Ley Penal Tributaria vigente —N° 27.430—, es que se torna necesario examinar si las conductas evaluadas pueden seguir siendo consideradas merecedoras de reproche penal.

En esta inteligencia, siguiendo la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estimo que es aplicable al caso la ley penal más reciente, que resulta la más benigna para los sujetos investigados. Ello con arreglo al principio establecido en el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 del CP de la Nación (temperamento sostenido en Fallos: 324:1878; 327:2280; 329:1053 "Cristalux SA" y, en particular, 330:4544 —"Palero, Jorge Carlos"—, entre otros).

En esa línea, nuestro Máximo Tribunal en el citado precedente "Palero" resolvió —con remisión al dictamen del Procurador General— que resultaba de aplicación retroactiva la reforma operada por la ley 26.063, en cuanto elevó el monto mínimo establecido para la configuración del delito del artículo 9° de la ley 24.769. Se señaló allí que "[...] resulta aplicable al caso en forma retroactiva esta ley que ha resultado más benigna para el recurrente de acuerdo a lo normado por el artículo 2 del CP, en tanto que la modificación introducida importó la desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a dicha cifra, entre las que se incluyen las que conformaron el marco fáctico original de la pena impuesta al apelante que, de ser mantenida, importaría vulnerar aquel principio receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional a las que se ha hecho mención (Fallos: 321:3160; 324:1878 y 2806 y 327:2280)".

III. Siguiendo la línea trazada e ingresando al análisis del caso bajo examen, se desprende que los montos que se habrían retenido indebidamente y que motivaron la denuncia son inferiores a los establecidos para que se configure el delito de apropiación indebida de los recursos de la seguridad social de acuerdo a lo previsto por la Ley N° 27.430 (cfr. Título IX, artículo 279 de la mencionada norma).

IV. En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo:

Confirmar la resolución apelada.

Así lo voto.

El doctor *Vallefin* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Di Lorenzo*.

Por ello, y por mayoría el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución apelada Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Cesar Álvarez* (en disidencia). — *Jorge E. Di Lorenzo. — Carlos A. Vallefin.*

LIBERTAD CONDICIONAL

Pronóstico de reinserción desfavorable. Rechazo.

> El recurso de casación interpuesto contra la resolución que denegó la libertad condicional es inadmisible por falta de fundamentación, ya que la defensa no ha logrado rebatir que no se encuentran satisfechos los requisitos establecidos en el art. 13 del Cód. Penal, específicamente en cuanto a que no se corrobora un pronóstico favorable de reinserción social. En este sentido, la jueza de ejecución valoró lo señalado por el Consejo Correccional que, por mayoría, aludió a la insatisfacción de aquel requisito legal, y la asistencia técnica no refuta las consideraciones efectuadas en la decisión impugnada al respecto, en especial aquellas relacionadas con la falta de cumplimiento de la totalidad de los objetivos propuestos en su programa de sentencia, reflejado en el escaso avance del condenado dentro del régimen de progresión de la pena.

CNCasCrim. y Correc., sala de turno, 17/09/2021. - Gamboa Tudela, Esteban Rodrigo s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141997/2021]

Expte. n° CCC 041346/2018/TO01/EP04/1/CNC001

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

Considerando:

Los doctores *Magariños* y *Morin* dijeron:

I. Contra la decisión del Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº 2 de esta ciudad que resolvió no hacer lugar a la incorporación de Leopoldo Andrés Lazo Santis (o Esteban Rodrigo Gamboa Tudela) al régimen de libertad condicional, la defensa interpuso recurso de casación, que fue concedido por la anterior instancia.

II. En primer lugar, la jueza de ejecución señaló que el condenado registra una condena de pena única de tres años y nueve meses de prisión, cuya fecha de vencimiento fue fijada para el 8 de abril de 2022.

Luego, la magistrada valoró que el Consejo Correccional se expidió, por mayoría, de manera negativa para la concesión del instituto (con disidencia del área laboral), en tanto infirió un pronóstico de reinserción desfavorable. Además, ponderó que, conforme a lo allí consignado, el condenado aún transitaba la fase de socialización y ostentaba nota de conducta ejemplar diez y concepto bueno cinco .

Seguidamente, analizó los distintos informes de las áreas que componen el Consejo Correccional y, en especial, valoró que el Servicio Criminológico destacó que el pronóstico de reinserción social del interno "no se vislumbra[ba] aún como favorable, dado que se trata[ba] de un sujeto reiterante delictivamente, que c[ontaba], con múltiples detenciones en unidades penitenciarias tanto en Venezuela, Chile, como Argentina, pudiendo pensarse que no ha sido capaz de capitalizar las experiencias carcelarias pasadas", a la vez que "carec[ía] de hábitos de trabajo [y] no c[ontaba] con su educación formal y obligatoria completa".

El juzgado valoró, asimismo, que el área social hizo saber que el condenado contaba con una referente dispuesta a recibirlo pero que su posicionamiento resultaba endeble, en tanto se observó que no mantenían una relación cercana, ya que la nombrada desconocía la historia de vida del interno, además de informar que no iba a residir permanentemente en su domicilio.

Por último, la jueza interviniente tomó en consideración que si bien el condenado registraba una incipiente evolución, en tanto había aumentado su guarismo de concepto, no había logrado ingresar a la fase de consolidación del período de tratamiento, lo cual daba cuenta de que no cumplió con los objetivos propuestos en su programa. En este contexto, entendió que el nombrado aún requería capitalizar la oferta de trato.

Sobre la base de estos extremos, la magistrada postuló, en consonancia con lo dictaminado por la fiscalía interviniente, el rechazo de la pretensión formulada por la defensa, en tanto entendió que Lazo Santis (o Gamboa Tudela) no registraba un pronóstico de reinserción favorable, de acuerdo con lo establecido por el artículo 13 del Código Penal.

III. Se observa que el recurso interpuesto es inadmisible por falta de fundamentación, en tanto el impugnante no se ha hecho cargo de refutar todos y cada uno de los argumentos contenidos en la resolución puesta en crisis, mientras que aquellos que aborda evidencian una mera discrepancia en la valoración de cuestiones de hecho.,

En particular, no ha logrado rebatir que no se encuentran satisfechos los requisitos establecidos en el art. 13 del Código Penal, específicamente en cuanto a que no se corrobora un pronóstico favorable de reinserción social. En este sentido, la jueza de ejecución valoró lo señalado por el Consejo Correccional que, por mayoría, aludió a la insatisfacción de aquel requisito legal, y la asistencia técnica no refuta las consideraciones efectuadas en la decisión impugnada al respecto, en especial aquellas relacionadas con la falta de cumplimiento de la totalidad de los objetivos propuestos en su programa de sentencia, reflejado en el escaso avance del condenado dentro del régimen de progresión de la pena.

En definitiva, no demuestra en el caso la sustancia de la arbitrariedad que alega en el pronunciamiento criticado, ni la existencia de alguna otra cuestión federal conforme la doctrina de Fallos: 328:1108 ("Di Nunzio, Beatriz Herminia").

El doctor *Días* dijo:

En tanto mis colegas han coincidido en la solución que corresponde dar al caso, me abstengo de emitir mi voto (art. 23 CPPN).

En virtud del resultado del acuerdo, esta Sala de Turno

Resuelve:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa Leopoldo Andrés Lazo Santis o Esteban Rodrigo Gamboa Tudela (artículos 444, 463, 465 y 491 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que los jueces Mario Magariños y Daniel Morin 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 (Acordada 4/2020 de esta Cámara, Acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y art. 399 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente lo aquí decidido, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX100) y remítase oportunamente; sirva la presente de atenta nota de envío. — *Horacio L. Días.* — *Daniel E. Morin.*

LIBERTAD CONDICIONAL

Persona imputada por el delito de abuso sexual. Ausencia de pronóstico favorable de reinserción social. Rechazo.

> El pedido de la incorporación del imputado al régimen de libertad condicional debe ser rechazado, ya que la defensa no ha logrado rebatir que no se encuentran satisfechos los requisitos establecidos en el art. 13 del Cód. Penal, específicamente en cuanto a que no se corrobora un pronóstico favorable de reinserción social. En este sentido, la jueza de ejecución valoró lo señalado por el Consejo Correccional que, por unanimidad, aludió a la insatisfacción de aquel requisito legal y la asistencia técnica no refuta las consideraciones efectuadas en la decisión impugnada al respecto, en especial aquellas relacionadas con la necesidad de que el interno finalice el programa específico por el delito por el cual resultó condenado —abuso sexual—.

CNCasCrim. y Correc., sala de turno, 16/09/2021. - Córdoba, Héctor Domingo s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/140878/2021]

Expte. n° CPN 168611/2017/EP01/3/CNC002

Buenos Aires, 16 de septiembre de 2021.

Considerando:

Los doctores *Magariños* y *Morin* dijeron:

I. Contra la decisión del Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº 5 de esta ciudad que resolvió no hacer lugar a la incorporación de Héctor Domingo Córdoba al régimen de libertad condicional, la defensa interpuso recurso de casación, que fue concedido por la anterior instancia.

II. En primer lugar, la jueza de ejecución señaló que Córdoba registra una pena de nueve años de prisión en orden al delito de abuso sexual agravado por haber sido perpetrado con acceso carnal. Asimismo, reseñó que el vencimiento de esa condena fue fijado para el 7 de abril de 2024.

Sentado ello, la magistrada valoró la opinión emitida por el Consejo Correccional que se expidió, por unanimidad, de manera negativa para la concesión del instituto, en tanto consideró de vital importancia que el interno finalizara el Programa de Ofensores Sexuales, a efectos de que pudiera lograr una postura reflexiva respecto de los hechos que importaron su detención y los daños ocasionados a la víctima. Además, ponderó que el condenado transita la fase de consolidación desde el 13 de septiembre de 2019 y ostenta nota de conducta ejemplar diez y concepto bueno cinco .

Seguidamente, la jueza analizó los distintos informes de las áreas que componen el Consejo Correccional y, en especial, valoró la opinión negativa del Servicio Criminológico, en tanto informó que, Córdoba presentaba "dificultades para lograr una postura empática con la víctima y los daños ocasionados en la salud psicofísica de la misma" e hizo hincapié en la necesidad de que culminara el Programa para Ofensores Sexuales.

El juzgado a quo valoró, a su vez, el informe del área médica, la cual se expidió de manera desfavorable, en la medida en que postuló que su adherencia al tratamiento era regular, pues la participación era limitada y de cumplimiento formal y observaba una resistencia por parte del condenado a implicarse en su accionar delictivo, en las consecuencias de su conducta y en la posibilidad de modificar antiguos esquemas cognitivo conductuales. También tomó en consideración que el área asistencia social hizo saber que Córdoba contaba con una referente dispuesta a recibirlo y acompañarlo en el proceso de reinserción social, pero que era relevante que el nombrado comenzara a involucrarse en su tratamiento, a fin de "fortalecer sus habilidades sociales necesarias para la reinserción social y para la vinculación con terceros, [y] abordar el delito por el cual [resultó condenado] y las consecuencias de sus acciones".

Por otra parte, ponderó que el área educación informó que el condenado se encontraba cursando el tercer ciclo del nivel primario porque no había completado los trabajos que le fueron encomendados por motivo de la pandemia, y que el área laboral indicó que aún le faltaba incorporar hábitos y mejorar las relaciones humanas tanto con sus pares como con el maestro.

En este contexto, la jueza de ejecución consideró que el desempeño que Córdoba había exteriorizado hasta el momento no resultaba suficiente para acceder al instituto que pretendía y que aún carecía de herramientas eficaces para regresar al medio libre.

Sobre la base de estos extremos, la magistrada postuló, en consonancia con lo dictaminado por la fiscalía interviniente, el rechazo de la pretensión formulada por la defensa, en tanto entendió, que no se verificaba un pronóstico de reinserción favorable, de acuerdo con lo establecido por el artículo 13 del Código Penal.

III. Se observa que el recurso interpuesto es inadmisible por falta de fundamentación, en tanto el impugnante no se ha hecho cargo de refutar todos y cada uno de los argumentos contenidos en la resolución puesta en crisis, mientras que aquellos que aborda evidencian una mera discrepancia en la valoración de cuestiones de hecho.

En particular, no ha logrado rebatir que no se encuentran satisfechos los requisitos establecidos en el art. 13 del Código Penal, específicamente en cuanto a que no se corrobora un pronóstico favorable de reinserción social. En este sentido, la jueza de ejecución valoró lo señalado por el Consejo Correccional que, por unanimidad, aludió a la insatisfacción de aquel requisito legal y la asistencia técnica no refuta las consideraciones efectuadas en la decisión impugnada al respecto, en especial aquellas relacionadas con la necesidad de que el interno finalice el programa específico por el delito por el cual resultó condenado.

En definitiva, no demuestra en el caso la sustancia de la arbitrariedad que alega en el pronunciamiento criticado, ni la existencia de alguna otra cuestión federal conforme la doctrina de Fallos: 328:1108 ("Di Nunzio, Beatriz Herminia").

El doctor *Días* dijo:

Atento a que en el orden de deliberación mis colegas han coincidido en la solución que cabe dar al recurso de casación intentado y en sus fundamentos, he de abstenerme de emitir voto, por aplicación de lo establecido en el art. 23, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación.

En virtud del resultado del acuerdo, esta Sala de Turno

Resuelve:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa de Héctor Domingo Córdoba (artículos 444, 463, 465 y 491 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que los jueces Mario Magariños y Daniel Morin 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 (Acordada 4/2020 de esta Cámara, Acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y art. 399 in fine del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente lo aquí decidido, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX100) y remítase oportunamente; sirva la presente de atenta nota de envío. — *Horacio L. Días.*

EXCARCELACIÓN

Escala penal del delito imputado. Existencia de otro proceso penal. Violencia desplegada en el hecho. Rechazo.

> El recurso de casación interpuesto contra la resolución que rechazó la excarcelación es inadmisible por falta de fundamentación, en tanto el impugnante no se ha hecho cargo de refutar todos y cada uno de los argumentos contenidos en la resolución puesta en crisis, consistentes en la escala penal del delito atribuido, la existencia de otro proceso penal en trámite y la violencia desplegada en el hecho.

CNCasCrim. y Correc., sala de turno, 16/09/2021. - Furgiuele, Bahiano s/ incidente de excarcelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/140874/2021]

Expte. n° CCC 030691/2021/6/CNC001

Buenos Aires, 16 de septiembre de 2021.

Considerando:

Los doctores *Magariños* y *Morin* dijeron:

I. Contra la resolución de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad que confirmó el rechazo de la excarcelación solicitada en favor de Bahiano Furgiuele, la defensa interpuso recurso de casación, que fue concedido por la anterior instancia.

II. Al resolver, la jueza que lideró el acuerdo tuvo en consideración los siguientes extremos: a) la escala penal del delito que se le atribuye a Furgiuele —robo agravado por el uso de un arma de fuego y por haberse cometido en banda, en concurso real con el de porta-

ción de un arma de fuego sin la debida autorización— no encuadra dentro de ninguna de las hipótesis establecidas en el artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación (al que remite el 317, inciso 1); b) registra otro proceso en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 59 en el que se dispuso a su respecto una averiguación de paradero que estuvo vigente por un año; y c) la violencia desplegada en el hecho que se le atribuye, en tanto habría sido cometido por al menos tres personas con armas de fuego, quienes habrían maniatado y amordazado a los damnificados para reducirlos e impedir cualquier tipo de resistencia, además de que los habrían golpeado en distintas partes del cuerpo para luego encerrarlos en un cuarto de baño.

Sobre esta base, la magistrada afirmó que, a pesar de que Furgiuele carezca de antecedentes condenatorios y contara con un domicilio, se configuraban indicios objetivos de la existencia de riesgos procesales en el caso que no podían ser neutralizados mediante una medida alternativa.

Por su parte, el juez que votó en segundo término compartió los argumentos de su colega y entendió que correspondía homologar la decisión impugnada. Por lo demás, dejó asentado que, de los agravios expuestos por la defensa en su recurso de apelación se desprendía que la parte también había recurrido el rechazo del otorgamiento del arresto domiciliario —como modo alternativo de cumplimiento de su detención—. En este punto, el magistrado destacó que el estado de salud del nombrado en modo alguno le impidió escapar corriendo del lugar del hecho, ingresar en un vehículo de alquiler, continuar la huida a pie y saltar dentro de un contenedor de basura para eludir al personal policial que lo perseguía, por lo que mal podía sostenerse que su condición era un factor que disminuyera las posibilidades de que se fugase y se tornara aconsejable su detención domiciliaria en los términos previstos en el artículo 210 del Código Procesal Penal Federal.

Sin perjuicio de ello, ordenó al magistrado de la instancia que, de manera urgente, se le practicara al imputado una evaluación médica y se emitiera un informe acerca de su estado de salud y sobre la medicación y el tratamiento que, en su caso, requiriera.

III. Se observa que el recurso interpuesto es inadmisible por falta de fundamentación, en tanto el impugnante no se ha hecho cargo de refutar todos y cada uno de los argumentos contenidos en la resolución puesta en crisis, mientras que aquellos que aborda evidencian una mera discrepancia en la valoración de cuestiones de hecho.

Respecto de las cuestiones de salud invocadas, se advierte que producto de la decisión impugnada se requirió un informe médico que permitirá evaluar la situación de Furgiuele, el cual todavía no fue , remitido (conf. surge del incidente de salud del nombrado), por lo que aún no se encuentran dadas las condiciones para que el juez en lo criminal y correccional se expida al respecto y la intervención de esta Cámara, en este punto, resulta prematura.

En definitiva, tampoco se advierte la concurrencia de una cuestión federal suficiente que habilite su tratamiento en los términos de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el precedente “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108).

El doctor *Días* dijo:

En tanto mis colegas han coincidido en la solución que corresponde dar al caso, me abstengo de emitir mi voto (art. 23 CPPN).

En virtud del resultado del acuerdo, esta Sala de Turno

Resuelve:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa de Bahiano Furgiuele (artículos 444, 463 y 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que los jueces Mario Magariños y Daniel Morin 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 (Acordada 4/2020 de esta Cámara, Acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y art. 399 in fine del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente lo aquí decidido, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX100) y remítase el incidente oportunamente, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Daniel E. Morin.* — *Horacio L. Días.*

RECURSO DE CASACIÓN

Inadmisibilidad del remedio procesal. Ausencia de sentencia definitiva. Rechazo del pedido de sobreseimiento.

El rechazo del pedido de sobreseimiento no está comprendido entre las enunciadas en el art. 457 del Cód. Proc. Penal. Si bien el recu-

rrente postula que sería equiparable a tal en virtud de sus efectos, frente a una decisión cuya consecuencia es que la imputada continúe sometida a proceso, no explica adecuadamente de qué modo el perjuicio alegado no podría ser reparado útilmente por una sentencia posterior. Por ello, corresponde declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto.

CNCasCrim. y Correc., sala de turno, 16/09/2021. - Demilio, Daniel Alejandro querellado: Guevara, María Eugenia s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/140873/2021]

Expte. n° CCC 011999/2019/TO01/1/CNC001

Buenos Aires, 16 de septiembre de 2021.

Considerando:

Los doctores *Magariños* y *Morin* dijeron:

Contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 24 de esta ciudad que no hizo lugar al pedido de sobreseimiento de María Eugenia Guevara, la defensa interpuso recurso de casación, que fue concedido por el a quo.

La decisión impugnada no está comprendida entre las enunciadas en el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación. Si bien el recurrente postula que sería equiparable a tal en virtud de sus efectos, frente a una decisión cuya consecuencia es que la imputada continúe sometida a proceso, no explica adecuadamente de qué modo el perjuicio alegado no podría ser reparado útilmente por una sentencia posterior.

Por ello, corresponde declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto.

El doctor *Días* dijo:

Atento a que en la deliberación los jueces Magariños y Morin han coincidido en la solución que cabe dar al caso en estudio, he de abstenerme de emitir voto, por aplicación de lo establecido en el art. 23, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación.

En virtud del resultado del acuerdo, esta Sala de Turno

Resuelve:,

DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa de María Eugenia Guevara (artículos 444, 457 y 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación). Se hace constar que los jueces Mario Magariños y Daniel Morin 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 (Acordada 4/2020 de esta Cámara, Acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y art. 399 in fine del Código Procesal Penal de la Nación). Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente lo aquí decidido, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX100) y remítase el incidente oportunamente, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Horacio L. Días.* — *Daniel E. Morin.*

HOMICIDIO CALIFICADO

Hecho cometido por agente policial. Valoración integral de la prueba. Revocación de la excarcelación.

1. — No se configuraron motivos suficientes como para sospechar en forma fundada que la víctima pudiese haber cometido en forma previa un delito o una contravención, y mucho menos que estuviesen realizando ello al momento de la llegada del imputado; por cuanto la policía había sido convocada a raíz de la presunta comisión de disturbios, y no puntualmente por la ejecución de alguna clase de delito, resultando inexistente todo otro signo que diera cuenta de semejante presunción, ya que tanto la víctima como su compañero estaban simplemente corriendo, alejándose así de la zona donde se habían cometido los mencionados disturbios.

2. — No puede alegarse el no acatamiento de la directiva policial como un indicio de culpabilidad, cuando previamente no existieron razones para dar inicio a la persecución en cuyo marco se le ordena concretamente a la víctima que pare de correr. De lo contrario, se justificaría todo accionar policial que, iniciado de forma irregular, produzca luego potenciales elementos habilitantes de la mentada conducta para la cual no existían desde el inicio razones legales para su puesta en marcha; lo que constituiría, lisa y llanamente, un razonamiento engañoso para burlar las propias y expresas disposiciones legales reguladoras de esta materia.

3. — Los hechos que forman parte de la imputación pueden ser verificados a través de cualquier prueba, siempre y cuando ella haya sido obtenida y/o producida de conformidad con las normas legales y constitucionales que ri-

gen la materia. Es por ello, entonces, que la falta de realización de una reconstrucción del hecho no puede ser presentada en sí misma como un obstáculo para tener por demostrada la acusación, por cuanto dicho extremo puede ser alcanzado también a través de otras medidas probatorias como la testimonial y la pericial.

4. — La declaración brindada por el acusado no reviste la calidad de testimonio, ya que un testigo es aquella persona que conoce los hechos investigados, pero que al mismo tiempo no participó en la comisión del presunto delito; motivo por el cual no se le exige al imputado cuando voluntariamente presta declaración una promesa o un juramento de decir la verdad y, consecuentemente con ello, no está previsto para él la pena del falso testimonio como sí ocurre con los testigos.

5. — Si bien concurrió el imputado a la zona en virtud de los disturbios que allí estaban ocurriendo, lo cierto es que cuando se produjo la persecución y posterior aprehensión de la víctima, no había en ese lugar ningún tumulto ni tampoco se estaban produciendo peleas con palos y botellas.

6. — Las declaraciones testimoniales fueron tomadas por personal perteneciente a la misma fuerza y dependencia policial a la que pertenecía el acusado, no obstante el hecho de que el juzgado interviniente había dispuesto que sea la Gendarmería Nacional la que lleve adelante la pesquisa. Esta circunstancia, aunada al hecho de que además dicha declaración les fue tomada de manera conjunta y efectivamente resta valor probatorio a tales manifestaciones.

7. — Olvida la defensa que al momento de analizarse el conjunto de pruebas producidas durante el debate, el a quo no se limitó simplemente a tomar en cuenta la prueba testimonial, sino que procedió a evaluar todos y cada uno de los elementos probatorios producidos, de manera tal que no es posible afirmar que la condena se encuentra fundada en los dichos de un solo testigo, a quien podría endilgársele todas las observaciones defectuosas que esa parte ha enumerado en su respectivo recurso de casación.

8. — A pesar de no haber tenido por probado que hubo un forcejeo y una disputa por el arma, la cual se cayó al piso y se golpeó, lo cierto es que igualmente se procedió a analizar si la dinámica descripta por el acusado podría haber ocurrido bajo tales condiciones, arribándose a una respuesta negativa sobre la base de las declaraciones efectuadas por los distintos peritos y en virtud de lo expuesto en el respectivo informe pericial.

9. — El examen pericial brindó precisiones en torno a la posición que habrían tenido el acusado y la víctima al momento del disparo, pues se analizaron diferentes alternativas que fueron descartadas; más allá de que se reconoció la imposibilidad de precisar con exactitud dentro de la postura escogida, por existir algunas eventuales variantes. Y a ello se sumó la ponderación efectuada por el a quo de estos elementos conjuntamente con el resto de la prueba producida en el debate como las declaraciones testimoniales, la autopsia y la inspección ocular en el lugar de los hechos.

10. — Las circunstancias que originaron inicialmente el dictado de la excarcelación cambiaron diametralmente al producirse la rebeldía del imputado, por cuanto ello implicó lisa y llanamente la materialización del peligro de fuga que precisamente el mencionado tribunal oral tuvo en cuenta al momento de dictar su sentencia para revocarle la excarcelación al nombrado.

11. — El concepto de dolo no puede deslindarse de su prueba. Se trata de una imputación que, como tal, debe probarse en el proceso, sin que la calificación como dolo eventual pueda cambiar algo. Abarca el riesgo inherente a la conducta y lo que debe probarse es que el sujeto conocía ese riesgo (del voto del Dr. Sarrabayrouse).

CNCasCrim. y Correc., sala de turno, 16/09/2021. – Camafreita, Yohn Carlos c. Naredo, Martin Alexis s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/140841/2021]

Causa N° CCC 2206/2012

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 15 de 2021.

Resulta:

I. Que en lo que aquí puntualmente interesa, con fecha 11 de septiembre de 2014, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 23 de Capital Federal dio a conocer los fundamentos por medio de los cuales resolvió lo siguiente: "I. Condenar a Martín Alexis Naredo, cuyas demás condiciones personales ya se consignaron, a

la pena de prisión perpetua, e inhabilitación especial por el término de diez años para desempeñarse en cargos públicos y para tener y portar armas de todo tipo, con accesorias legales y costas del proceso, por ser autor del delito de homicidio calificado por haber sido cometido por un integrante de una fuerza de policía en abuso de sus funciones (arts. 12; 20 bis; 29, inc. 3°; 40; 41 y 80 inc. 9° del CP; y arts. 403; 530 y concordantes del CPPN). II. Revocar la excarcelación oportunamente concedida a Martín Alexis Naredo, y, en consecuencia, ordenar su inmediata detención, a disposición de este Tribunal, comunicándose lo dispuesto a la Dirección Nacional de Migraciones, a la Policía Federal Argentina, a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, a la Prefectura Naval Argentina y a la Gendarmería Nacional Argentina (art. 333 del CPPN) [...]".

II. Que contra dicha decisión, la defensa del aquí condenado interpuso su respectivo recurso de casación, tal y como ya se ha indicado al comenzar la presente resolución.

En concreto, el defensor particular Gonzalo Oliver Tezanos dedujo recurso de casación a fs. 905/938 vta., en el cual se sostuvo la existencia de una errónea aplicación de la ley sustantiva (cfr. el art. 456, inciso primero, del CPPN) y también se adujo la inobservancia de normas que dicho código establece bajo pena de nulidad (vid. el inciso segundo de este mismo artículo); esto último, dado que el pronunciamiento puesto en crisis fue tildado de arbitrario.

Por lo demás, se quejó también de la revocación de la excarcelación oportunamente concedida a su asistido, lo que implicó ordenar su inmediata detención; extremo que no pudo materializarse inicialmente, atenta la rebeldía del imputado (cfr. 810/810 vta.), lo que motivó luego la interposición de un pedido de exención de prisión (vid. las fs. 1/2 vta. del correspondiente incidente) con resultado negativo para el nombrado Naredo, según surge de fs. 5/9 de dicha incidencia.

Que posteriormente el *a quo* concedió el mentado recurso, mediante el interlocutorio que luce a fs. 1025/1027 vta.

III. Que habiendo recibido esta cámara el presente expediente, y notificada tal providencia a todos los intervinientes, el impugnante mantuvo su respectivo recurso; lo que motivó entonces que se tuviera por mantenida esa impugnación y se remitieran las presentes actuaciones a la Sala de Turno para analizar su admisibilidad.

Que esa sala se reunió en acuerdo y, de conformidad con la regla práctica 18.2, decidió remitir este caso a la Oficina Judicial para que lo asigne a una sala del tribunal; otorgándole el trámite previsto en el art. 465 del CPPN.

IV. En el término de oficina, contemplado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, la defensa acompañó un escrito, en el cual reiteró —en líneas generales— lo expresado al momento de interponer su respectivo recurso de casación.

V. Para dar cumplimiento a lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se concedió a las partes la posibilidad de efectuar una presentación digital, en sustitución de la audiencia allí prevista, con motivo de la emergencia sanitaria; oportunidad en la cual el nuevo defensor particular Albino Stefanuolo solicitó la realización de una audiencia por medios digitales con la presencia de su asistido.

Así las cosas, en dicho acto procesal el nombrado letrado hizo hincapié principalmente en la falta de acreditación del dolo atribuido a su defendido y en la carencia de elementos probatorios para demostrar tal extremo; además de formular reserva del caso federal.

De igual manera, los jueces procedieron también a tomarle al señor Naredo la entrevista en los términos fijados por el art. 41 del CP.

VI. Sobre los aspectos reseñados se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Considerando:

El doctor *Días* dijo:

I. Inicialmente corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, dado que la resolución recurrida se trata de una sentencia condenatoria; que los planteos esgrimidos en tal impugnación encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del CPPN en sus dos incisos; y de igual manera, que se han cumplido también los requisitos de temporalidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Resuelta la admisibilidad del recurso, y previo a ingresar al tratamiento de los agravios traídos a estudio por el impugnante, es importante recordar aquí que el ámbito de intervención de esta cámara se encuentra circunscripto a los planteos por él incoados (cfr. el art. 445 del CPPN que consagra el principio dispositivo en materia recursiva y las explicaciones que he desarrollado en la causa N° CCC 39.411/2010/TO1/CNC1, caratulada "Rolón, Miguel Ángel s/ abuso sexual", Registro N° 996/2016, resuelta el pasado 13 de diciembre de 2016 por la Sala IIIª de esta cámara), por

lo que, en consecuencia, el abordaje que se expondrá a continuación quedará limitado a ellos.

III. Aclarado tal extremo, antes de adentrarme en el análisis puntual que merecen los tres (3) agravios articulados por la defensa, es preciso recordar primeramente cuál es el hecho delictivo que la sentencia aquí cuestionada tuvo por acreditado.

En efecto, el tribunal de juicio actuante consideró que se encontraba probada la materialidad del hecho y el grado de intervención que le cupo al acusado, con el grado de certeza exigidos para esta etapa final del proceso, en los siguientes términos, a saber: "...que el día 21 de enero de 2012, aproximadamente a la 01.30 horas, el Cabo de la Policía Federal Argentina Martín Alexis Naredo, conducía el móvil 108 de la comisaría 8va., a cargo del Oficial Juan Carlos Moreyra, ocasión en la que fueron desplazados, por comando radioeléctrico, como refuerzo del personal de la Comisaría 20°, hacia la Plaza Boedo, en función de incidencias producidas allí. Camino al lugar, cuando los funcionarios policiales se desplazaban a bordo del patrullero por la Av. Independencia, casi al llegar a la intersección con la calle Sánchez de Loria, visualizaron a dos jóvenes, J. C. C., de 18 años de edad, y F. D. R., de 14 años, que corrían, por la mencionada avenida y doblaron por la calle Sánchez de Loria, en dirección contraria a la vía de circulación de los vehículos; inmediatamente los uniformados comenzaron la persecución de ellos. En un primer momento, el aquí acusado dobló de contramano con el móvil policial, ocasión en la cual los jóvenes retrocedieron en sus pasos y continuaron la marcha, a las corridas, por la Av. Independencia; los Sres. Moreyra y Naredo dieron la voz de alto, se bajaron del patrullero, primero lo hizo el Oficial Moreyra y luego el Cabo Naredo, y emprendieron la persecución a pie de los antes nombrados. Moreyra logró alcanzar al menor R. en la Av. Independencia a la altura catastral N° ... y allí lo redujo. Naredo, quien previamente había extraído su arma de fuego reglamentaria de la cartuchera y la llevaba en su mano, alcanzó a J. C. en esa misma Avenida, a la altura catastral ..., lo tomó, este intentó escapar, más el acusado lo impidió, lo puso de espaldas, y, en esos momentos, apoyó la boca de su arma reglamentaria (pistola marca DGFM, modelo FN Browning, calibre 9mm., con la inscripción Policía Federal Argentina, numeración ...), con el martillo colocado en posición de disparo, en la cabeza de la víctima, quien llevaba puesta una gorra roja; entonces, le disparó, y el joven C. cayó al suelo gravemente herido. La proyección del disparo comenzó en el sector occipital derecho del cráneo de la víctima, egresó del cuerpo por la región temporal izquierda, y dejó una impronta en la persiana metálica frente a la cual se hallaba el joven; en cuanto a la trayectoria del proyectil, fue de atrás hacia adelante, de derecha a izquierda y levemente de arriba hacia abajo. En función de la grave lesión sufrida, J. C. fue trasladado en ambulancia al Hospital General de Agudos José María Ramos Mejía, donde permaneció internado, fue intervenido quirúrgicamente, y finalmente falleció en el mencionado nosocomio 4 días después. Tras el disparo que Martín Alexis Naredo le efectuó a la víctima, el menor R. continuó allí retenido. En el lugar del hecho se constituyó el Subcomisario Marcelo Fernando Bronico, de la comisaría 8va. de la PFA, quien ordenó el traslado del menor a la dependencia policial referida, lugar en el que R. permaneció privado de su libertad por varias horas, sin el cumplimiento de formalidad legal alguna. La autoridad judicial interviniente al ser anoticiada del suceso, determinó inmediatamente que el procedimiento fuera llevado a cabo por la Gendarmería Nacional Argentina. No obstante ello, el personal policial de la comisaría 8va. retardó la entrega de las actuaciones a aquella fuerza, y no comunicó la existencia de dos testigos presenciales del hecho (A. y M.), testigos a quienes se les recibió declaración en la seccional policial aludida, en forma del todo contraria a la normativa aplicable, pues, entre otras particularidades, esas declaraciones fueron recibidas de modo conjunto, con ambos declarantes sentados uno al lado del otro, en el mismo escritorio, como si se tratase de una charla mantenida entre ellos y el funcionario policial que labró las actas respectivas, que lucen firmadas por el Principal Pedro L. Chamorro y el Subcomisario Sergio Fabián Barrios, este último accidentalmente a cargo de la comisaría 8va. En función de todo ello, el Ministerio de Seguridad de la Nación, por nota que envió al Jefe de la Policía Federal Argentina, en relación con las responsabilidades disciplinarias del personal policial involucrado en los hechos, impuso: que se avanzara sin demora en el reproche administrativo pertinente en relación con Martín Alexis Naredo, respecto de quien se consideró que correspondía la aplicación de la sanción más grave (exoneración e inmediato pase a la situación de revista Pasiva); que se avanzara en la determinación del reproche administrativo respecto del policía Juan Carlos Moreyra; y que se concretase el reproche disciplinario correspondiente en relación con el Subcomisario Marcelo Fernando Bronico, respecto del quien se requirió que sea asignado a un destino distinto, no dependiente de la Dirección General Comisarías" (cfr. el primer considerando de la sentencia aquí impugnada).

IV. Dicho esto, es el turno ahora de adentrarme en el tratamiento de los tres (3) agravios introducidos por la defensa técnica del condenado mediante su respectivo recurso de casación.

V. Arbitrariedad de la sentencia por errónea valoración de la prueba testimonial y pericial

a) El recurrente presentó este agravio, sosteniendo que en el voto que conforma la mayoría de la decisión acá cuestionada ha mediado una arbitraria valoración de los elementos probatorios, lo que condujo a determinar erróneamente los hechos que se le atribuyen a Naredo.

Para llevar adelante la fundamentación del presente agravio, dividió su exposición en dos ejes; consistente, por un lado, en todo lo concerniente a las declaraciones de los testigos y, por el otro, relativo a las demás críticas efectuadas en relación con el peritaje practicado en autos.

Dicho esto, corresponde entonces exponer aquí los argumentos dados respecto a cada una de esas dos temáticas:

1) En lo que hace a la prueba testimonial, la defensa desarrolló nueve (9) líneas argumentales, a saber:

i) En primer lugar, que se ha omitido tomar en consideración lo expresado por los testigos A. G. M., A. A. y F. D. R. en sus primeras declaraciones testimoniales.

En efecto, en opinión del impugnante, la sentencia ha considerado la toma de las declaraciones testificales en la comisaría como un factor contaminante de las manifestaciones brindadas por A. y M. tanto en esa sede, como así también en el juzgado de instrucción; sin que se haya probado la existencia de alguna influencia sobre esos testigos, ni que tampoco hayan sido direccionados sus dichos; extremo que, por lo demás, los nombrados no han afirmado en ningún momento.

ii) Asimismo, la defensa entiende que para determinar claramente cómo ocurrieron los hechos se debe partir de lo declarado por su asistido, Martín Alexis Naredo, por ser el principal testigo de los acontecimientos y a quien el *a quo* no le ha prestado ninguna atención ni tampoco valoró sus dichos; ello, toda vez que el voto del magistrado Magariños —al cual adhirió el juez Jantus— partió de la tesis incorrecta y falsa, consistente en que el acusado actuó con intención dolosa de dispararle a la víctima, cuando esto jamás sucedió, motivo por el cual —como ya se refirió antes— no se le asignó valor a las primeras declaraciones prestadas en esta causa.

Cita entonces la declaración indagatoria brindada por el imputado durante la instrucción, la cual fue introducida por lectura al debate, en virtud de lo cual el recurrente sostiene que es observable que las acciones narradas por su defendido son las que sucedieron el pasado 21 de enero de 2012.

En efecto, fue después de la 1:30 de la madrugada, en el mes de enero, cuando hacía mucho calor, que su asistido llegó por una modulación, ya que había personas peleando y corriendo ante la presencia policial, por lo cual la persecución en cuestión fue la acción correcta; y luego de ello, sucedió el forcejeo con la víctima, lo que indica que todo ocurrió de manera dinámica, ajustándose a lo descripto por el acusado.

Por lo demás, en dicha zona no existía una buena iluminación y se trató de una persecución en la cual los agentes policiales no sabían exactamente con lo que se encontrarían al llegar al lugar de los hechos.

iii) Que el testigo M., por expresa solicitud de la defensa consistente en leérsele su declaración de fs. 77, declaró en el debate —al indicársele que se había contradicho con lo que él había expuesto antes en sede policial y judicial— que se sentía confundido, por cuanto en sede policial afirmó que el policía en cuestión (en referencia a Naredo) estaba como sorprendido; señalando luego que, desde su posición, él no pudo observar si Naredo tenía o no el arma en la mano al momento del forcejeo, aunque sí pudo ver que la persona a la cual quería detener se resistía e hizo movimientos violentos como para escapar: esto es, como que tiró un golpe, pero al ser el policía más grande se le tiró encima y ahí fue cuando escuchó el disparo.

iv) De igual manera, recuerda la defensa, la testigo A. V. A. dice algo distinto en el debate si se lo compara con lo declarado en instrucción, ya que en el juicio oral no expuso que haya existido un forcejeo entre el nombrado y la víctima, ni que el primero tuviese un arma en la mano. Es por ello que se le leyó un fragmento de lo afirmado previamente, cuando afirmó lo contrario y adicionalmente mencionó la presencia de patotas, las que le daban mucho miedo; o sea que, para el impugnante, reconoció que habían personas violentas que estaban peleando entre sí, de modo tal que vio lanzar objetos por el aire, aspecto que no fue valorado en la sentencia.

v) Que el medio de prueba testimonial no puede tener prioridad por sobre los hechos, pues frente a lo indicado por un testigo debe verificarse —mediante la correspondiente prueba— si ello es verdad o no; extremo que puede alcanzarse gracias a la reconstrucción del hecho regulada por el art. 221 del CPPN, la que nunca fue efectuada en este proceso.

Es que no se puede dictar una sentencia sobre la base de este tipo de testigos, quienes primeramente cuando el hecho está más fresco en sus memorias, o sea cuando es más nítido, relatan los sucesos de una manera y luego dos (2) años y ocho (8) meses después

lo niegan; de modo tal que no son aptos para fundar una sentencia condenatoria.

Asimismo, la defensa recuerda acá lo dicho por A. al momento de la instrucción: oportunidad en la cual afirmó que agarrado el damnificado, se quiso soltar y hacerle frente al policía, con quien forcejeó y al cual quiso empujar para irse corriendo, ya que estaba "súper sacado, tiraba golpes, estaba violento" (sic); por lo que, frente a tales expresiones, habiéndosele leído sus dichos previamente y habiendo firmado con su puño y letra lo declarado, no puede desdecirse en el debate, porque ello significa claramente que el testigo no es confiable, puesto que primero bajo juramento dijo una cosa y luego se desdijo dos (2) años después sin explicación alguna, de manera tal que no es posible tomar en cuenta su última declaración para fundar una sentencia de condena.

vi) En tal sentido, se considera arbitraria la decisión del *a quo* por medio de la cual se calificaron a las declaraciones prestadas por los testigos M. y A. en la audiencia de juicio oral y público como absolutamente espontáneas y sinceras, y además se le asignaron poco valor a lo asentado en las actas iniciales en virtud de las irregularidades advertidas en el accionar del personal policial que efectuó las primeras diligencias, porque el hecho de que ambos testigos hayan prestado una declaración en forma conjunta en sede policial, ello no es motivo para que no hayan dicho allí la verdad; a lo que debe sumarse la posibilidad que había de convocar a los agentes policías que firmaron tales actas testimoniales para recrear esos actos jurídicos y saber entonces si debe restarse o no credibilidad a estos testimonios.

Es que si los antes mencionados refirieron durante el debate acontecimientos distintos a los expresados en la instrucción es evidente, en consecuencia, que han falseado sus dichos y, por ende, el tribunal de grado debería haber determinado si lo que dijeron es mentira o no, ya que en todas las ocasiones declararon bajo juramento de decir verdad.

Así las cosas, la conclusión indicada en la sentencia de que no tienen valor sus dichos prestados ante el juzgado de instrucción es arbitraria y parte de la tesis que pretende demostrar a toda costa la inexistencia de un forcejeo, o sea de violencia ejercida en contra del acusado, y que Naredo disparó el arma con dolo.

Se recuerda nuevamente aquí que no se hizo la reconstrucción del hecho, y se citan las palabras de Sentís Melendo en virtud de las cuales se subraya que los grandes errores judiciales ocurren no por un defecto en la construcción del silogismo, sino por una errónea formación de las premisas que se produce al valorar erróneamente la prueba.

Por lo demás, se destaca también que en el requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio se reconstruyó el hecho con la traba en lucha entre el damnificado y el imputado; extremo que fue omitido luego en el alegato fiscal y en la sentencia.

En consecuencia, de la manera en que sucedieron los hechos, no es posible establecer que Naredo haya tenido la intención dolosa de disparar a la persona, sino que todo se trató de un accidente con el arma de fuego. Así fue entonces como, a los efectos de acomodar la argumentación a la hipótesis sostenida, se omitió lo que dijeron los testigos durante la instrucción y se le brindó, llamativamente, más valor a lo que dijeron dos (2) años y ocho (8) meses después.

Por tal motivo es que se necesitaba determinar la veracidad de tales dichos mediante la reconstrucción del hecho y de los actos procesales realizados en sede policial; de manera tal que la sentencia cuestionada se muestra como dogmática en lo que hace a la determinación de la validez de los testimonios, porque si en el debate surge que los testigos cambiaron sus declaraciones no es posible omitir esa realidad con una mera mención a que la Policía Federal Argentina instruyó el caso en lugar de haberlo hecho, como correspondía, la Gendarmería Nacional.

Se citan acá una serie de precedentes de la CSJN, relativos todos a cómo debe efectuarse la valoración de la prueba testimonial y de los restantes elementos probatorios producidos en la causa; concluyéndose a partir de ellos que nuestro máximo tribunal de justicia exige para la fundamentación de las sentencias que estas procedan a valorar y analizar todas las constancias probatorias, no permitiendo su mutilación para dictar una sentencia. Es que se han acomodado aquí los acontecimientos a la hipótesis que adjudica al accionar de Naredo un comportamiento doloso.

vii) Que así las cosas, cita mediante del doctrinario italiano Manzini, se recuerda que la prueba testifical no puede ser considerada como decisiva en ningún caso, puesto que debe ser valorada a la luz de los posibles errores, exageraciones, falsedades, sobornos, simpatías, odios, necesidades, temores, subordinaciones, intereses y cualquier otro elemento que pueda contaminarla en su fuente subjetiva; a todo lo cual deben agregarse las desviaciones perceptivas, las deformaciones memoriales, los efectos del olvido, la autosugestión, la opinión sobre la irrelevancia de ciertas particularidades, etc. que inducen involuntariamente a decir la falsedad o a silenciar la verdad.

Es que la prueba testimonial debe ser analizada desde la sana crítica racional (cfr. el art. 214 del CPPN), y en este caso se encuentra probado en virtud de lo afirmado por el acusado y lo dicho por los

testigos que existió una violencia de resistencia ejercida por la víctima, tendiente a apoderarse del arma, en contra del funcionario policial a quien debía haber acatado la orden de detenerse; de manera tal que la reconstrucción fáctica efectuada en la sentencia parte de la base falsa de darle más validez a lo declarado en el debate que a lo expresado durante la instrucción.

Por ello, la declaración testimonial es un todo que debe ser analizado, y al haberse celebrado la audiencia de juicio oral y público no es posible dejar de valorar los dichos de los testigos cuando se le han leído sus declaraciones previas. Es que si se pretende llegar a la verdad de lo sucedido, no puede efectuarse un análisis mutilado de la prueba.

viii) Que en el voto del juez de grado Magariños se dice que, al ser confrontado con su declaración brindada en instrucción, el testigo M. expuso tener dudas sobre por qué en aquella oportunidad dijo que el acusado no tenía en la persecución el arma en su mano y, luego en el debate, sí recordaba dicha circunstancia. Asimismo, esta misma discordancia se advierte también en lo que hace a la declaración prestada por la testigo A.

Sin embargo, ello no encuentra ninguna explicación posible en la causa ni en la sentencia que manifieste por qué se dejó de valorar lo anterior para darle más importancia a lo expuesto en la audiencia de debate.

En realidad, lo que emerge de los dichos en el juicio oral y público es, en opinión de la defensa, que han mentido y que, por lo tanto, no son confiables; por lo que nada se podía construir sobre la base de sus afirmaciones, salvo pretender probar la hipótesis condenatoria que se había adoptado de antemano. Es que la mentira también debe ser analizada por el sistema de la sana crítica racional en este tipo de fallos.

ix) Si lo que se pretendía era dictar la condena en los términos que fue hecha, entonces lo afirmado en la instrucción no podía ser tenido en cuenta y, por ende, debía ser dejado sin efecto. Se cita acá a otro autor italiano, Galileo, quien afirmaba que algunos desacomodan y resuelven las premisas y las razones de acuerdo con sus ya establecidas conclusiones. Es por ello que la sentencia deviene arbitraria en lo que hace a la construcción de los hechos.

Pero además de ello, agrega el recurrente, también debe analizarse lo que se señala en la sentencia respecto al testigo F. R. En efecto, al momento de valorarse esta prueba se omitió que durante la instrucción el nombrado afirmó que luego del estampido Naredo decía que se le escapó un tiro y que se sentó en el patrullero como arrepintiéndose de lo ocurrido, lo que también fue apoyado por los testigos A. y M.

En consecuencia, exponer en la sentencia que pierden credibilidad los dichos de los testigos prestados en la instrucción no es una valoración jurídica de sus dichos, dado que se cuestiona la veracidad de tales declaraciones en razón de todas las contradicciones antes expuestas.

Se cita aquí de nuevo jurisprudencia de la CSJN en la cual se han anulado sentencias de este tipo por carecer de una apreciación crítica y rigurosa de la prueba producida en autos, y por no haberse fundado la decisión adoptada. Igualmente, se invocan algunos doctrinarios, como Gorphe y Walter, quienes remarcan el deber de justificar objetivamente a todas las sentencias, de modo que no puedan quedar libradas a la mera convicción del juez actuante.

Por lo tanto, las creencias desde el plano subjetivo o la simple voluntad arbitraria del juzgador, a los efectos de decidir no desde los hechos ni desde las alegaciones de las partes o en virtud de las normas aplicables, sino desde su propio albedrío no se adecuan a las normas constitucionales de los arts. 17 y 18 de la CN en materia de sentencias.

Así las cosas, es evidente que se ha querido puntualizar en la resolución acá criticada que no ha existido un forcejeo entre la víctima y el acusado, ni tampoco nada parecido a ello; y para esto esa omisión se la hace concordar con la prueba pericial, en lo que constituyó una fragmentación de la valoración probatoria practicada en la sentencia para que esta concuerde con la hipótesis consistente en atribuir una conducta dolosa al señor Naredo.

Es que se ha particionado la valoración de los testimonios porque A., M. y R. han mentido durante el debate, contraponiéndose a lo que dijeron en la instrucción; extremo que debería haber sido analizado en la sentencia, pues debería haberse reconstruido claramente el cómo sucedieron los hechos y verificado —tal y como lo sostiene Francesco Carnelutti— el carácter veraz o falaz de los testimonios, es decir la coincidencia entre su narración y la realidad, ya que el testigo es un instrumento indispensable en el juicio oral, pero al mismo tiempo se muestra como sumamente peligroso.

2) Con posterioridad, la crítica de la defensa se concentró en la valoración efectuada por el *a quo* relativa a la prueba pericial y a la declaración prestada en el debate por los peritos.

En efecto, para llevar adelante esta labor, el recurrente trazó un total de ocho (8) líneas argumentales, a saber:

i) Que la prueba pericial no es una prueba directa sobre cómo sucedieron los hechos, sino que es un medio indirecto.

Por ello, debe ser practicada con los métodos científicos que dejen de lado las conjeturas y las probabilidades.

ii) Que el médico forense Héctor Felix Konopka, quien efectuó la autopsia, dijo que si bien el cráneo de la víctima tenía un orificio a nivel occipital derecho con características de proyectil de arma de fuego, no pudo determinar la distancia con la cual se produjo el disparo en virtud de la intervención quirúrgica a la cual fue sometida, pues ella le eliminó —en caso de haber existido— los gases de la deflagración.

iii) En lo que hace a la peritación balística, fueron llamados a declarar un total de cuatro (4) peritos, a cuyas manifestaciones se le debe sumar lo afirmado en el mencionado peritaje.

Así las cosas, recordó en primer lugar que la perito Lastretti dijo que el arma peritada estaba oxidada y que se trababa, de modo tal que para que funcionara era preciso golpear la correa.

A su vez, la perito Baldice indicó que estaba de acuerdo con la gendarme Lastretti y que existe, según su criterio, una posibilidad de que al caer el arma al piso su martillo se monte si en el trayecto de la caída su martillo roza con alguna superficie; añadiendo que, inclusive, al caerse el martillo pudo haberse montado en el trayecto y al dar con el piso el arma dispararse, bastando para ello una caída desde la altura de la mano al piso, sin que sea necesario que el arma sea tirada con fuerza.

Luego, el perito Iseas señaló que si el arma en cuestión tuvo en ocasiones golpes por caídas y pegó sobre su martillo, entonces puede dispararse, aunque aclaró que es muy difícil que al ser golpeada contra el cuerpo de una persona, contra su cabeza, con su martillo bajo finalmente se dispare.

Asimismo, los peritos Lastretti y Balbi expresaron en el debate que el arma presentaba una marca de golpe, pero que no podían establecer en qué momento se produjo ello.

En consecuencia, para el recurrente en el peritaje practicado en autos ninguna de las posibilidades que se mencionan allí fue realizada en experimentación con el arma en cuestión, a lo que debe sumarse que el perito Iseas primero subraya que no es posible el mecanismo antes descripto, luego dice que es muy difícil y finalmente concede que resulta ser de dudosa posibilidad; todo lo cual le resta contenido científico a la peritación y a su declaración, al volverse contradictoria.

Adicionalmente, tampoco pudo establecerse en qué momento se produjo el golpe que la pistola tenía, de manera tal que frente a esta duda debe tenerse en consideración lo declarado por el imputado de que la pistola se le cayó.

En cambio, la sentencia aquí impugnada concluyó que el arma no se cayó y que tampoco hubo un forcejeo entre la víctima y el acusado consistente en una disputa por dicho elemento; ello, por cuanto los dos peritos antes nombrados señalaron que la pistola en cuestión presentaba un golpe, lo que es determinante porque fue producto de esa caída y como no se puede establecer en qué momento se produjo es arbitrario omitir esa prueba con una mera negación que carece de todo tipo de respaldo probatorio.

Es por ello que, en opinión de la defensa, afirmar que no existió una caída en el arma resulta una omisión respecto a un elemento probatorio enunciado por los peritos que es relevante e idóneo por abonar el relato de su asistido; de manera tal que en el voto condenatorio se produjo un proceso de selección parcializada del material probatorio producido en el juicio oral y público.

iv) Que la sentencia recurrida es arbitraria, por cuanto afirmó que la distancia del disparo ha sido a corta distancia y con la boca del arma apoyada en forma firme y floja, y expuso también que —conforme surge del informe pericial— la posición más probable de la víctima es que estaba semi agachada en relación con el acusado; siendo que el valor del peritaje no se disminuye por existir variantes en cuanto a la posición.

Asimismo, en esa decisión se destacó que tal posición se condice con lo observado por testigos que se hallaban en el lugar de los hechos al momento de su comisión. En este sentido, se cita lo afirmado por el testigo M., quien refirió que, cuando Naredo tomó a C., ambos estaban de frente, pero luego el acusado dio vuelta a la víctima, siendo que el disparo se produjo cuando la posición de este último era de espaldas al acusado y frente a la persiana metálica.

Es por ello que, en opinión de la defensa, existe entonces una clara contradicción entre la sentencia y la peritación, ya que el citado testigo afirmó que los nombrados Naredo y C. estaban frente a frente, lo que significan que estaban de pie y que ninguno de ellos estaba agachado.

v) Además, se subraya que en el voto en minoría del juez de grado Anzoategui se concluyó que el estudio pericial en cuestión no está libre de errores, sobre todo cuando se trata de establecer las posiciones de dos (2) personas que están trabadas en lucha y en movimiento, cuyos cuerpos son aptos para adoptar diversas posturas, y a la luz de la posibilidad expresada por la totalidad de los peritos de que las personas hubieran adoptado otras posturas.

En adición, recuerda el impugnante que en dicha ponencia se destacó que los testigos nunca observaron a la víctima y al acusado en la mentada posición, de modo que si la versión de Naredo fue descartada por no condecirse con lo dicho por los testigos, entonces también debería hacerse lo propio con la referida posición señalada en el peritaje como la más probable.

vi) Así las cosas, tanto la peritación como las declaraciones de los peritos solamente mencionan una probabilidad de que los hechos hayan sucedido como ellos lo expresaron, existiendo varias variantes. Es por ello que, en opinión del recurrente, tales pruebas no poseen valor científico.

En tal sentido, el art. 263 del CPPN requiere que el peritaje no deje lugar a dudas en relación al objeto que se perita; máxime en un caso como el presente, en el cual se debe analizar la trayectoria de un disparo.

Por lo tanto, la afirmación de los peritos es cuestionable desde todo punto de vista y no puede ser considerada a la peritación como una prueba decisiva.

Se cita aquí a Framarino de Malatesta, para quien objetivamente la probabilidad no tiene por contenido la simple verdad como ocurre con la certeza y el testimonio pericial tiene más valor cuanto menos dubitativo se presente; y se termina concluyendo —cita mediante de algunos precedentes de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal (ahora renombrada en cámara federal), relativos a los requisitos de fundamentación y valoración de la prueba en las resoluciones judiciales— que tanto el peritaje, como los peritos y la sentencia se basan en una mera probabilidad que no equivale a la certeza requerida para condenar al acusado, por cuanto no está probada la ya citada posición que habría existido entre la víctima y el acusado al momento de ocurrir el disparo.

vii) Igualmente, el recurrente señala que no está establecido de forma clara cómo se produjo el disparo y que tampoco se tuvo en cuenta lo declarado por su defendido.

Al respecto, en relación con la posibilidad de que el arma se haya montado o que la corredera se haya desplazado de manera tal que haya quedado lista para el disparo, la sentencia descarta ello por una falta de verificación en el caso sobre la base de lo expresado por la perito Lastretti, para quien esa posibilidad disminuye en razón del funcionamiento anormal que tenía el arma en cuestión.

Sin embargo, esa parte entiende que se trata de una afirmación sin correlato científico técnico, por lo que no está demostrada. Agrega a ello que el peritaje no es concluyente y que el panorama probatorio permanece en estado de incertidumbre por los dichos efectuados por la perito Balbi, para quien hay posibilidades de que el martillo de un arma se monte al caer, pero que ello requeriría de que en el trayecto toque con una superficie que logre montarlo; de modo tal que esta alternativa se condice con las afirmaciones de Naredo, relativas a que se le cayó el arma al piso y allí pudo haberse montado por accidente, y con lo señalado por las peritos Lastretti y Balbi de que el arma estaba golpeada; extremo cuyo momento de producción no pudo ser acreditado, lo que impide al *a quo* descartar lo dicho por el acusado. Es que el arma se cayó como dijo el imputado, y por eso mismo presenta el mentado golpe.

De igual manera, la defensa recuerda que conforme declararon las mencionadas Lastretti y Balbi, para que el arma se dispare en medio de un forcejeo debe existir un movimiento violento que sea apto para cargar el martillo y dispararla; algo que no se logra por medio de meros sacudones.

En tal sentido, dicha parte destaca también que si bien en el voto mayoritario se afirmó que el mentado forcejeo fue inexistente, en cambio el juez Anzoategui lo tuvo por acreditado a partir de la lectura de las declaraciones prestadas en instrucción por M. y A.; de modo tal que la violencia sí se configuró y fue determinante para que se dispare el arma.

viii) Por lo demás, tampoco se tuvo en cuenta —en opinión del recurrente— el hecho que Naredo presente un golpe en uno de sus dedos, lo que acredita que estaba lesionado; ni tampoco lo dicho por el perito Iseas, quien indicó que desde su experiencia hay muchos casos similares en los cuales se dispara accidentalmente un arma y se producen disparos.

Es por ello que, para el abogado Gonzalo Oliver Tezanos, la sentencia adoptó una posición subjetiva y dejó de valorar y analizar elementos probatorios muy claros que demuestran la existencia de un accidente.

En tal sentido, no se ponderaron las treinta y nueve (39) llamadas a la policía por los disturbios produ-

cidos; extremo también referido por los testigos M. y A., los cuales hicieron mención a que se estaban arrojando palos y botellas. Lo mismo ocurrió con el DVD agregado en autos, en el que se ve a personas corriendo, lo que denota la existencia de peligrosidad cuando sucedieron estos acontecimientos.

En consecuencia, el descarte efectuado por el *a quo* respecto a la versión brindada por el acusado de que primero se le cayó el arma al piso, la cual pretendió agarrar la víctima, y que luego se incorporaron ambos, continuando con la disputa de la pistola hasta que accidentalmente se produjo el disparo, en virtud de una ausencia de contenido probatorio que la respalde no es correcto, puesto que se basa en un peritaje carente de consistencia científica. Se cita acá la obra de Ernst Beling, "Derecho Procesal Penal", relativa al derecho de prueba y a su relación con la verdad material.

Es por todo ello que la defensa entiende que no se analizaron en forma completa todas las declaraciones testimoniales de A., M. y R.; y asimismo, se omitió tomar en cuenta el citado DVD, considerar los mencionados llamados telefónicos y efectuar un estudio íntegro de la peritación que no fue concluyente en sus aseveraciones, a la luz del resto de prueba existente y de lo afirmado por Naredo; todo lo cual torna nulo al voto mayoritario por falta de motivación (cfr. los arts. 1, 123, 404, inciso segundo, y 456, inciso segundo, del CPPN; y los arts. 8 de la CADH y 14 del PIDCyP).

b) Ante esta cámara, el abogado Marcelo Biondi hizo una presentación en términos de oficina, en la cual adujo la notoria arbitrariedad de la sentencia recurrida, a la que tildó como motivada en forma aparente y alejada en su valoración probatoria de los parámetros impuestos por el principio constitucional de inocencia y el in dubio pro reo; pues si bien es cierto que debe valorarse lo que cada testigo dijo en la audiencia de debate, la verdad es que algunos testigos modificaron su relato sin manifestar que hayan sido inducidos previamente para declarar lo que hicieron durante la etapa de instrucción.

Es que las afirmaciones volcadas en el juicio oral y público por los testigos M., A. o R. de ninguna manera han probado con el grado de certeza requerido en esta fase del procedimiento el dolo exigido por la figura penal aplicada al condenado, ni tampoco manifestaron en forma certera el hecho que el *a quo* tuvo por acreditado.

En todo caso, esas se ajustan más a lo decidido por la minoría que integró el tribunal de grado.

c) Finalmente, al momento de celebrarse la audiencia en esta instancia, la defensa ratificó las presentaciones efectuadas con anterioridad y señaló que lo aquí debatido fue un hecho desgraciado.

Recuerda que cuando la causa fue elevada a juicio, ya la fiscalía hablaba de la existencia de una resistencia por parte de la víctima y que luego se determinó que lo ocurrido había sido una decisión de Naredo por quitarle la vida a C.

Se subraya también la existencia de dos testigos importantes: M. y A., a cuyas declaraciones deben sumarse los dichos del acusado. Además se registraron treinta y nueve (39) llamadas a la comisaría por una batalla campal; extremo que no fue analizado por el tribunal de juicio en su voto mayoritario. De igual manera, C. se resistió, pues no quería ser detenido y se opuso al accionar policial.

Por otra parte, para la defensa, la idea de que la posición número dos (2) haya sido adoptada no se condice con la dinámica de los hechos; esto descarta entonces que haya sido un disparo adrede. Asimismo, el menor R. —quien también fue detenido— también corroboraría esta situación, ya que en ningún momento señala que Naredo haya querido matarlo, sino que el disparo se le escapó.

En tal sentido, no se advierten en los relatos de los acusadores nada que haga referencia a este aspecto, pues ninguno dijo que la víctima haya sido ajusticiada.

Por lo demás, a fs. 64 se encuentra acreditada una lesión de Naredo en su dedo que es compatible con la existencia de una lucha previa; y los testigos han sido objetivos en sus declaraciones previas, por lo que no hay ninguna objeción posible respecto a ellos.

Finalmente, al término de la audiencia el propio Naredo —luego de haber mantenido la entrevista regulada por el art. 41 del CP— remarcó que oportunamente le hicieron el Dermotest en sus manos y en el chaleco, que no se movió del lugar y que el arma estaba rayada y golpeada por haberse caído al piso previamente.

d) Que como bien se explicó previamente, la defensa ha articulado este agravio a través de dos (2) líneas argumentales: por un lado, las críticas efectuadas a la valoración efectuada por el *a quo* de la prueba testimonial; y, por el otro, las observaciones hechas al análisis de la prueba pericial.

e) Por lo tanto, corresponde responder en forma separada cada uno de esos dos (2) ejes argumentativos, arrancando por el primero de ellos:

1) En lo que hace a la valoración de los testimonios, el defensor comienza cuestionando el descarte efec-

tuado por el tribunal de juicio de las declaraciones brindadas por A., M. y R. en sede policial y ante el juzgado de instrucción (vid. el punto a.1.i).

En efecto, esta crítica entiende que no se encuentran bien explicitadas las razones de dicha elección. Sin embargo, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, considero que la sentencia sí ha brindado razones suficientes para no tomar en cuenta tales manifestaciones.

Es que, como bien explica el *a quo*, inicialmente las declaraciones prestadas por M. y por A. fueron tomadas por personal perteneciente a la misma fuerza y dependencia policial a la que pertenecía el acusado Naredo, no obstante el hecho de que el juzgado interviniente había dispuesto que sea la Gendarmería Nacional la que lleve adelante la pesquisa. Esta circunstancia, aunada al hecho de que además dicha declaración les fue tomada de manera conjunta, efectivamente resta valor probatorio a tales manifestaciones.

Adicionalmente a ello, el juez Magariños destaca con razón que las primeras expresiones volcadas por sendos testigos durante la audiencia de debate lucieron espontáneas y vívidas, por lo que solo después de comenzar a ser confrontadas con lo dicho en forma previa es que empezaron a titubear y a decir que no recordaban bien lo acontecido.

Nótese entonces que tal confrontación tomó precisamente, como punto de apoyo, lo declarado en forma previa en sede policial, bajo la formalidad irregular antes detallada, y lo expresado ante el juzgado de instrucción, cuando dos (2) días después ratificaron lo dicho frente al personal de la misma fuerza policial a la que pertenecía Naredo.

En consecuencia, no se trata aquí —como sostiene la defensa— de que se tenga por acreditada una supuesta influencia o direccionamiento en esas declaraciones iniciales, sino que en realidad lo que debe realizarse es una ponderación del valor que se le puede asignar a tales afirmaciones; máxime cuando debe primar siempre lo declarado en el marco de la audiencia de juicio oral y público, de conformidad con lo previsto por el art. 391 del CPPN y de acuerdo con lo que el mismo recurrente reconoce en la presentación que efectuó en términos de oficina (cfr. el primer párrafo del punto b).

Así las cosas, la crítica articulada por el impugnante no logra rebatir la fundamentación expuesta por el tribunal de grado, ni demuestra tampoco la denunciada arbitrariedad, por cuanto el *a quo* efectuó la mentada ponderación de pruebas de acuerdo con los lineamientos descriptos en el parágrafo anterior, en combinación también con el resto de los elementos probatorios producidos en el debate.

2) A continuación, la defensa cuestionó también que no se tuvo en cuenta lo declarado por su asistido, pues entiende que se trata del "principal testigo" (sic) y, por ende, es a partir de sus manifestaciones que debe ser reconstruido lo sucedido (punto a.1.ii).

En relación a este planteo, deben señalarse dos cosas, a saber: por un lado, que la declaración brindada por el acusado no reviste la calidad de testimonio, ya que un testigo es aquella persona que conoce

los hechos investigados, pero que al mismo tiempo no participó en la comisión del presunto delito (cfr. los arts. 239 y 72 del CPPN); motivo por el cual no se le exige al imputado cuando voluntariamente presta declaración una promesa o un juramento de decir la verdad y, consecuentemente con ello, no está previsto para él la pena del falso testimonio como sí ocurre con los testigos (arts. 296, 240 y 249 del CPPN, respectivamente).

Y por otro lado, a diferencia de lo argüido por el impugnante, sí fue examinado el descargo del acusado a la luz del resto de los elementos probatorios incorporados a la audiencia de juicio oral y público. En efecto, si se repasa el acápite V que integra el voto del magistrado Magariños es fácilmente observable cómo allí, a medida que se fueron analizando las pruebas, se explica por qué razón la versión brindada por Naredo no podía ser tenida en cuenta.

Que en definitiva, entonces, este planteo se muestra en desacuerdo con la normativa vigente aplicable al tema, pues pretende asignársele a la declaración del nombrado un valor y una entidad que no es tal; y al mismo tiempo luce como contrario a la propia valoración que el *a quo* realizó de sus manifestaciones, por cuanto se limita a denunciar su falta de análisis, cuando en realidad sí fue objeto de un estudio comparativo con el conjunto de pruebas producidas en el debate que derivó en su descarte como versión de los hechos ocurridos; de modo tal que constituye una simple discrepancia con los criterios exhibidos en la sentencia, carente de una fundamentación que haga posible revertir lo expresado sobre este punto por la mayoría del tribunal de juicio.

3) Con posterioridad, el recurrente destacó las contradicciones y la confusión del testigo M., quien terminó refiriendo que C. mantuvo un forcejeo con Naredo y se intentó escapar; en tanto no pudo ver si el acusado, en dicho momento, tenía o no la pistola en su mano (punto a.1.iii).

Dicho esto, advierto en primer lugar que el juez Magariños explicó que el mencionado testigo terminó admitiendo solo al final de su extensa declaración que no sabía si había visto un arma o no, pero que ello ocurrió cuando ya mostró signos de un claro agotamiento y frente a la insistente confrontación a la cual fue expuesto de modo reiterado. Esto ocurrió luego de que al comienzo haya relatado de forma natural y vívida los hechos por él vistos; de manera tal que no podía ser empañado el valor de ese relato espontáneo inicial.

En efecto, en el voto mayoritario de la sentencia acá recurrida expresamente se ponderó que el mencionado testigo indicó inicialmente que, durante la persecución, el acusado llevaba su arma en la mano y que alcanzó a la víctima. Una vez allí, añadió que existió un forcejeo en el cual el damnificado intentó soltarse y escapar de la actuación policial; momento en el cual, estando ambos frente a frente, Naredo tomó a C., lo dio vuelta, lo puso frente a un portón de chapa metálica, hubo un forcejeo y entonces escuchó la detonación de un arma de fuego. Por lo demás, precisó que en dicho instante este último estaba de espaldas al acusado y que la víctima no portaba armas.

En consecuencia, por un lado observo que en ningún momento el *a quo* descartó la existencia de la referida persecución, del forcejeo y/o del intento por parte de C. por escapar del accionar judicial, pues no solo fue referido por este testimonio y por otras personas presentes en el lugar, sino que adicionalmente tales circunstancias se encuentran plasmadas en el hecho que se tuvo por acreditado (revísese a este fin la transcripción efectuada en el acápite III de este voto), de manera tal que dichos extremos —remarcados por la defensa— en nada alteran el razonamiento seguido por el tribunal de juicio, puesto que sí los tuvo por acreditados y formaron parte de su valoración integral.

Por lo demás, la defensa tampoco logra refutar las explicaciones volcadas en la sentencia, tendientes a aclarar las razones por las cuales la presunta contradicción entre lo declarado por este testigo durante el debate y lo expresado antes, en lo que hace a si el acusado tenía o no en su mano el arma en cuestión durante la persecución, no hacen mella en la credibilidad de este testimonio ni conducen a descartar lo manifestado a este respecto en la audiencia de juicio oral y público.

4) Luego, el impugnante aborda la declaración de la testigo A., respecto a la cual critica sus presuntos desfasajes relativos a lo afirmado previamente en esta causa, en lo que hace al forcejeo y a la portación del arma en la mano por parte de Naredo, además de destacar la mención hecha por ella a la presencia de patotas en el lugar de los hechos (punto a.1.iv).

En relación con este último aspecto, no se advierte en qué sentido tal circunstancia no haya sido valorada por el tribunal de juicio, por cuanto a lo largo del análisis efectuado por dicha judicatura siempre se tuvo en cuenta cuál había sido la causa que motivó la presencia —entre otros— del agente Naredo. En tal sentido, parecería que la defensa pretende justificar el accionar de su asistido a partir de dicho extremo, cuando en realidad de la prueba testimonial producida en el debate (e inclusive, del propio descargo efectuado por el nombrado) no hay forma alguna de encajar esa situación descripta dentro del contexto específico en el cual ocurrió la conducta que motivó el presente proceso penal.

Ello así, por cuanto si bien concurrió Naredo a la zona en virtud de los disturbios que allí estaban ocurriendo, lo cierto es que cuando se produjo la persecución y posterior aprehensión de C., no había en ese lugar ningún tumulto ni tampoco se estaban produciendo peleas con palos y botellas.

A su vez, en lo que hace a las denunciadas contradicciones, nuevamente debo resaltar que el tribunal de grado se ha ocupado de exponer razones suficientes para no desmerecer los dichos de esta testigo materializados en el debate: esto es, que de manera inicial y espontánea manifestó que Naredo llevaba un arma en la mano al momento de alcanzar a la víctima y que realizó un movimiento con su brazo desde arriba y hacia abajo, llevando el arma en dirección a la cabeza del damnificado, motivo por el cual creyó que quería darle un culatazo en la cabeza, ya que la situación no ameritaba para que le disparara, cuando finalmente escuchó el tiro y C. cayó al piso.

Sobre el punto, al *a quo* agregó que sus dichos lucieron sinceros y que, al ser confrontada con sus declaraciones previas, las cuales se encuentran atravesadas por las irregularidades ya mencionadas, refirió que el recuerdo vivo que ella tenía era el del acusado con su arma de fuego y que, inclusive, hasta tenía presente el modo en que había sido manipulada la pistola por él.

Por lo tanto, resulta palmario que las objeciones esbozadas en relación con este testimonio por la defensa también deben ser rechazadas.

5) El recurrente también ha cuestionado la posibilidad de tener por acreditada la conducta endilgada a su defendido, sobre la base de las declaraciones testimoniales prestadas en la audiencia de debate y sin haberse procedido tampoco a realizar una recons-

trucción del hecho, de conformidad con lo establecido por el art. 221 del CPPN (punto a.1.v).

Así las cosas, este planteo trasunta dos aspectos bien diferentes, a saber: por un lado, una queja por la falta de realización de la medida de prueba consagrada por la citada norma del mencionado código ritual, a la que esa parte parece otorgarle el valor de prueba dirimente y fundamental, lo que significaría un retorno al sistema de la llamada "prueba tasada" en virtud del cual para acreditarse un determinado hecho debe recurrirse necesariamente a una cierta clase y número de medios probatorios; extremo que, como se sabe, ha sido abandonado por nuestro CPPN, por cuanto rige aquí el sistema de la sana crítica racional (cfr. sus arts. 241, 263, inciso cuarto, y 298, segundo párrafo), tal y como el mismo recurrente reconoce y pide aplicar en el presente caso.

En efecto, de acuerdo con este último esquema, los hechos que forman parte de la imputación pueden ser verificados a través de cualquier prueba, siempre y cuando ella haya sido obtenida y/o producida de conformidad con las normas legales y constitucionales que rigen la materia. Es por ello, entonces, que la falta de realización de una reconstrucción del hecho no puede ser presentada en sí misma como un obstáculo para tener por demostrada la acusación, por cuanto dicho extremo puede ser alcanzado también a través de otras medidas probatorias como la testimonial y la pericial; tal y como efectivamente ha ocurrido en este proceso.

Se trata entonces de una crítica que pretende presentar al hecho imputado como no acreditado solo en virtud de la no producción de dicho medio de prueba, olvidando que durante la audiencia de juicio oral y prueba se han incorporado otros elementos que condujeron al *a quo* a tenerlo por demostrado; y respecto a los cuales, precisamente, la defensa ha planteado una serie de objeciones.

A su vez, el restante aspecto señalado aquí por el recurrente - esto es, que los testimonios de A. y M. carecen de credibilidad en virtud de las contradicciones en las cuales han incurrido si se tiene en cuenta lo antes declarado por ellos— constituye una reiteración de lo ya abordado en los puntos e.1, e.3 y e.4, a donde corresponde entonces que me remita para no incurrir en repeticiones innecesarias.

Es que allí se indicaron las razones que tuvo el *a quo* para valorar sus afirmaciones producidas en el debate por sobre las prestadas con anterioridad, sin que la defensa logre desbaratar las sólidas motivaciones expuestas por la instancia anterior relativas a esta cuestión.

Por lo demás, el hecho de que A. no haya indicado durante la mencionada audiencia la existencia de un forcejeo entre Naredo y C., como sí lo hizo en la instrucción, en nada puede cambiar la valoración que de su testimonio realizó la judicatura de la instancia anterior a la luz de las razones antes indicadas; a lo que debe agregarse también la circunstancia de que esta situación, es decir el intento fallido de este último por zafarse del accionar policial, sí fue tenido como acreditado por el tribunal oral, de manera tal que dicha parte tampoco puede aducir un recorte en los sucesos verificados por la sentencia en lo que hace a este punto.

Es que, en tal sentido, y a partir de dicho extremo, parecería pretender el impugnante la obtención de un justificativo o de una causal para el accionar de su asistido; de manera tal que no se trata de un aspecto que haga a la configuración de la plataforma fáctica, tal y como fue elaborada por el *a quo*, sino más bien de una cuestión que atañe a la calificación jurídica; la que será objeto de tratamiento en el acápite VI de esta ponencia por haber sido el segundo agravio interpuesto por el recurrente, a donde corresponde remitirse entonces.

6) En una nueva reiteración de las críticas ya efectuadas a la credibilidad de los testigos M. y A., la defensa señala que no pueden ser considerados sus dichos como absolutamente espontáneos y sinceros; ni que tampoco puede asignársele poco peso a lo asentado en las actas iniciales, más allá de las irregularidades allí detectadas, por cuanto ello no quita valor de verdad a lo declarado en esa oportunidad (punto a.1.vi).

Corresponde decir acá, nuevamente, que el carácter espontáneo y sincero surge —tal y como lo especificó el juez Magariños en su voto— de la forma con que se expresaron los nombrados cuando empezaron sus respectivas declaraciones testimoniales en la audiencia

de juicio; y que las referidas contrariedades surgieron luego y en virtud de una serie de confrontaciones a las cuales se sometieron en lo tocante a ciertas afirmaciones expresadas por ellos con anterioridad, las que fueron producidas originalmente ante una dependencia policial que no debería haberlas tomado y sin mediar tampoco los recaudos exigidos por el CPPN.

Es por ello que, en consecuencia, correctamente el *a quo* les ha restado valor, pues están atravesadas por dichas irregularidades. En este sentido, no debe olvidarse que la testigo A. no recordó que el agente policial les haya mostrado la redacción que había hecho de esas y que, como ya se dijo, debe primar lo expre-

sado en el debate por sobre lo señalado con anterioridad. Máxime cuando justamente el procedimiento llevado adelante en forma previa adolece de estos vicios.

Por lo demás, en nada cambia esta situación la circunstancia de que en todas las ocasiones hayan prestado juramento de decir la verdad, puesto que el problema radica aquí en que personal de la misma fuerza policial a la que pertenecía el acusado procedió a recibir y a redactar las declaraciones de estos dos (2) testigos presenciales; quienes justamente, al momento de poder expresar lo que recordaron sobre aquel día frente a los jueces a cargo del juicio oral y público, fueron bien claros y determinantes en señalar en forma natural y desde el comienzo mismo de sus respectivos testimonios que los hechos habían ocurrido de un modo diferente a lo que quedó plasmado en el acta policial, no obstante haber sido ratificada a los pocos días ante el juzgado de instrucción.

No se trata entonces de una mera posición dogmática, tal y como lo afirma la defensa, sino que encuentra su razón de ser en los señalamientos efectuados libremente por sendos testigos en el debate y en la indiscutible sospecha de interés que podrían haber tenido los miembros de la PFA intervinientes al inicio de las presentes actuaciones en morigerar la situación de Naredo; esto último, a pesar de la expresa prohibición de hacerlo impartida por el juzgado actuante.

Prueba precisamente de ese intento por mesurar la posición de este último resulta ser el hecho de que no haya coincidencia en lo tocante a los puntos centrales que hacen a la responsabilidad del nombrado entre los testimonios brindados en una y otra ocasión, y que solo se llegó a este extremo luego de una confrontación insistente con lo declarado en forma previa.

Es decir que, a diferencia de lo argüido por la defensa, no se ha omitido esa realidad —o sea, la de las diferencias existentes entre ambas declaraciones testificales—, sino que se le ha dado una correcta interpretación y ponderación a la luz de otras circunstancias objetivas, la cuales no fueron rebatidas por esa parte. Por ende, en nada cambia este panorama la eventual convocatoria que podría haberse hecho del agente policial que, incorrectamente y sin atender la expresa disposición impartida por la jurisdicción a cargo del proceso, le tomó declaración a los mencionados testigos.

Finalmente, en lo atinente a la mención que se hace del forcejeo, de la falta de reconstrucción del hecho y de la inexistencia de una intención dolosa por parte de Naredo consistente en disparar a C., corresponde remitirnos a todas las consideraciones que ya volcamos en los puntos e.1, e.3, e.4 y e.5 que integran este acápite; esto último sin perjuicio de señalar que en nada debe sorprendernos el eventual cambio configurado en la plataforma fáctica entre el requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio y el alegato de la fiscalía en el debate, ya que este último acto procesal es el que se produce una vez incorporada toda la prueba al debate y en base al análisis integral que debe realizarse de todos los elementos probatorios recogidos en esa instancia (sobre esta cuestión, véase lo que se indica en la sección h).

Es que precisamente, a diferencia de lo señalado por la defensa, no se observa en la sentencia un examen fragmentado de todo el cuadro probatorio producido en el juicio oral y público, sino que antes bien existe un estudio global de ese en virtud del cual se integraron y se articularon correctamente las diferentes clases de pruebas habidas en la referida audiencia.

Trataremos esta cuestión en los siguientes puntos de este mismo acápite.

7) Después, el impugnante hace hincapié justamente en las debilidades que, desde un punto de vista general, presenta la prueba testimonial y por qué entonces no puede ser considerada decisiva a la hora de dictar una condena (punto a.1.vii).

Sin embargo, olvida la defensa que al momento de analizarse el conjunto de pruebas producidas durante el debate, el *a quo* no se limitó simplemente a tomar en cuenta la prueba testimonial, y ni siquiera a las afirmaciones dichas por A. y M., sino que procedió a evaluar todos y cada uno de los elementos probatorios producidos, de manera tal que no es posible afirmar que la condena se encuentra fundada en los dichos de un solo testigo, a quien podría endilgársele todas las observaciones defectuosas que esa parte ha enumerado en su respectivo recurso de casación.

Contrariamente a ello, como ya se dijo, no solo se tomó en consideración las expresiones de los antes nombrados, sobre las cuales ya hemos tenido oportunidad de explicar por qué no podían ser cuestionadas en los términos planteados por la defensa y a donde hay que remitirse una vez más, sino que a ellas se aúnan también los peritajes practicados en autos, la inspección ocular, la autopsia, las declaraciones de los peritos intervinientes y los testimonios de otras personas, como los señores R., M. y B.

Se trata entonces de un plexo probatorio amplio, que no ha quedado limitado a las afirmaciones de A. y M. efectuadas en el debate; las cuales, por lo demás, han venido a ser concordantes con el resto de los elementos probatorios producidos en esa instancia en lo que hace a sus aspectos medulares.

Por lo demás, como ya se remarcó, la idea de que existió una resistencia por parte de C. al accionar policial se encuentra contenida en la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada; extremo que eventualmente podría tener una incidencia a la hora de discutir la existencia o no de una conducta dolosa en cabeza de Naredo, lo que será objeto de análisis en el siguiente acápite.

8) Asimismo, más adelante, la defensa vuelve a remarcar que el testigo M. tuvo dudas acerca de por qué no recordó antes que el acusado llevaba durante la persecución el arma en su mano, extremo que sí convalidó cuando declaró en el debate; discordancia que también se configuró en el testimonio de la señora A., lo que torna a ambos testigos en poco confiables —según el impugnante— para construir en base a tales declaraciones una sentencia condenatoria. En adición, nuevamente se indica que no hay una explicación en la sentencia referida a por qué no se valoró los dichos prestados por ambos en sede policial y en la instrucción (punto a.1.viii).

Como puede observarse fácilmente, ambas críticas son similares a las ya analizadas previamente, por lo que corresponde remitirse a lo expuesto en los puntos e.1, e.3, e.4, e.5, e.6 y e.7.

Es que, en definitiva, el recurrente en todos sus planteos parece haber olvidado que el *a quo* sí brindó una explicación en relación con esta problemática y, por ende, en lugar de atacar los fundamentos que a este respecto brindó el tribunal de juicio, se ha dedicado sistemáticamente a lo largo de su recurso de casación a señalar la presunta falta de argumentos; extremo que, como ya se subrayó en numerosas ocasiones, no es cierto y, antes bien, resulta ser diametralmente opuesto a lo afirmado por el abogado Gonzalo Oliver Tezanos.

En otras palabras; si bien el impugnante denunció una supuesta ausencia de motivos, en realidad estos sí fueron dados; y consecuentemente con ello, no se atacó la fundamentación dada por el magistrado Magariños, en virtud de la cual correctamente se restó valor probatorio a los dichos brindados por los nombrados testigos antes de la audiencia de debate.

9) Finalmente, la defensa se queja del análisis efectuado por el citado juez en lo concerniente al testigo F. R., ya que omitió mencionar que durante la instrucción el nombrado había afirmado que, luego del estampido, Naredo decía que se le escapó un tiro y que se sentó en el patrullero, como arrepintiéndose de lo ocurrido; lo que también fue apoyado por las testimoniales de A. y de M. Asimismo, otra vez cuestiona la veracidad de todos estos testimonios en razón de las contradicciones en las cuales habrían incurrido, y califica a la sentencia de infundada por no tener una apreciación crítica y rigurosa de la prueba producida en el proceso, lo que habría implicado la adopción de dicha decisión en base al propio arbitrio de los juzgadores. Por lo demás, vuelve a remarcar que el *a quo* no tuvo por verificada la existencia de ninguna clase de forcejeo entre la víctima y el acusado, gracias a la fragmentación que hizo de la valoración probatoria volcada en la sentencia, lo que le permitió adjudicar a su asistido un accionar doloso (punto a.1.i).

Así las cosas, se advierte que salvo las referencias hechas al estudio que se hizo de la declaración testimonial prestada por el señor R. en el debate, las demás observaciones planteadas en este punto por el recurrente constituyen meras reiteraciones de aquellas que ya he tenido oportunidad de abordar en la sección inmediatamente anterior, por lo que corresponde remitirse a allí y a todos los otros apartados indicados en ese lugar.

Es que, de nuevo, el impugnante se limita a denunciar una supuesta fragmentación en la apreciación de la prueba que no se condice con el análisis efectuado en el acápite V de la sentencia recurrida, y a decir que no se explican los motivos por los cuales se dio preeminencia a lo declarado por los testigos en el debate por sobre lo que afirmaron previamente, cuando se han mencionado en numerosas ocasiones las razones de aquella decisión, las cuales lisa y llanamente no fueron atacadas por el abogado Gonzalo Oliver Tezanos.

Todo ello además, sin perjuicio de que, como ya fuera advertido, tampoco es cierto que el tribunal de juicio no haya tenido por acreditada la existencia de alguna clase de forcejeo entre C. y Naredo; más allá de la incidencia que ello puede llegar a tener al momento de calificar la conducta de este último, lo que se abordará en el siguiente acápite.

Ahora bien, en lo que hace al mencionado testigo R., debo decir que el tribunal de juicio calificó a su declaración en el debate como absolutamente clara y solvente, pese al temor y nerviosismo que aún mostraba su rostro aniñado; y que el nombrado fue contundente en señalar que mientras fueron perseguidos por la policía, ambos uniformados llevaban las armas en sus manos.

Adicionalmente refirió que en dicha persecución C. terminó frenándose; lo que también comenzó a hacer él por sentirse cansado, en razón de lo cual fue alcanzando y agarrado por uno de los policías; momento en el que oyó el disparo de un arma de fuego, miró en dirección a su amigo y lo vio caer de rodillas hacia adelante, sin poder determinar si el disparo se produjo estando su amigo en esa posición o parado. Asimis-

mo, aclaró que en ese instante el policía que le disparó estaba al lado de la víctima, apenas por detrás, y que tenía el arma en su mano.

Finalmente, especificó también que, luego del hecho, el agente que disparó se sentó en el patrullero y parecía arrepentido, mientras decía que se le escapó el tiro.

En consecuencia, se observa que, por un lado, este testigo fue bien claro en ratificar que los uniformados intervinientes en la persecución llevaban empuñadas sus respectivas armas y que, por otra parte, Naredo luego de efectuar el disparo lucía arrepentido de lo sucedido, manifestando de igual modo que el tiro se le había escapado.

Por lo tanto, este último aspecto en sí mismo es posterior al disparo fatal, más allá de su eventual valoración para determinar a título de qué fue la conducta del acusado (vid. a este respecto el acápite VI de este voto); en tanto que el primero de ellos, esto es que Naredo llevaba su arma en la mano mientras perseguía a C., sí constituye un elemento a tener en cuenta para saber cómo se desencadenó el tiro mortal, extremo que el recurrente pretende obviar al momento de analizar este testimonio.

Es por ello entonces que estas observaciones críticas también tienen que ser desechadas.

f) Zanjados todos los cuestionamientos dirigidos a la valoración realizada por el tribunal oral de la prueba testimonial, corresponde ahora abordar el restante eje argumentativo ya mencionado, esto es el análisis que se efectuó de la prueba pericial producida durante el debate. Al respecto debe señalarse lo siguiente, a saber:

1) Que la defensa inicia la crítica de este aspecto de la sentencia indicando que la prueba pericial no es una prueba directa sobre cómo sucedieron los hechos, sino que es un medio indirecto; de manera tal que debe ser practicada con métodos científicos que dejen de lado las conjeturas y las probabilidades (punto a.2.i).

Estas apreciaciones efectuadas por el recurrente imponen efectuar aquí algunas consideraciones en torno a este medio prueba.

En primer lugar debe decirse que, "[a]sí como para fundar la necesidad del testimonio se ha dicho que el juez "no puede verlo todo", con igual o mayor razón se ha señalado que "tampoco puede saberlo todo". Partiendo de esta base, en ciertos casos se impone la intervención en el proceso de una persona que sepa lo que el órgano judicial no sabe: que es el perito el sujeto al cual el magistrado debe ineludiblemente recurrir cuando se ha verificado que para descubrir o valorar un elemento de prueba son necesarios determinados conocimientos artísticos, científicos o técnicos..., es decir, conocimientos propios de una cultura profesional especializada. Las diferencias que pueden establecerse entre perito y testigo no son tanto los especiales conocimientos de aquel (ya que también puede tenerlos el llamado "perito testigo"), sino la circunstancia de que el primero conoce y concluye por encargo judicial y en virtud de un interés procesal preexistente a su misión; en cambio, el testigo percibe espontáneamente, y el interés sobre su percepción es sobreviniente..." (Cafferata Nores, José I., Hairabedián, Maximiliano, "La prueba en el proceso penal". Con especial referencia a los Códigos Procesal Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba, con la colaboración de Milagros Gorgas, 6ª edición, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2008, ps. 67 y 68).

Dicho esto, surge claro entonces que "[e]l recurso a la prueba pericial está indicado cuando la decisión sobre la cuestión de hecho haga necesarios conocimientos de carácter extrajurídico que no forman parte de la experiencia y la cultura común del hombre medio, sino que pertenecen al acervo de saberes propios de alguna ciencia o técnica. El juez, en esta perspectiva, un sujeto asimilable al ciudadano culto estándar, goza de habilitación bastante para desenvolverse dentro del campo de la experiencia común, pero no así en este otro" (Ibáñez, Perfecto Andrés, "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1ª edición, 2009, ps. 163 y 164).

Asimismo, "[e]s un topos de la cultura procesal convencional que el juzgador es el peritus peritorum. Pero esto, claramente, solo en el sentido de que es él quien, al fin, debe optar, fundadamente, entre las informaciones o apreciaciones de carácter científico o técnico llevadas a la causa, en función de su calidad convictiva, para incorporarlas o no a la ratio decidendi de su resolución. [...] [S]u papel institucional le coloca por encima de [los peritos], en la condición de responsable de la decisión. Como quien, conocedor del cuadro probatorio, debe integrar las aportaciones de procedencia pericial en el contexto de todas las demás [pruebas], previo un juicio crítico sobre la racionalidad, la controlabilidad, la aptitud explicativa y la justificación del dictamen o dictámenes disponibles. La cualificación científica está en el perito, pero no es él quien juzga, por lo que el juez o tribunal debe —en la confrontación de las aportaciones periciales— formar criterio sobre algún aspecto del thema probandum, para resolver al respecto. Por eso... el juzgador debe discurrir analíticamente, con racionalidad, de forma crítica, sobre las aportaciones de los peritos, como un segmento que son del cuadro probatorio. Y

debe hacerlo con fundamento objetivo y acorde con la naturaleza de la materia y con la índole del conocimiento relevante para la decisión. Es por lo que el juez debe estar en posesión de cierto bagaje esencial de teoría de la ciencia y método científico; contar, siquiera, con el mínimo de capacidad necesaria para discernir entre pericias [rectius: peritaciones] por razón de su calidad, leer en ellas y hacerlas rendir. Y, de este modo, obtener el conocimiento preciso para decantarse con buen fundamento por algunos de sus resultados. Por eso, no puede descansar en una apacible pasividad, ya que su papel le obliga a optar, y a hacerlo con solvencia, de una manera reflexiva y argumentada, convincente[mente]. De ahí que no pueda, en modo alguno, situarse por encima de la cuestión para acoger facultativamente alguna de las propuestas en presencia, en el ejercicio de una supuesta potestas asentada sobre la simple ignorancia, en este caso, no solo acerca de la materia objeto de dictamen, sino también del propio papel institucional. Teniendo esto en cuenta, es de suma importancia que la prueba pericial sea rigurosamente sometida a las reglas del juicio contradictorio, es decir, discutida con amplitud. El imperativo de contradicción... es en el proceso bastante más que una exigencia ritual. Representa, en el plano epistémico, la única vía de acceso a un saber de calidad sobre hechos. [...] Por eso, el juez, que no estará en el plano científico o técnico a nivel del perito, sí deberá contar con la capacidad necesaria para interpretar sus conclusiones; y, con este fin, y cuando el asunto lo requiera, para mantener la imprescindible interlocución con él en demanda de las explicaciones que juzgue oportunas. Es, pues, un área en el que, con prudencia y equilibrio, el juzgador estará autorizado a hacer uso de la iniciativa probatoria que suelen prever las leyes procesales. Un recurso, ciertamente delicado, que exige buen tiento en su uso, pues, de un lado, es claro que aquel nunca podría subrogarse en el papel de alguna de las partes (y menos aún en el de la acusación), pero tampoco salir "en blanco" de la vista en lo relativo a una cuestión relevante para la decisión y llenar ese vacío con elementos de juicio obtenidos particularmente al margen del debate" (Ídem, ps. 165 a 169).

Tales son, en mi opinión, los lineamientos generales que deben observase en la materia y que serán objeto de escrutinio a lo largo de todo este apartado en función de los cuestionamientos que al respecto ha formulado la defensa.

2) Que el médico forense a cargo de la autopsia, Héctor Feliux Konopka, no pudo determinar la distancia con la cual se produjo el disparo en virtud de la intervención quirúrgica a la cual fue sometida, pues ella le eliminó —en caso de haber existido— los gases de la deflagración (punto a.2.ii).

Al respecto, en primer lugar debe señalarse que conforme surge de la prueba objetiva y científica producida en el debate y analizada por el *a quo*, la víctima falleció como consecuencia del disparo sufrido en su cráneo por el arma de fuego reglamentaria del acusado Naredo. Esta circunstancia fue incluso reconocida por la defensa durante la audiencia celebrada ante esta cámara.

Asimismo, de acuerdo con la misma autopsia, la proyección del disparo comenzó en el sector occipital derecho del cráneo de C. y egresó de su cuerpo por la región temporal izquierda; extremo también aceptado por el propio impugnante.

Con posterioridad, a partir del referido informe de autopsia, recuerda el juez Magariños que la trayectoria del proyectil fue de derecha a izquierda y de arriba hacia abajo; a lo que debía añadirse la inspección ocular practicada por la perito de Gendarmería Nacional, en virtud de la cual se determinó la existencia de una impronta en la persiana de chapa del local ubicado en la Av. Independencia 3275 de esta ciudad, la que fue hecha justamente por el proyectil disparado por esa arma de fuego.

Gracias a estos elementos, a lo que debió sumarse también la gorra secuestrada que posee un orificio de bala y las muestras de adhesivo de carbono tomadas a esa prenda de vestir, remarcó el *a quo* que fue posible determinar luego —mediante diversas pruebas de disparos, a diferentes distancias, realizadas sobre una tela de características similares a la mencionada gorra que llevaba puesta la víctima al momento del hecho— el comienzo de la trayectoria del proyectil, el cual fue fijado con una longitud de disparo a corta distancia y con la boca del arma apoyada en forma firme o floja.

Por lo tanto, si bien es cierto —tal y como lo manifiesta la defensa en su planteo— que el citado galeno no fue capaz de determinar al momento de la autopsia la distancia con la cual se produjo el disparo en cuestión, lo cierto es que el tribunal de juicio —sobre la base de otros elementos probatorios efectuados por diversos peritos— sí pudo llegar a una conclusión fundada respecto a esta temática.

Es que, como se dijo antes, en el sistema de la sana crítica racional imperante en nuestro CPPN (y que el mismo recurrente pide aplicar) no existen pruebas fijas o determinadas de antemano para acreditar ciertos extremos fácticos; de manera tal que lo que no pudo demostrarse mediante la autopsia, sí puede tenerse por probado gracias a otros medios probatorios, siempre y cuando ellos superen un análisis racional y científico como el expuesto en la sentencia aquí impugnada y que la defensa, específicamente en lo que se refiere a este punto, no critica.

3) A continuación, el impugnante plantea una serie de objeciones al examen efectuado por el tribunal de grado en relación con la peritación balística.

En efecto, a estos efectos recuerda que el arma en cuestión estaba oxidada y se trababa, por lo que requería para su funcionamiento un golpe en la correa; que existía una posibilidad de que el martillo del arma se monte al caer al piso si en el trayecto rozaba con alguna superficie y que al dar en el piso se dispare (sin necesidad de que haya sido tirada con fuerza); que si la mentada arma tuvo en ocasiones golpes por caídas y pegó sobre su martillo, entonces puede dispararse, aunque es difícil que se accione al ser golpeada contra el cuerpo de una persona; que dicha arma presentaba una marca de golpe, sin que haya sido posible determinar su momento de producción, por lo que debía tomarse en cuenta lo declarado por Naredo relativo a que se le cayó el arma durante el forcejeo que mantuvo con C.; que el peritaje no abordó ninguna de estas alternativas mediante experimentación; que el perito Iseas fue contradictorio en su declaración en lo que hace a todas esas posibilidades; y que la sentencia concluyó que tal arma no se cayó ni hubo un forcejeo entre la víctima y el acusado, a pesar del ya señalado golpe que presentaba esa (punto a.2.iii).

Dicho esto, en primer lugar corresponde señalar que al analizar toda esta problemática, el tribunal oral tuvo en cuenta que el arma en cuestión, de conformidad a cuanto expresaron los peritos en la audiencia sin que la defensa critique este punto, era de simple acción, lo que implica que para ser disparada requiere de la realización de dos (2) movimientos: primero montar el martillo, el cual debería haber estado bajo según se recuerda allí (cfr. el art. 69 ter del R.G.P.F.A. N° 8), y luego presionar el gatillo disparador; o bien, desplazar en primer lugar la corredera hacia atrás hasta el final de su recorrido, por cuanto esto produce que el martillo se monte en forma mecánica, y después oprimir la cola del disparador.

Asimismo, se indica a continuación en la sentencia que efectivamente este movimiento de desplazar hacia atrás la corredera del arma presentaba dificultades, lo que la volvía de funcionamiento anormal (extremo también reconocido por la propia defensa); de manera tal que requería de un despliegue de fuerza más intensa que lo normal para accionar dicha corredera.

Así las cosas, el *a quo* descartó la hipótesis de que el arma en cuestión se haya disparado accidentalmente, tal y como lo marca el recurrente, sobre la base del mecanismo de funcionamiento antes descripto y en virtud de las circunstancias de producción del disparo (respecto a ellas, ya se analizó en el punto anterior el comienzo de la trayectoria que tuvo el disparo y su zona de ingreso y de egreso, restando tratar aquí la problemática relativa a la posición que tuvieron la víctima y el tirador, lo que se abordará en los próximos apartados); remarcándose con posterioridad que si bien los peritos en balística afirmaron la existencia de la posibilidad de que fortuitamente el arma se monte o la corredera se desplace (tal y como subraya el impugnante en su presentación), quedando así en condiciones de ser disparada, lo cierto es que en este caso no se verificó ninguna de las hipótesis que habilitan dicho acontecimiento fortuito.

Efectivamente, para llegar a esta conclusión, el *a quo* expresamente ponderó el mentado funcionamiento anormal del arma, lo que reduce las posibilidades de que al caer al piso desde una cierta altura se desplace la corredera, no obstante lo cual es imposible que así se monte el martillo (opinión de la perito Lastretti); y que de acuerdo a la postura de la perito Balbi, si bien esta última posibilidad sería factible, lo cierto es que necesitaría que el martillo toque en el trayecto con una superficie que logre montarlo, extremo por demás imposible en virtud del lugar y de las circunstancias que rodearon a esta situación: en concreto, tanto Naredo como C. estaban en la vía pública, por lo que nada había entre ellos y la vereda sobre la cual estaban parados.

Por lo tanto, se observa hasta aquí que —a diferencia de lo argüido por la defensa— la sentencia sí cuenta con un análisis fundado de todos los elementos surgidos a partir del examen pericial; el cual incluso tuvo en cuenta las alternativas mencionadas en el recurso de casación que fueron detalladas en el primer párrafo de este punto, asignándole a ellas una imposibilidad en su configuración que la defensa critica, pero sin brindar mayores razones que permitan rebatir lo señalado por el *a quo*.

Es que el mismo juez Magariños explicó que, con independencia del hecho que el arma en cuestión no se cayó, esta circunstancia tampoco habría permitido un segundo infortunio como sería la realización de un disparo no intencional, ya que este requiere imprimir sobre la cola del disparador una intensidad que no basta con un mero roce, sino que efectivamente necesita de cierta fuerza (opinión de la perito Lastretti); y que tampoco sería factible ello en el marco de un forcejeo, pues es necesario un movimiento violento que sea apto para cargar el martillo y producir el disparo, lo que no se alcanza con meros sacudones, sino que requiere de un fuerte golpe contra una superficie dura que no sea el cuerpo humano (exposición de la nombrada y de la perito Balbi).

Nótese entonces que, a pesar de no haber tenido por probadas las circunstancias alegadas por el impugnante: esto es, que hubo un forcejeo y una disputa

por el arma, la cual se cayó al piso y se golpeó, lo cierto es que igualmente se procedió a analizar si la dinámica descripta por el acusado podría haber ocurrido bajo tales condiciones, arribándose a una respuesta negativa sobre la base de las declaraciones efectuadas por los distintos peritos y en virtud de lo expuesto en el respectivo informe pericial.

De manera tal que, aún si se tuviera por cierto que el golpe que presenta el arma en cuestión fue producto de su caída al momento del forcejeo, ello en nada cambia la conclusión a la que se llegó en la decisión aquí atacada.

Por lo demás, el *a quo* también le ha dedicado algunas líneas a las afirmaciones brindadas por el perito Iseas, dado que si bien este reconoció que existía una mínima posibilidad de que en el forcejeo las personas realicen fuerzas contrapuestas sobre el arma y se tenga el dedo depositado en la cola del disparador, lo que produciría un disparo, lo cierto es que de igual manera señaló que no es posible que un arma con martillo bajo se dispare por accidente al ser golpeada contra otra persona y que de efectuarse dicho disparo habría salido necesariamente hacia arriba.

Así las cosas se observa que, de cualquier modo, esa mínima posibilidad planteada por este perito no llega a condecirse con la versión de los hechos ofrecida por el propio acusado y respaldada por su defensor, por cuanto en esa Naredo afirmó que "...cuando se produjo el disparo, el arma se hallaba por encima de las cabezas de él y [de] la víctima, aproximadamente a unos 20 centímetros de altura y que, al momento del disparo, la víctima estaba erguida, ofreciendo su perfil derecho [a]l declarante" (cfr. el acápite III del voto mayoritario que integra la sentencia).

Es que resulta bastante difícil imaginar cómo podría haberse configurado esa mínima posibilidad de disparo por un forcejeo entre Naredo y C., consistente en realizar fuerzas contrapuestas sobre el arma, mientras el acusado tenía el dedo depositado en la cola del disparador, si tal como lo afirmó el imputado el arma estaba situada a unos veinte (20) centímetros de altura por encima de ambas cabezas y a su vez la víctima le mostraba su costado derecho, cuando C. terminó con un disparo en su cabeza en el sector occipital derecho, el cual fue de atrás hacia adelante, de derecha a izquierda y de arriba hacia abajo (vid. el respectivo informe de autopsia que, en este sentido, no puede ser atacado por resultar absolutamente objetivo).

Que en definitiva, entonces, la sentencia recurrida ha presentado en lo tocante a esta problemática una sólida fundamentación y ha analizado cada una de las alternativas mencionadas en el debate, incluso cuando ellas no se ajustaban a las circunstancias que fueron tenidas por acreditadas; de manera tal que lo aquí articulado por la defensa pretende pasar por una duda razonable, cuando en realidad se muestra como una mera discrepancia con lo resuelto que no logra controvertir el análisis expuesto por el *a quo*.

Por lo demás, en el apartado g) de este mismo acápite se abordará el alcance que debe darse al concepto de duda razonable y al principio constitucional del in dubio pro reo.

4) Luego, el recurrente tilda de arbitraria a la sentencia impugnada por haber entendido que la posición que tuvo la víctima al momento del disparo fue estar semi agachada en relación con el acusado; criticándose tal conclusión en virtud de que el peritaje presentó variantes en relación con dicho aspecto y dado que, en opinión de la defensa y contrariamente a lo afirmado por el *a quo*, para el testigo M., Naredo y C. estaban frente a frente, lo que significa que estaban de pie y que ninguno de ellos estaba agachado (punto a.2.iv).

Así las cosas, el presente planteo impone revisar el razonamiento que el tribunal de grado brindó a la hora de clarificar esta problemática.

En efecto, en la sentencia criticada se reconoció que los peritos consideraron varias hipótesis, pero de cualquier manera se fundamentó por qué motivo se escogió aquella que fue denominada como "posición número 2". Es que era la más viable, a la luz del ángulo del disparo, de su trayectoria interna y de su proyección al impacto en la persiana; esto último, sin perjuicio de existir algunas variantes en torno a esta posición.

En tal sentido, el *a quo* explicó que su valor probatorio no disminuía por esta última circunstancia, toda vez que al haberse contado en dicho peritaje con la impronta en la pared del proyectil, tales posibles variantes en lo que hace concretamente a esa posición (la llamada "número dos") son absolutamente menores, de modo que no poseen una aptitud suficiente como para generar una diferenciación significativa que altere la mencionada conclusión.

Al respecto agregó luego el juez Magariños en su ponencia, que todos los gráficos identificados en el informe pericial con los nros. 13 y 14 reflejan diversas posiciones semejantes entre sí, las cuales siempre implican que la víctima se encontraba semi agachada. Por lo demás, se trató de la posición más probable y natural en la que se hallaba el acusado al momento de producirse el disparo: esto es, levemente detrás de la víctima y a su derecha; y que se condice también con lo indicado por los testigos que se encontraban

en el lugar, al momento de la comisión del hecho aquí juzgado.

Dicho esto, el tribunal de juicio efectuó un repaso de lo declarado por aquellos, remarcándose las manifestaciones brindadas por M., A. y R. Sobre el particular, la defensa cargó las tintas respecto a lo afirmado por M., pues según ella en ningún momento dijo que la víctima se haya o haya sido agachada.

Sin embargo, es importante recordar a este fin que el nombrado testigo declaró durante el juicio que "... el policía, cuando tomó al chico, lo hizo estando ambos, policía y víctima, frente a frente, pero que luego el acusado lo dio vuelta al chico, lo puso de frente a un portón de chapa metálica, que hubo un forcejeo y que se escuchó a continuación el disparo" (vid. el acápite II del mencionado voto); de manera tal que resulta absolutamente plausible la circunstancia de que C. estuviese finalmente semi agachado al momento del disparo, a la luz del propio relato ofrecido por M., pues si la víctima fue puesta de espalda frente a un portón y allí se produjo un forcejeo, es dable afirmar que este se flexionó, se contrajo o inclinó su cuerpo hacia el suelo en forma parcial.

Que en síntesis, la crítica oportunamente articulada por la defensa que aquí ha sido expuesta debe ser rechazada.

5) Asimismo, la mentada parte destacó el voto disidente por cuanto allí se concluyó que el estudio pericial no estaba exento de errores, sobre todo por la dificultad existente para determinar la posición que tuvieron al momento del disparo tanto C. como Naredo, y dada la propia posibilidad barajada por los peritos de que hayan tenido otras posturas; a lo que debía sumarse una supuesta incongruencia en el voto mayoritario al adoptar una postura respecto a dicha problemática, a pesar de no haber contado con una declaración testifical que la apoye, y descartar al mismo tiempo la versión del acusado por carecer precisamente de un respaldo testimonial (punto a.2.v).

Sin embargo, disiento con estas observaciones dado que, por un lado, hay elementos objetivos externos al propio peritaje que dan cuenta acerca de la trayectoria que tuvo el referido disparo: esto es, el examen craneal de la víctima (efectuado en la respectiva autopsia) y el impacto en la persiana metálica del negocio ubicado en la Av. Independencia 3275 de esta ciudad (cfr. la mencionada inspección ocular); y de igual manera, porque las señaladas dudas de los peritos en realidad se refieren —como ya se explicó en el punto f.4— a eventuales variantes, pero siempre dentro de una misma posición que halla al damnificado y al acusado en una determinada forma: es decir, a Naredo ubicado levemente por detrás de C., quien se encontraba semi agachado, y a su derecha.

Y por otro lado, ya que conforme se reseñó previamente en ese mismo apartado, no es cierto que los testigos no hayan visto a la víctima y al acusado en la mentada posición. En efecto, se explicó allí cómo el testimonio de M. avala, junto con el resto de las pruebas producidas en el debate, la conclusión a la cual se llegó en el voto mayoritario, sin que el recurrente aporte acá nuevos elementos que permitan desvirtuar la decisión adoptada por el *a quo*.

6) De nuevo la defensa ataca las conclusiones volcadas por los peritos en la audiencia y en el informe pericial; por cuanto considera que hablan allí de mera probabilidad, lo que les quita valor científico, y tampoco satisfacen lo establecido por el art. 263 del CPPN (punto a.2.vi).

Sin embargo, tal y como ya se explicó en las secciones f.4 y f.5 que integran este mismo acápite, el examen pericial en cuestión brindó precisiones en torno a la posición que habrían tenido el acusado y la víctima al momento del disparo, pues se analizaron diferentes alternativas que fueron descartadas; más allá de que se reconoció la imposibilidad de precisar con exactitud dentro de la postura escogida, por existir algunas eventuales variantes. Y a ello se sumó la ponderación efectuada por el *a quo* de estos elementos conjuntamente con el resto de la prueba producida en el debate como las declaraciones testimoniales, la autopsia y la inspección ocular en el lugar de los hechos.

En consecuencia, a diferencia de lo sostenido por esa parte, no se advierte ninguna ausencia de cientificidad en las explicaciones brindadas por los peritos ni en el examen desarrollado por el magistrado Magariños.

Y por lo demás, tampoco se entiende —y el recurrente no efectúa mayores precisiones al respecto— en qué sentido la referida prueba pericial ha incumplido lo establecido por la citada norma ritual, dado que ella expresamente dispone lo siguiente, a saber: "El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o hacerse constar en acta y comprenderá, en cuanto fuere posible: 1°) La descripción de las personas, lugares, cosas o hechos examinados en las condiciones en que hubieren sido hallados. 2°) Una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados. 3°) Las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica. 4°) Lugar y fecha en que se practicaron las operaciones. El juez valorará la pericia de acuerdo con las reglas de la sana crítica". Salta a la vista, entonces, que este artículo ha sido correctamente observado en las presentes actuaciones.

Por lo tanto, estos cuestionamientos tampoco pueden prosperar.

7) Con posterioridad, el recurrente vuelve otra vez a señalar que no hay claridad respecto a cómo se produjo el disparo y a denunciar que no se tuvo en cuenta lo declarado por su asistido; indicándose la posibilidad de que el arma se haya montado o que la corredera se haya desplazado al caer y chocar contra una superficie, motivo por el cual presenta justamente un golpe cuyo momento de producción no pudo determinarse, extremo que —de acuerdo con la opinión de la defensa— fue descartado infundadamente sobre la base del funcionamiento anormal que presentaba la pistola en cuestión; además de recordarse que en el voto del referido juez Anzoategui se tuvo por acreditado la existencia de un forcejeo a partir de la lectura de las declaraciones hechas en la instrucción por los testigos M. y A. (punto a.2.vii).

Así las cosas, en virtud de la reiteración efectuada en este planteo de aspectos que ya habían sido incoados en forma previa, corresponde remitirnos a lo desarrollado en el punto f.3, por cuanto allí se explicó que el *a quo* analizó con profundidad y solvencia todo el conjunto de pruebas incorporadas al debate y pudo determinar así, más allá de toda duda razonable, cómo había sido la mecánica de los sucesos; descartando todas las alternativas a esa solución e indicando las razones por las cuales la versión brindada por Naredo no encontraba correlato con tales pruebas.

Por lo demás, como también se dijo, no es cierto que ya se haya descartado todo tipo de forcejeo entre el nombrado y C. —extremo que, aun así, tampoco conduce a verificar lo declarado por el acusado (cfr. de nuevo el apartado f.3)—; y de igual manera se han brindado los motivos por los cuales debía concederse mayor valor y credibilidad a las expresiones que los testigos dieron en el juicio oral y público, que a las que vertieron en forma previa en este proceso penal (consúltese a este fin el punto e.8 y todas las remisiones que allí se realizan, así como también el acápite III de esta ponencia).

8) Finalmente, la defensa cuestiona que no se haya tenido en cuenta el golpe que Naredo presentaba en uno de sus dedos, lo que daría cuenta del mencionado forcejeo por agarrar el arma entre él y C., ni tampoco lo dicho por el perito Iseas sobre que en muchos casos similares se dispara accidentalmente un arma, ni la existencia de treinta y nueve (39) llamadas a la policía por los disturbios que se estaban produciendo, consistentes en el arrojamiento de palos y botellas y en corridas por parte de personas en la zona (extremo confirmado por los testigos M. y A., además de las imágenes que surgen del DVD agregado en autos), ni la versión de los hechos dada por su ahijado procesal (punto a.2.viii).

Ahora bien, en lo tocante a la supuesta falta de análisis del descargo efectuado por Naredo corresponde que me remita a lo ya dicho en el apartado f.3 de este acápite, por cuanto allí se descartó la denunciada falta de estudio de los dichos expresados por el nombrado y dado que el recurrente nada nuevo añade aquí.

Por lo demás, en ese mismo lugar se abordó la cuestión relativa a cómo había sido la ponderación de la prueba pericial en su conjunto y a la luz de las restantes pruebas incorporadas al debate, de modo tal que se indicó cuál era el alcance correcto que debía efectuarse de las expresiones volcadas en dicha audiencia por el perito Iseas.

Asimismo, tampoco es cierto que no se hayan tenido en cuenta todas las circunstancias que motivaron la concurrencia al lugar de los hechos del aquí condenado, pues expresamente fue incluida en la plataforma fáctica que el *a quo* tuvo por acreditada la existencia de incidencias que originaron la convocatoria de refuerzos (cfr. el acápite III de este voto); más allá de que ellas podrían ser eventualmente consideradas a la hora de analizar qué tipo de conducta debía serle endilgada a Naredo, cuestión que será tratada en el siguiente acápite de esta exposición.

Y por último, la lesión en el dedo del antes nombrado no altera en nada la mecánica de los hechos explicada a lo largo de todo este apartado f) en lo que hace a la posición que tuvo él y la víctima al momento del disparo, a la trayectoria del tiro y a cómo habían sido los momentos anteriores a dicho instante; siendo que, en adición, también resulta ajustada a las circunstancias que fueron tenidas como verificadas por el *a quo*, ya que en ellas se hace referencia al intento desplegado por C. para zafarse del accionar policial (vid. de nuevo el acápite III de esta ponencia).

Es por todo ello que tampoco puede prosperar este último planteo.

g) Ya en la presentación efectuada en términos de oficina, el abogado Marcelo Biondi realizó unas breves referencias a ciertos aspectos probatorios ya estudiados con anterioridad, en concreto al valor que debe asignársele a las declaraciones testimoniales prestadas por M., A. y R. (al respecto consúltese toda la exposición efectuada en el apartado e), e hizo hincapié en la falta de certeza y arbitrariedad con que estaría teñido el voto mayoritario dictado por el tribunal de grado.

Estas dos circunstancias imponen entonces que brevemente recuerde aquí cuál es el alcance que le otorgo a esas dos materias.

En efecto, por un lado, en lo relativo a la cuestión sobre la valoración de la prueba, desde "...el caso "Rolón, Miguel Ángel s/ abuso sexual" (causa N° CCC 39.411/2010/TO1/2/CNC1 y registro número 996/2016 de la Sala III° de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, fechado el pasado 13 de diciembre de 2016) tuve oportunidad de explicar —cita mediante del epistemólogo Larry Laudan— que la duda razonable, es decir aquella que conduce a la absolución del acusado por aplicación del principio constitucional del in dubio pro reo, no puede ser una mera duda posible; sino que, en realidad, no debe existir ninguna explicación alternativa plausible de los datos —o sea, internamente consistente, consistente con los hechos conocidos, no altamente inverosímil y que represente una posibilidad real, no una mera posibilidad lógica; es decir, que no suponga violación alguna de las reglas de la naturaleza, ni tampoco un comportamiento que sea completamente único y sin precedentes ni, finalmente, una cadena improbable de coincidencias— que, como tal, conduzca a afirmar la no responsabilidad penal del acusado. De este modo, una condena ha sido legítimamente dictada desde el punto de vista probatorio solo si la hipótesis acusatoria ofrecida por el fiscal es plausible y no existe ninguna teoría alternativa plausible que sea compatible con la inocencia del acusado" (causa N° CCC 44.601/2010/T01/CNC1, caratulada "Rodríguez, Martín s/ amenazas, lesiones leves (art. 89)".

Así las cosas, en virtud de las reflexiones desarrolladas hasta acá no existe en este caso una explicación alternativa plausible que conlleve a descartar la hipótesis acusatoria; puesto que la tesis de la fiscalía se ha mostrado internamente consistente y adecuada a los datos conocidos, sin que la defensa haya presentado frente a ello siquiera una posibilidad real y verosímil diferente a cómo fueron articulados los hechos por su contraparte.

Y por otro lado, sostengo "...que la existencia de arbitrariedad en la sentencia destaca un vicio de alteración esencial en dicho acto jurídico que esencialmente implica una violación al derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la CN, en cuanto ese se caracteriza por la deformación o alteración que hace el juez al dictar sentencia, ya sea en su labor cognoscitiva o en su juicio de razón; y que puede manifestarse por la exclusión de algunos de los elementos esenciales en cualquier clase de proceso (condiciones necesarias de ese) o en los contenidos sustanciales de aquellos (que justifican la razón eficiente del juicio consecuente): siendo los primeros las partes, la litis, los elementos probatorios, la norma legal aplicable y el juicio de razón del magistrado; en tanto que estos últimos son todas aquellas partes o ingredientes que lo integran y que fundamentan la condición de razón suficiente para la consecuencia correspondiente. Este último supuesto se da cuando el juez en su labor de conocimiento sustituye los contenidos de los elementos necesarios totalmente, o prescinde de ellos en forma parcial, o suma o agrega ingredientes ajenos, o cuando en su labor de razón de juicio decide una consecuencia en contradicción con los antecedentes. Así, a la luz de los principios lógicos jurídicos se comprueba que el juez arbitrariamente ha deformado la identidad de los contenidos procesales, presentando en la sentencia una entidad distinta o cuando su juicio de razón decisiva deduce una consecuencia que contradice los antecedentes del caso. Por todo ello, la arbitrariedad excluye las consideraciones de orden valorativo; siendo que el vicio está en la alteración del pensamiento del magistrado respecto al objeto procesal y no se juzga a esa por su gravamen o injusticia, sino por la alteración deformante que ha introducido el pensamiento del juez al dictar sentencia (cfr. Fiorini, Bartolomé, "La sentencia arbitraria", publicado en Doctrinas esenciales: Derecho Procesal Penal (1936-2012), dirigido por Edgardo Alberto Donna, Tomo I: "Principios Fundamentales", LA LEY, 1ª edición, Buenos Aires, 2013, ps. 1087 y 1088)" (causa N° 2435/2017/2/CNC1, caratulada "F., J. E. o M. y otros s/ legajo de casación", resuelta el 9 de junio de 2017 por la Sala IIª de esta cámara, Reg. N° 456/2017).

En consecuencia, en los términos expuestos en el parágrafo precedente, es que tampoco logro advertir cómo se habría configurado en la sentencia bajo examen el denunciado vicio de arbitrariedad.

h) Finalmente, en la audiencia celebrada ante esta cámara, el nuevo defensor del señor Naredo hizo un repaso por casi todos los planteos concernientes a este agravio y que fueron incoados en forma previa por esa parte, sin brindar especificaciones diferentes a las ya tratadas, de modo que a los efectos de no extender más la presente ponencia, me remito a todo lo dicho a lo largo de este acápite.

Sin perjuicio de ello, es verdad que en dicha instancia se mencionaron dos (2) aspectos que merecen tratamiento, a saber: por un lado, que la fiscalía al momento de requerir la elevación de la causa a juicio sí hizo referencia a la existencia de una resistencia por parte de la víctima; y por otro lado, el examen de Dermotest oportunamente realizado a Naredo.

En relación con el primero de estos dos (2) puntos, corresponde recordar una vez más que en la sentencia bajo análisis sí se tuvo por acreditado que C. intentó escaparse del accionar policial (cfr. el acápite III

de este voto) y que algo ya se explicó en el anterior punto e.6.

A su vez, a ello debe sumarse lo que afirmé en el precedente "Monteros, Jonathan M. s/ robo" (causa N° 72.517/2013/TO1/CNC1, resuelta con fecha 13 de octubre de 2016 por la Sala 1ª de esta misma cámara de casación; registro N° 807/2016), por cuanto allí expliqué que "...el requerimiento fiscal de elevación a juicio constituye de este modo la plataforma sobre la cual, en principio, girarán los poderes de acción (entendidos aquí como requirentes) y de excepción (o sea de oposición a estos últimos), en cabeza respectivamente del acusador (en este caso público) y del acusado, a partir de los cuales se habilita asimismo el ejercicio de la jurisdicción, cuyo titular debe ser aquel tercero imparcial a quien llamamos "juez" (aquí, concretamente, el ya citado tribunal oral). Dicho esto, la mencionada configuración fáctica —contenida en el referido acto procesal incoado acá por el Ministerio Público Fiscal— que sirve de base para iniciar la instancia procesal conocida como "juicio oral y público" o "debate", no necesariamente debe permanecer inmutable a lo largo de todo el desarrollo que dicha fase del procedimiento debe transitar hasta desembocar en el dictado de la correspondiente sentencia. En efecto, por un lado sabemos, como bien "...dice con exactitud Beling, que es 'tarea de los acusadores' 'determinar el objeto de cada proceso, indicándolo en la acusación'. Solo con la promoción de la acusación existe 'un objeto concreto del proceso', cuya 'individualidad e identidad' resultan ser de gran importancia en relación al contenido de la sentencia y de su validez y en este aspecto dan solución a diversos problemas. A partir de la promoción de la acusación, el objeto del proceso penal es una determinada situación de hecho (fenómeno vital, suceso histórico), considerada bajo el punto de vista de si esa situación constituye una acción punible de una persona determinada" (Schmidt, Eberhard, "Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal", traducción castellana del Dr. José Manuel Núñez, Lerner Editora SRL, Córdoba, 2006, ps. 43 y 44...). Y por el otro, es verdad también que "como hemos expresado precedentemente, en la etapa preparatoria del juicio, se sustancia una pretensión que se va delimitando a través de la investigación, cuya conclusión, si encuentra mérito para ello, dará contenido al debate. La finalidad de esta etapa es saber si se va a acusar. Así la configuración de un hecho que se presume punible requiere de una investigación que, por un lado, guarde correspondencia o sea verosímil con el tipo penal descripto por la norma y, por el otro permita identificar algún o algunos sujetos como autores, cómplices, coautores o partícipes. Es necesario que exista coincidencia entre el objeto y la finalidad específica del proceso, representado el primero por la res iudicando (lo juzgable) y la segunda por la res iudicata (lo juzgado). De ahí que el principio de congruencia debe manifestarse en todas las etapas y entre estas y la sentencia definitiva. Para entender mejor qué se debe probar, es necesario conocer la petición del acusador oficial, esto es el objeto de su pretensión, ya que la prueba no puede apartarse de la proposición inicial del fiscal, más aún, si la ampliare deberá hacer conocer tal circunstancia al sujeto perseguido, de igual modo, si se configurase el supuesto de hecho diverso, se deberán dar todas las posibilidades de ejercicio efectivo de la defensa (arts. 381 y concs., CPPN)" (Ledesma, Ángela, "Objeto del proceso penal: momento en que se define", publicado en Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora, Nicolás F. D'Albora coordinador, Pedro Bertolino y Gustavo Bruzzone compiladores, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 1ª edición, Buenos Aires, 2005, p. 329)".

En consecuencia, en nada debe extrañarnos el hecho de que, producida la totalidad de la prueba durante la audiencia de juicio oral y público, el titular de la acción penal haya decidido efectuar algunos ajustes a la plataforma fáctica con la que inicialmente solicitó la realización de esa instancia procesal.

Y en lo tocante al restante aspecto novedoso aquí mencionado, tampoco constituye un factor que permita alterar las conclusiones explicadas a lo largo de todo este acápite; máxime cuando la misma defensa planteó en la referida audiencia que se trataba de un hecho desgraciado respecto al cual no discutía la participación de su asistido ni el empleo de su arma reglamentaria, sino cuáles habían sido las circunstancias en las cuales se produjo el disparo en cuestión y a título de qué debía atribuírsele dicho accionar.

i) Es por todo ello que entiendo debe ser rechazado este primer agravio en su totalidad.

VI. La calificación jurídica

a) Como ya se adelantó, la defensa del señor Naredo articuló un segundo cuestionamiento por medio del cual sostuvo que el encuadre jurídico aplicado al hecho que se tuvo por acreditado en la sentencia —esto es un homicidio agravado en razón de haber sido cometido por un miembro de las fuerzas de seguridad en abuso de sus funciones, ya que primero el nombrado apoyó la boca del arma y el martillo posicionado para el disparo en la cabeza de la víctima y luego jaló el gatillo— resultaba erróneo, lo que constituía un motivo más para recurrir dicha decisión en casación (cfr. el inciso primero del art. 456 del CPPN).

Ello así, dado que la resolución en cuestión no presentó una motivación basada en la realidad de los hechos ni en la prueba producida durante el debate (arts. 1°, 123 y 404, inciso segundo, del CPPN).

A los efectos de llevar adelante esta crítica, el recurrente formuló un total de cinco (5) líneas argumentales, las cuales fueron estructuradas del siguiente modo:

i) Que no se valoraron los treinta y nueve (39) llamados a la policía, la gran cantidad de móviles policiales que fueron desplazados hasta el lugar (extremo no investigado) ni lo dicho por los testigos concerniente al enfrentamiento que había entre patotas, circunstancia cuanto menos constitutiva de una riña con lesiones o de otro delito tentado o consumado, ya que se trataba de una pelea con lanzamiento de palos y botellas; de manera tal que —a diferencia de lo sostenido por el *a quo*— Naredo no realizó una aprehensión ilegal sin causa probable que justificara su accionar como policía.

ii) Que si bien se ha citado en la sentencia a la ley 23.950, allí se olvidan de señalar que tal legislación permite demorar la marcha de quien con su accionar se presuma que cometió o puede cometer un delito o una contravención.

En igual sentido, se subraya que también corresponde aplicar al caso el Código de Convivencia (sic) en lo relativo a posibles contravenciones y que C. huía de la policía, no obstante la reiterada voz de alto impartida.

Asimismo, la defensa también entiende que el fallo ha omitido considerar que la policía tiene que actuar conforme lo establece el primer párrafo del art. 183 del CPPN, ya que dicha norma consagra el deber de "...investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación"; razón por la cual se le confiere las atribuciones indicadas por el art. 184 de igual código ritual.

En consecuencia, en opinión del impugnante, el hecho de haber visto correr a dos (2) jóvenes, los cuales no tenían armas, por una calle cercana a la zona donde se había producido una incidencia constituye una situación objetiva que genera indicios de un comportamiento delictivo.

iii) Que es evidente la omisión en la valoración de todo el contexto en el cual se desarrollaron los hechos, en particular la existencia de enfrentamientos entre patotas que se agredían; lo que, por ende, provocó violencia, de manera tal que sí hubo una evidencia clara respecto a que algo estaba sucediendo, lo que se denotaba en la huida de estas dos (2) personas y su no acatamiento a la orden policial de detenerse.

iv) Que, por lo tanto, a partir de una inexistente y mutilada valoración de los hechos y de la prueba, se afirmó en la sentencia que no había pautas objetivas para aprehender a las personas que escapaban, de manera tal que se adoptó una decisión sobre la base de un dolo inexistente.

Se cita aquí el voto disidente en el cual se destacó la actitud asumida por el imputado con inmediata posterioridad al hecho, lo que daría cuenta que se trató de un disparo accidental, y lo manifestado en igual sentido por los testigos M. —quien aseguró que después del disparo el policía estaba como sorprendido—, A. —afirmó que tras oírse el tiro, el policía se agarró la cabeza y no podía creer que haya disparado— y R. —el cual indicó que escuchó al policía decir que se le escapó el tiro y que se sentó en el patrullero como arrepintiéndose de lo hecho—.

Así las cosas, en opinión de la defensa, del análisis efectuado en la sentencia en base a las declaraciones testimoniales y al peritaje surge que, a diferencia de lo sostenido mayoritariamente por el *a quo*, Naredo no actuó con dolo, sino que el hecho en cuestión se trató de un desgraciado accidente, ya que no existió ningún motivo para que procediera con ese dolo que fue fabricado por el tribunal de juicio en su sentencia gracias a la mutilación y a la omisión de diferentes elementos de prueba.

v) Que por último, precisamente en relación con el concepto de dolo, el recurrente efectúa una serie de precisiones adicionales, a partir de la mención de algunos doctrinarios y de ciertos precedentes jurisprudenciales.

Así las cosas, en primer lugar, cita mediante del profesor italiano Sergio Moccia, sostiene la necesidad de recurrir a elementos subjetivos (el coeficiente psicológico) de la conducta, a los efectos de alcanzar una consideración exhaustiva de lo realmente acontecido, puesto que (por ejemplo) el hecho de que alguien le dispare a otro sin alcanzarlo, en ausencia del sustento psicológico, puede dar vida a soluciones interpretativas bien diferentes. Es por ello que el dolo, como elemento de la figura penal que pretende aplicarse, debe ser claramente analizado y demostrado.

A continuación, en base a lo explicado por el profesor alemán Hans Welzel, recuerda que el dolo es el saber y el querer la realización del tipo, o sea la voluntad de su realización; su objetivo es la realización objetivada de un delito. Es por ello que existen también acciones dolosas en las cuales la voluntad de acción no está dirigida a la realización del tipo de delito, como sucede en las conductas socialmente adecuadas a la vida de relación; por lo que entonces se requiere la

voluntad de realización de la acción que el Derecho ha legislado como contrario a la sociedad.

Así las cosas, siempre en opinión del recurrente, en el delito doloso la voluntad de acción y el dolo son idénticos, de manera tal que el dolo —aquí alude a Maurach— no es más que la finalidad dirigida a la realización del tipo subjetivo. Por ende, para encuadrar dentro del tipo penal, la acción del sujeto necesita la voluntad de realización en el mundo de los elementos conceptuales que describen a la acción típica. Esa voluntad, entonces, debe coincidir con el dolo, con la intención del sujeto de hacer un hecho que sabe que es sancionado por el Derecho penal. Por ello, si la acción del sujeto tiene como consecuencia el resultado típico, esto no significa que se haya actuado con dolo. En consecuencia, acción y resultado se encuentran relacionados en el tipo penal, a través de un denominador común: el dolo, el saber, el conocer la existencia del tipo y, sin embargo, querer su plena realización, aunque sea en forma tentada.

A continuación, recordando lo dicho por el doctrinario argentino Marcelo Sancinetti, la defensa remarca que a partir del resultado los jueces razonan sobre la presunción del dolo, y que el tipo, la conducta del hombre pasa indudablemente por su interioridad; de modo que la intención de realizar una acción tiñe de subjetivo a todo el Derecho penal. Pero, contrariamente a ello, agrega el impugnante, el razonamiento a partir de los hechos es distinto porque el concepto de dolo es extendido hasta abarcar la realidad, lo que surge del caso penal y entonces ese concepto queda "atrapado" (sic) por un resultado disvalioso, quedando cubierto de tal manera que el resultado es demostrado por el concepto y no desde el concepto.

Así, con apoyo en las afirmaciones de García Morente y de Amar André, el recurrente indica que se retrotrae la realidad hacia el concepto y se conceptualiza en el tipo penal aplicado en el caso, quizás por la dificultad de probar el dolo o el elemento subjetivo del injusto, lo que no debería ser un obstáculo para tratar de lograrlo. Entonces —agrega la defensa— el concepto nunca es desplegado en el tipo penal, queda allí olvidado y es llamado en su forma conceptual, no real, desde el resultado de la acción.

Es por ello que la ponderación de los elementos probatorios es tan importante en la sentencia, dado que de la clara apreciación del hecho y de la prueba que lo debe respaldar, que se transcribe en la valoración de estos elementos, inciden de manera directa y potencialmente en la selección del tipo penal de la conducta o, en su caso, en su erradicación como hecho delictivo; de modo que, en la presente sentencia, la errónea y arbitraria valoración de la prueba, mutilándose y omitiendo lo que no ingresaba en su inconstitucional hipótesis de trabajo, trajo como resultado la aplicación de un tipo penal doloso que no puede ser aplicado.

Se invoca aquí jurisprudencia de la CSJN y de la entonces Cámara Nacional de Casación Federal (hoy, Cámara Federal de Casación Penal), por medio de la cual se afirma que se ha omitido la apreciación y el estudio global de la prueba testimonial, pericial y documental, con el fin de lograr que la tesis adoptada desde el comienzo de la sentencia cuando se elaboró el hecho que constituyó la materia de imputación se adecue al razonamiento que solo tendió a la condena del acusado.

Luego, cita mediante de García Maynez, el recurrente sostiene que los conceptos se dividen en total y parcialmente construidos; siendo los primeros las acciones legales, y los restantes nociones ajenas a la ciencia del Derecho (como hijo, casa, territorio, enfermedad, profesional, culpa, intención), compuestas por conceptos no jurídicos (por ejemplo, la medicina, la economía, la psicología, la antropología) e integrados por relaciones de superestructuras referidas a campos de conocimiento.

Así las cosas, el dolo, la intención, el resultado, son superestructuras que se derivan en conceptos específicos, tomados de otras ciencias o disciplinas, como la psicología, la sociología o la medicina, por lo cual aparecen estos conceptos llenos de sentido, porque pasan a través del hombre y se desconceptualizan para poder hacer la historia del suceso; derivándose inclusive en este tema la cuestión sobre si ha existido o no una intención, un dolo, un elemento especial del injusto, por realizar los elementos conceptuales del tipo demostrados en el caso.

Para el impugnante, ello implica que la noción de dolo como elemento del tipo no puede ser ignorada en una decisión sobre esta temática, la que debe ser analizada claramente desde una exacta valoración de la prueba existente y consecuentemente debe dar como resultado la existencia o no de un tipo penal determinado.

De igual manera, advierte que la presunción de inocencia del art. 18 de la CN debe ser caracterizada por la existencia real del delito y la culpabilidad del acusado, es decir por su intervención o participación en el hecho; además de que hayan pruebas: 1) reales, o sea con existencia objetiva y constancia procesal documentada en el juicio; 2) válidas, al estar de conformidad con las normas que las regulan, excluyéndose así la que ha sido practicada sin las garantías procesales esenciales; 3) lícitas, por lo que deben ser rechazadas todas las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; 4) suficientes, por cuanto es ne-

cesario la obtención de un resultado probatorio que alcance para fundar razonablemente la acusación y la condena, es decir que no basta la existencia de un principio de actividad probatoria, sino que se necesita un verdadero contenido inculpatorio en el que se apoye el órgano juzgador para formar su convicción condenatoria.

Finalmente, la defensa termina señalando —luego de recordar lo enseñado por Francisco Ricci en materia de prueba y citando más adelante lo dicho por la CorteIDH en el caso "García Asto", en lo que hace a la elaboración de los tipos penales y a la necesidad de verificar cuidadosamente la conducta ilícita— que en virtud del principio lógico de razón suficiente verdaderamente deben motivarse las sentencias; de manera tal que en el voto mayoritario de la decisión acá atacada no hay un estudio del dolo que se le adjudicó a su asistido: esto es, el elemento subjetivo consistente en realizar la acción típica prohibida, sino que la sentencia contiene una valoración arbitraria de la prueba y, desde allí, se deriva la aplicación de una acción dolosa que nunca ha existido.

Es que Naredo no ha actuado con la intención de matar a la víctima, sino que se trató de un mero accidente o, en el peor de los casos, de una conducta subsumible dentro del art. 84 del CP, tal y como lo especificó el juez de grado Anzoátegui en su respectiva disidencia.

b) Luego, ante esta cámara, como ya se indicó en las resultas, el recurrente sí efectuó una presentación en términos de oficina, aunque en ella no realizó ningún señalamiento puntual en lo tocante a este agravio.

c) Luego, durante la audiencia celebrada ante esta instancia, el abogado Stefanuolo remarcó que disentía con la calificación legal asignada a su defendido por el tribunal oral, e hizo referencia al voto minoritario contenido en la sentencia aquí impugnada. Es que, en su opinión, lo importante para distinguir bien estas situaciones pasa por verificar si el dolo de Naredo se encuentra o no acreditado.

En efecto, lo que se discute acá —dice el mencionado letrado— es el dolo del homicidio, ya que no hay una única versión sobre el hecho y, por ende, tiene que otorgársele preeminencia a aquella que sea más favorable para el acusado.

En tal sentido, se subraya que existen circunstancias divergentes en el expediente que permiten sustentar esta última opción, tal y como lo destaca el juez Anzoátegui en su disidencia. Es por ello que no es posible sostener que los hechos hayan ocurrido de una única y determinada manera.

Finalmente, se recuerda que en dicho voto no se valoró el monto de pena, al haber quedado en minoría; solicitándose que se la tenga por compurgada en virtud de la prisión sufrida hasta el momento por su asistido.

Que en definitiva, la pena justa a imponer es la establecida por el art. 84 del CP, toda vez que en opinión del impugnante ha existido aquí una violación al deber de cuidado, cometido por el nombrado al haber sacado su arma en el marco de estos sucesos.

d) Como se acaba de ver, la defensa del condenado articuló un segundo agravio a través del cual objetó la calificación legal asignada a la conducta desplegada por su asistido, en virtud de lo cual solicita que se considere al mencionado disparo como meramente accidental o, en su defecto, como constitutivo de un homicidio culposo en los términos del art. 84 del CP.

e) Inicialmente, la crítica fue incoada por medio de cinco (5) ejes argumentativos, de modo tal que corresponde ir abordando cada uno de ellos para brindar una respuesta acabada a todos y cada uno de los cuestionamientos que ha recibido en este sentido la sentencia bajo examen.

1) Que Naredo no realizó una aprehensión ilegal sin causa probable que justificara su accionar como policía, ya que el *a quo* no tuvo en cuenta para ello los treinta y nueve (39) llamados realizados a la policía, ni la gran cantidad de móviles policiales que fueron desplazados hasta el lugar, ni tampoco lo dicho por los testigos concerniente al enfrentamiento que había entre patotas; circunstancia cuanto menos constitutiva de una riña con lesiones o de otro delito tentado o consumado, ya que se trataba de una pelea con lanzamiento de palos y botellas (vid. el punto a.a de este mismo acápite).

En relación con este planteo, en primer lugar debo remarcar acá que en el punto e.4 del acápite anterior recordé que el tribunal de juicio sí tuvo en cuenta cuál había sido la causa que motivó la presencia —entre otros— del agente Naredo y que no es posible encajar este extremo fáctico dentro del contexto específico en el cual ocurrió el disparo mortal; ya que si bien es verdad que Naredo llegó a la zona en virtud de los disturbios que allí estaban ocurriendo, lo cierto es que cuando se produjo la persecución y la posterior aprehensión de C., no había en ese sitio ningún tumulto ni tampoco se estaban produciendo peleas con palos y botellas.

Es que en el acápite VI del voto emitido por el magistrado Magariños sí se consideró a la mencionada incidencia, aunque claro está se le otorgó un alcance bien diferente al pretendido por la defensa.

En efecto, allí se indicó textualmente que "...el mero hecho de ver a dos jóvenes, desprovistos de toda clase de armas o de cualquier otro tipo de elemento lesivo o contundente, correr por la calle, en una zona cercana a aquella en la que, conforme las modulaciones del comando radioeléctrico, habría tenido lugar una "incidencia", no constituye una situación objetiva que a un hombre de prudencia racional pueda generarle indicios o sospechas vehementes respecto de la realización, por parte de esos sujetos, de un comportamiento delictivo o contravencional. El ver a dos personas correr en la madrugada por la calle —alejándose de la zona de supuesta ocurrencia de una incidencia— es por demás insuficiente para originar la sospecha de que esos individuos estarían por cometer, o habrían ejecutado, un hecho prohibido. Y, al respecto, corresponde destacar que, más allá de que la mera corrida practicada por los nombrados no permitía por sí vincularlos con el suceso por el cual fueron los policías desplazados, tampoco tuvieron motivo alguno ya para presumir que esos sucesos se referían a la comisión de un delito o contravención, pues, nuevamente, la modulación que ellos recibieron fue por "incidencias" en la zona y, de acuerdo a lo manifestado en la audiencia de debate por el propio oficial Moreyra, ello no significaba, necesariamente, la comisión de un delito, sino que, el término "incidencia" es utilizado cuando no se conoce, si se trata de meros disturbios, de una contravención, o de un delito. En síntesis, la plataforma fáctica verificada en el caso en modo alguno constituía una "causa probable" o indicio vehemente de la comisión, por parte de los jóvenes, de un accionar ilícito. En consecuencia, resulta por demás evidente que la aprehensión practicada, que culminó con la muerte de J. C. C., no se enmarca dentro de las facultades que la ley procesal vigente otorga a las fuerzas policiales para la realización de una detención sin orden judicial, y que se trató, lisa y llanamente, de un actuar funcional ilegal".

Por lo demás, el recurrente hace hincapié en el alto número de comunicaciones telefónicas producidas esa noche, así como también en todo el desplazamiento policial que motivó la situación, la cual habría consistido en una serie de enfrentamientos entre patotas con palos y botellas que podrían haber configurado algún ilícito; olvidando al mismo tiempo que la persona que acompañaba a su defendido en el operativo, esto es el señor Moreyra (quien entonces revestía la calidad de oficial de la PFA), no solo reconoció de manera expresa en el debate que cuando se emplea el término "incidencia" se hace referencia a una situación respecto a la cual no se conoce de antemano cuál es el asunto en el que deberá intervenirse, aludiéndose así y por lo general a disturbios que no implican necesariamente la comisión de un delito, pues de lo contrario no se emplea dicho término, sino que nunca hizo referencia a que tuvieran conocimiento de la existencia de dichos enfrentamientos o del número de llamadas telefónicas recibidas y de patrulleros que fueron convocados al lugar (cfr. el acápite II de la ponencia desarrollada por el juez Magariños).

Asimismo, si bien es cierto que el citado testigo declaró no solo haber visto que dos (2) sujetos de sexo masculino corrían y que detrás de ellos otros individuos también corrían, los señalaban y decían "son ellos" (sic), tal y como lo señala en su disidencia el magistrado Anzoátegui, lo cierto es que el mismo Moreyra aclara a continuación que "...él no sabía qué era lo que pasaba, pero que los dos sujetos corrían por delante de otro automóvil que se hallaba frenando en el semáforo, adelante del móvil policial"; por lo que entonces resulta indubitable que, para el propio agente policial actuante, no era clara la configuración de las circunstancias legalmente habilitadoras para una persecución y posterior aprehensión de esos dos (2) sujetos (sobre ello, consúltese lo que se explica en el siguiente punto), a la luz justamente de lo explicado al inicio de su propia declaración cuando hizo referencia al término "incidencias" empleado aquella noche (vid. de nuevo el acápite mencionado en el párrafo anterior).

En consecuencia, advierto entonces que el impugnante pretende dar por acreditado como conocimientos en cabeza de su ahijado procesal una serie de informaciones que el nombrado Naredo realmente desconocía al momento de tomar intervención en los hechos materia de juzgamiento, porque precisamente su compañero en esa prevención policial (esto es, Moreyra) reconoció en su declaración testimonial no conocerlas.

De allí que no pueda evaluarse su accionar a la luz de todo aquello pues, como ya se ha dicho, tales extremos no se configuraron en el momento y lugar puntuales cuando ocurrió su actuación, ni tampoco formaban parte de su conocimiento personal al momento de su actuación.

2) Que existieron razones para proceder a la persecución y a la detención de R. y de C. en virtud de haberse configurado una circunstancia objetiva que generó indicios de un comportamiento ilícito (cfr. la ley 23.950, el Código de Convivencia —sic— y los arts. 183 y 184 del CPPN), a lo que debe sumarse el hecho de que los nombrados huyeron de la policía a pesar de la reiterada voz de alto impartida (punto a.ii).

Respecto a este punto, primeramente debo decir que se trata de una crítica carente de fundamentación, por cuanto si bien el recurrente señala la existencia de una supuesta situación habilitante para el accionar policial aquí desarrollado, lo cierto es que no expresa los motivos en virtud de los cuales considera

errónea la argumentación brindada en esta materia por el *a quo* y que ha sido transcripta en el apartado inmediatamente anterior.

Dicho en otros términos: se denuncia la existencia de legitimidad en la conducta de su defendido, extremo que fue rechazado por la mayoría del tribunal a cargo del debate, pero no se aportan en esta instancia razones para rebatir y refutar lo expresado por dicha judicatura.

En tal sentido, efectivamente el art. 1° de la citada legislación indica que el agente policial, fuera de los casos establecidos en el Código de Procedimientos en Materia Penal (o sea, cuando medie el arresto del art. 281 o la detención sin orden judicial del art. 284, ambos del CPPN), no podrá aprehender a las personas sin mandato de juez competente, salvo que existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad; en tanto que la Ley de Procedimiento Contravencional —ley N° 12— (y no el "Código de Convivencia" como afirma el defensor) solo permitía en ese entonces la llamada "coacción directa" o "aprehensión" cuando se debía hacer cesar una conducta de flagrante contravención, en la cual la persona seguía persistiendo no obstante la advertencia que se le dirigió en sentido contrario, de modo tal que se termine así el daño o el peligro que surge de ella (cfr. sus arts. 18, inciso a, y 19).

Sin embargo, como ya se explicó antes (vid. el punto e.1 de este mismo acápite), en el presente caso no se configuraron motivos suficientes como para sospechar en forma fundada que C. pudiese haber cometido en forma previa un delito o una contravención, y mucho menos que estuviesen realizando ello al momento de la llegada de Naredo; por cuanto la policía había sido convocada a raíz de la presunta comisión de disturbios, y no puntualmente por la ejecución de alguna clase de delito, resultando inexistente todo otro signo que diera cuenta de semejante presunción, ya que tanto la víctima como R. estaban simplemente corriendo, alejándose así de la zona donde se habían cometido los mencionados disturbios. Todo esto, máxime las afirmaciones brindadas por el testigo Moreyra durante el debate, cuya declaración se analizó antes.

Es que el primer párrafo del citado art. 281 establece que, "[c]uando en el primer momento de la investigación de un hecho en el que hubieran participado varias personas no sea posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la instrucción, el juez podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí antes de prestar declaración y, aún ordenar el arresto si fuere indispensable"; mientras que su art. 284 dispone que "[l]os funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial: 1°) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo. 2°) Al que fugare, estando legalmente detenido. 3°) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y 4°) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad. Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, inmediatamente será informado quien pueda promoverla, y si este no presentare la denuncia en el mismo acto, el detenido será puesto en libertad".

Por lo demás, si bien el art. 183 del CPPN —invocado por la defensa en su recurso de casación— consagra como funciones a cargo de la policía las de "...investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación"; lo cierto es que el inciso octavo de la norma siguiente —también citado por esa parte en dicha presentación-taxativamente señala que sus miembros podrán "[a]prehender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autoriza...", de manera tal que remite en última instancia a los artículos reseñados en el parágrafo anterior.

Finalmente, en nada altera esta falta de configuración en los requisitos legales indispensables para dotar de legitimidad al accionar policial el hecho de que efectivamente la víctima no haya detenido voluntariamente su corrida frente a la advertencia policial; por cuanto el problema aquí es que la conducta policial previa, la cual motivó esa advertencia posterior mientras se está produciendo la persecución, adolecía de una nítida falta de signos que permitieran hacer presumir a Naredo en forma razonable y fundada que estaba frente a la posibilidad de que C. ya había cometido un delito y, consecuentemente con ello, que se encontraba legalmente habilitado para detenerlo.

Expresado en otros términos: no puede alegarse el no acatamiento de la directiva policial como un indicio de culpabilidad, cuando previamente no existieron razones para dar inicio a la persecución en cuyo marco se le ordena concretamente a C. que pare de correr. De lo contrario, se justificaría todo accionar policial que, iniciado de forma irregular, produzca luego potenciales elementos habilitantes de la men-

tada conducta para la cual no existían desde el inicio razones legales para su puesta en marcha; lo que constituiría, lisa y llanamente, un razonamiento engañoso para burlar las propias y expresas disposiciones legales reguladoras de esta materia.

3) A continuación, el recurrente vuelve a quejarse de una supuesta omisión en la sentencia, relativa al contexto que motivó la convocatoria de su defendido; marcado por el enfrentamiento entre patotas que se agredían, por la huida de R. y de C. y por su no acatamiento a la orden policial de detener sus respectivas marchas (punto a.iii).

Sin embargo, nada se agrega aquí a lo antes planteado, de manera tal que corresponde estar a lo ya explicado en los dos (2) apartados previos de este mismo acápite.

4) Que con posterioridad, la defensa afirma que hubo una valoración fragmentada de los hechos y de la prueba, por cuanto se afirmó en la sentencia que no habían pautas objetivas para detener a C. y no se tuvo en cuenta —tal y como sí lo hizo el magistrado de grado que votó en disidencia, Anzoátegui— las declaraciones de los testigos M., A. y R., en las cuales se da cuenta de un arrepentimiento, de un descreimiento y de una sorpresa en la actitud asumida por Naredo, quien asimismo habló de un disparo accidental; todo lo cual indicaría la inexistencia de una conducta dolosa y más bien la configuración de un desgraciado accidente (punto a.iv).

Así las cosas, la denunciada falta de valoración integral de la prueba incorporada al debate fue objeto de tratamiento a lo largo de todo el acápite V de este voto, por lo que entonces doy por reproducidas aquí todas esas consideraciones en virtud de las cuales se rechazaron los planteos de la defensa tendientes a derribar el razonamiento seguido por el *a quo* en dicha materia.

Lo mismo debo decir, aunque afincado en los motivos que he expuesto en las secciones anteriores que integran el presente acápite, respecto a la supuesta existencia de pautas objetivas en razón de las cuales Naredo estaba habilitado legalmente a detener a C.

Es que de nuevo se imponen sendos rechazos atenta la motivación allí desarrollada, y dada la ausencia de nuevas razones que me conduzcan a tener que revisar los criterios antes fijados.

Finalmente, la mención efectuada por los citados testigos efectivamente da cuenta de la actitud que, con posterioridad al disparo mortal, tuvo el acusado; la que en sí mismo no altera la configuración dolosa que tuvo por acreditada el juez Magariños en el acápite V de su ponencia, por cuanto ahí se concluye correctamente que "...tampoco existen dudas respecto de que el acusado no padeció error alguno, sino que obró con pleno conocimiento, actual y cierto, de cada una de las circunstancias objetivas constitutivas del tipo penal aplicable".

Es que la sorpresa, el descreimiento y/o el arrepentimiento son todos sentimientos que vivenció efectivamente Naredo luego del hecho en cuestión, pero que justamente se refieren a la reacción que sufrió el nombrado después de su accionar y que, como tales, no son indicativas de que su conducta previa no haya sido dolosa en los términos antes expuestos.

Esto último, con independencia de que probablemente no sea "...ésta la actitud habitual de un asesino..." (sic), tal y como señala el juez Anzoátegui en su disidencia; pues en nada afecta dicha conclusión la forma como eventualmente y, según él, en la mayoría de los casos se comportan quienes matan a otra persona.

Es más: el arrepentimiento conlleva un lamento por algo que se hizo antes y con conocimiento. Y si bien la sorpresa implica alterarse por algo imprevisto o inesperado, lo es respecto al resultado obtenido y no en lo que hace a la conducta desplegada anteriormente. Por lo demás, la mentada incredulidad también se vincula al desenlace provocado y no así al accionar previo.

En consecuencia, tampoco se escoge aquí la opción más perjudicial entre dos (2) interpretaciones posibles, según lo indicó el mencionado magistrado de grado, sino que se ha analizado el alcance que a tales expresiones hay que concedérselas a la luz del cuadro probatorio global restante producido durante el debate.

5) Por último, el recurrente desarrolla una secuencia de consideraciones en torno a lo que, de acuerdo con su criterio, debe entenderse por dolo (punto a.v).

Si bien se trata de una serie de conceptualizaciones variadas y procedentes de una diversidad de autores y/o de corrientes doctrinarias que a veces se muestran diferentes entre sí, en lo que hace a sus fundamentos sobre el Derecho penal, las que además son presentadas como desprovistas de toda referencia puntual en lo que hace a los hechos del presente objeto procesal, como si se tratara entonces de una monografía, lo cierto es que en líneas generales son afines a una noción sobre el dolo de tipo ontológica, naturalista y con prevalencia en el elemento volitivo, la cual no es compartida actualmente por las corrientes más modernas y dominantes de la dogmática nacional y alemana, ni tampoco por el suscripto.

En efecto, al igual que el *a quo*, considero fundamental para definir al dolo el hecho de que el autor actúe con conocimiento cierto y actual de todas y cada una de las circunstancias constitutivas del tipo penal objetivo consagrado por el inciso noveno del art. 80 que pertenece al CP; extremo que el recurrente no ha podido rebatir, según se ha visto, a través de ninguno de sus planteos oportunamente incoados.

Por lo demás, es ilustrativa de esta posición mi voto emitido en el precedente "Badin, Maximiliano C. s/ robo en tentativa", causa N° CCC 9557/2015/TO1/CNC1, rto. el 14/05/2019 por la Sala 1ª de esta cámara (Reg. N° 557/2019), ya que allí señalé que "...el dolo es algo que se imputa a quien sabe lo que hace". Y por eso mismo, "...en el dolo eventual lo eventual es el resultado y no el dolo; cuyo contenido material no difiere del dolo directo, siendo de caracterización esencialmente valorativa".

En consecuencia, entiendo que la posición adoptada por el tribunal oral en esta materia ha sido la correcta y luce absolutamente fundada, sin que la defensa haya aportado razones que me conduzcan a tener que revocar en este punto la sentencia impugnada y rever entonces mi postura en lo tocante a esta problemática.

f) Como ya se vio, durante la presentación efectuada en términos de oficina, el recurrente hizo hincapié en la presunta falta de acreditación de los extremos fácticos de la decisión adoptada por el tribunal de grado, lo que mereció tratamiento en el apartado g) del acápite anterior, sin presentar en dicha oportunidad mayores especificaciones en torno a la calificación legal; por lo que nada debo agregar aquí.

g) Finalmente, en la audiencia celebrada ante esta cámara, el defensor Stefanuolo remarcó que existen circunstancias divergentes y, consecuentemente con ello, que no hay una única versión sobre el hecho; motivo por el cual debe otorgársele preeminencia a aquella que sea más favorable para el acusado, tal y como hizo el juez Anzoátegui en su disidencia.

Sin embargo, no puede compartirse la posición sostenida por este último magistrado, toda vez que ella se encuentra anclada en una valoración diferente de la prueba, particularmente en lo que hace a las percepciones de los testigos A. y M. acerca del sentido de lo que estaba pasando frente a sus ojos, lo cual ya se ha descartado a lo largo de todo el acápite anterior de este mismo voto y en el punto e.4 inmediatamente anterior; y en una concepción del dolo diferente a la aquí defendida, centrada en la idea del elemento volitivo, el cual habría estado ausente en la conducta desplegada por el acusado.

Así las cosas, frente a este panorama y no habiendo el impugnante aportado en dicho acto procesal nuevos elementos que permitan socavar la fundamentación expuesta hasta el momento, es que corresponde entonces rechazar también este último planteo de la defensa.

h) Que en síntesis, a la luz de todas las razones desarrolladas a lo largo de este acápite, entiendo que tampoco deberá acogerse este agravio.

VII. Nulidad de la revocación de la excarcelación y del dictado de la prisión preventiva, ordenados ambos en la sentencia condenatoria

a) El recurrente también solicitó, sobre la base de una serie de consideraciones relativas a los arts. 312, 316, segundo párrafo, 317, inciso primero, y 333, todos del CPPN, a lo que sumó también algunas normas de rango constitucional y ciertas citas de doctrina, que se case el segundo punto dispositivo de la sentencia dictada por el tribunal oral, por entender que resultó contrario a lo establecido en dichas disposiciones y a la interpretación que de ellas vienen realizando diferentes judicaturas nacionales e internacionales; resaltándose en igual sentido, y en forma adicional como principal argumento, que su defendido siempre estuvo a derecho, por lo que no existía ningún peligro de fuga.

b) Dicho esto, advierto que conforme surge correctamente de las resultas, las circunstancias que originaron inicialmente el dictado de la medida cuestionada mediante el citado recurso de casación cambiaron diametralmente al producirse la rebeldía del señor Naredo, por cuanto ello implicó lisa y llanamente la materialización del peligro de fuga que precisamente el mencionado tribunal oral tuvo en cuenta al momento de dictar su sentencia para revocarle la excarcelación al nombrado, lo que motivó después la formación de un incidente por medio del cual dicha parte buscó dejar sin efecto esa orden de captura, pedido que finalmente fue rechazado; de manera tal que la mencionada orden de captura no perdió vigor hasta que finalmente el condenado en primera instancia se presentó voluntariamente con la finalidad de volver a estar nuevamente a derecho (cfr. a este respecto las fs. 986/988).

c) Así las cosas, las razones que oportunamente condujeron al impugnante a incoar este agravio han transmutado en razón de lo dicho en el punto anterior y de lo reseñado en las resultas, por lo que entiendo ha devenido abstracto el abordaje de este agravio a la luz no solo de la rebeldía producida en autos, sino también de las posteriores decisiones jurisdiccionales que confirmaron la actuación realizada a este respecto por el *a quo*; amén de la confirmación que aquí se

propone de la condena a prisión perpetua dictada en contra de Naredo e impugnada por su defensa.

Es que si se repasa todo este planteo se advierte fácilmente que ha girado en torno a la interpretación que debería haberse realizado, en opinión del impugnante, de lo dispuesto por el art. 333 del CPPN, el cual habilita la revocación de la excarcelación "...cuando el imputado no cumpla las obligaciones impuestas o no comparezca al llamado del juez sin excusa bastante o realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan su detención"; por lo que deviene palmario al día de hoy, y en virtud de lo antedicho, que finalmente tales requisitos se terminaron configurando en su totalidad, de modo tal que poco puede agregarse a este fin.

d) En definitiva, considero que también corresponde rechazar el presente agravio.

VIII. Que en virtud entonces de las consideraciones antes expuestas, es que propongo a mis distinguidos colegas de sala rechazar íntegramente el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada en un todo; con costas, atento el resultado del presente trámite (arts. 456, 457, 470, 471 —los dos últimos a contrario sensu—, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Sarrabayrouse* dijo:

1. Con relación al primer agravio expuesto por la defensa de Naredo, que cuestiona la valoración probatoria en la sentencia, adhiero al voto del juez Horacio Días por compartir su meduloso análisis y las conclusiones a las que arriba (punto V).

Tal como dije en los precedentes "Taborda" (1), "Marchetti" (2), "Castañeda Chávez" (3), "Guapi" (4), "Fernández y otros" (5) y "Díaz" (6) (entre muchos otros), la consistencia de la duda no se justifica en sí misma, sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y, a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.

En este caso, de acuerdo con el examen del juez que ha votado en primer término (que, reitero, acompaño), no advierto elementos que permitan afirmar que la argumentación y las inferencias realizadas por los jueces del tribunal de mérito que conformaron la mayoría conduzcan a dudar razonadamente sobre la participación de Naredo en el hecho del modo en que se consideró acreditado, como para justificar la aplicación del principio in dubio pro reo reclamado en el recurso.

En efecto, en ese voto de la sentencia se ha efectuado una valoración correcta de la prueba producida en el debate, concretamente los dichos de los testigos presenciales Á. M. y A. A., del amigo de la víctima F. R., y del policía Moreyra que acompañaba al imputado prestando funciones esa madrugada; quienes "...permitieron establecer las circunstancias de modo tiempo y lugar en que transcurrió la persecución que finalizó con la muerte de J. C." (p. 52 del fallo).

En lo que atañe a las presuntas contradicciones de los tres primeros entre sus manifestaciones en el juicio y sus declaraciones en la investigación preliminar, en primer lugar, los jueces han explicado específicamente los motivos por los que descartaban las versiones anteriores (se hallaban contaminadas por haber sido brindadas en la dependencia policial donde se desempeñaba el acusado, pese a la orden contraria del juez de instrucción, y tomadas de forma conjunta, es decir, declararon a la manera de un diálogo; cfr. ps. 51/52) e indicaron las razones por las cuales destacaban el relato espontáneo en el juicio, al margen de ciertos titubeos o falta de precisión posteriores al ser confrontados con lo asentado en las actas de la instrucción; fundamentos todos que considero razonables, dadas las particularidades que rodearon la producción de esta prueba. En este aspecto, vale recordar lo dicho en el precedente "Escobar" (7), citado luego en casos como "Canto Bordón" (8), "Cañete" (9), "Basualdo" (10) y "Saettone" (11), en cuanto a que no debe otorgarse preeminencia a lo sucedido durante la instrucción por encima de lo ocurrido en el debate, etapa del proceso en que los testigos declaran ante el tribunal y con el control de las partes, rodeados de las garantías de la publicidad y la inmediación. Como añadí en "Segovia" (12), lo relevante es lo que ocurre en el debate, porque de lo contrario se lo convierte en una mera reiteración de lo sucedido en la instrucción, patología que las recientes reformas procesales intentan superar. Es que la etapa preparatoria es justamente eso: la reunión de elementos de prueba que luego se producirán en el juicio oral (y público). Y aquí, en definitiva, en el debate los testigos se expidieron sobre todo aquello que recordaban, conforme se resaltó en el voto de la mayoría.

Cabe aclarar que el punto es relevante y repercute directamente en la calificación legal del suceso (que será analizado luego), pues la versión brindada en sede policial por aquellos testigos (particularmente en cuanto a la existencia de un forcejeo y su mecánica) fue utilizada para abonar la hipótesis de un homicidio culposo sostenida en el voto en minoría y recogida en el recurso de la asistencia técnica, como se verá más adelante.

Los jueces de la mayoría destacaron también otras pruebas. Las declaraciones de los testigos L. B. y M. B. T. (vecinos del lugar del hecho que presenciaron el procedimiento de toma de rastros, y el primero incluso oyó el disparo con anterioridad), la partida de defunción respectiva, el informe de autopsia, la declaración testimonial del médico forense Konopka prestada en el debate y la pericia balística comparativa agregada de fs. 443/480; todo lo cual daba cuenta de la circunstancia de que C. falleció como consecuencia de un disparo en la cabeza efectuado por el acusado con su arma reglamentaria, cuya proyección comenzó en el sector occipital derecho del cráneo y egresó por la región temporal izquierda y cuya trayectoria fue de derecha a izquierda y de arriba hacia abajo. En la misma dirección sumaron al análisis el acta de secuestro de la pistola, el informe de inspección ocular y toma de rastros (que determinó la existencia de una impronta en la persiana de chapa del local sito en Av. Independencia 3275) y los dichos de los peritos balísticos que suscribieron el informe pericial de fs. 512/529: Iseas, Lastretti, Paniagua y Balbi, quienes coligieron que la distancia del disparo fue corta, "con la boca del arma apoyada en forma firme o floja" en la gorra que llevaba puesta el damnificado, y que la posición más probable de este era semiagachado al momento del disparo en relación con el acusado (pese a que pudieran existir variantes menores).

Con respecto a los planteos de la asistencia técnica en torno a esta prueba, amén de las explicaciones minuciosas efectuadas en el voto que lidera el acuerdo y al que adhiero, vale añadir lo dicho en precedentes como "Paredes" (13) y "Benítez Martínez" (14) en cuanto a que la actividad de los peritos no es de por sí vinculante, sino que está sujeta a la valoración de los jueces y su fuerza persuasiva dependerá de sus fundamentos y su relación con las conclusiones a las que arriban. En esta inteligencia, aquí cobran valor los fundamentos de la sentencia en cuanto a que la posición de Naredo y C. surgida de la prueba objetiva ponderada no solo era la más probable científicamente sino la que se condecía con lo observado por testigos que se hallaban en el lugar del hecho en ese momento.

A través de todas estas pruebas, los jueces Magariños y Jantus consideraron acreditada la responsabilidad de Naredo y descartaron su hipótesis (contrariamente a lo sostenido por la defensa, que adujo falta de análisis de su versión), que apuntaba a un disparo accidental en el marco de un forcejeo, luego de que su arma se cayera al piso y ambos se agacharan a recogerla mientras se la disputaban, "...pues, al contrario, todo lo constatado evidencia una actuación deliberada del imputado..." (p. 61). En esa línea añadieron que el arma utilizada era de simple acción, con lo cual demandaba necesariamente dos movimientos para efectuar un disparo (montar el martillo y presionar el gatillo; o bien desplazar la corredera hacia atrás y oprimir la cola del disparador) e incluso era de funcionamiento anormal, es decir que "...algunas veces...requería del despliegue de una fuerza más intensa que la normal para accionar la corredera..." (p. 62). Todo ello —destacaron— desechaba por completo la hipótesis de que el arma se hubiera disparado accidentalmente; y aclararon que ninguna de las conjeturas que debían ocurrir para posibilitar que el arma se montara fortuitamente se había verificado en el caso (según ya repasó el juez Días): "...no existió caída del arma al piso, ni un forcejeo entre la víctima y el acusado consistente en una disputa del arma..." (p. 63).

Sobre este último punto, cobra relevancia la valoración efectuada de dichos de los testigos presenciales respecto del mentado forcejeo. Según consideraron los jueces que integraron la mayoría, el testigo M., "...si bien refirió haber visto un forcejeo, precisó que, en rigor, se refería a que la víctima quería escapar, quería soltar su brazo de la mano con que Naredo lo había tomado, pero que el policía lo dio vuelta y se escuchó el disparo..." (p. 64). Paralelamente, la testigo A. "...no relató nada vinculado a un forcejeo entre ambos, sino que describió el modo en el que el acusado blandió la pistola en dirección a la cabeza de la víctima cuando se oyó el disparo. Y reprodujo cómo Naredo le dirigió a C. la pistola a su cabeza, en un movimiento de arriba hacia abajo, y añadió que luego se escuchó el disparo..." (misma p. 64). Luego, conforme sostuvo también el fiscal general al alegar, indicaron que era cierto que los testigos habían expresado que el arma se habría disparado sin intención, pero ello fue, tal como expresaron, "...dado que la situación no ameritaba en absoluto una conducta adrede por parte del personal policial..." (p. 43); e incluso por esta razón A. "...pensó que el movimiento estaba destinado a pegarle con la culata del arma..." (ps. 43 y 64 citadas). Estas apreciaciones tendrán incidencia, como ya se adelantó, en la calificación jurídica asignada.

Finalmente, solo resta aclarar que los restantes reclamos de la parte recurrente sobre la valoración probatoria (incluidos los introducidos en la audiencia celebrada en esta instancia), que versan sobre la lesión en el dedo que padeció Naredo, su actitud posterior según los dichos del testigo R. (que decía que "se le escapó un tiro" y que se sentó en el patrullero, arrepentido de lo ocurrido), la existencia de treinta y nueve llamados a la policía por disturbios esa noche, la ausencia de una reconstrucción del hecho, el resultado del dermotest y las variantes que introdujo el titular de la acción pública en la plataforma fáctica (sobre la clase de resistencia desplegada por parte de la víctima), no logran conmover las inferencias de los jueces que integraron la mayoría ni controvertir sus conclusiones sobre la materialidad del suceso tal como se conside-

ró acreditado y la participación de Naredo en él (cuestiones ampliamente analizadas en el primer voto de este acuerdo). En definitiva, no aprecio que el razonamiento de la sentencia recurrida sea arbitrario o que presente otra clase de vicios o errores.

En virtud de lo expuesto, coincido con el juez Días en rechazar el primer agravio.

2. Acerca de los planteos de la asistencia técnica dirigidos a cuestionar la calificación legal asignada, muchos argumentos reposan en cuestiones de índole probatoria que, como ya se vio en el punto anterior, fueron abordadas adecuadamente por los jueces que conformaron la mayoría. De todos modos y por lo demás, adhiero a las conclusiones del juez Días (punto VI), con las siguientes aclaraciones. Además, puntualizo que, en verdad, de manera genérica, la defensa cuestiona la subsunción del caso en el art. 80, inc. 9°, CP (ver fs. 924/930 de su recurso) lo que obliga a tratar tanto el dolo del homicidio como la aplicación de la agravante en cuestión, con el fin de garantizar una amplia revisión de la sentencia de condena.

a. En las causas "Paulides" (15), "Espínola Cañete" (16), "Gómez" (17), "Mejía Uriona" (18), "Díaz y Bergara Pérez" (19) y "Martinero" (20) sostuve en relación con el dolo que su discusión lleva dos siglos "... dando vueltas sobre sí misma...", según la feliz expresión de Günther Stratenwerth en un trabajo suyo de 1959 (21).

En las últimas décadas los autores han alcanzado cierto grado de consenso pues, en realidad, el origen de todas las discrepancias sobre la cuestión del dolo obedece a un problema básicamente terminológico. De esta manera se alcanzan soluciones idénticas para la mayoría de los casos, lo que indica un acuerdo sobre el núcleo de la cuestión (22).

En cuanto al concepto de dolo señalé que el profano asocia normalmente dolo con intención, incluso con mala intención; ello sin embargo es muy discutido —y mayoritariamente rechazado— en la ciencia. Cada vez con mayor fuerza, en la doctrina prima la idea de que la intención, entendida estrictamente como "voluntad incondicionada de realizar el tipo penal" (23), o bien juega un papel secundario en el concepto de dolo o bien no juega ninguno (24). En este sentido se ha dicho que: "...El autor actúa con dolo si y solo si al actuar se representa las circunstancias que integran el tipo objetivo de una ley penal, esto es, si se representa los elementos constitutivos de una conducta definida como prohibida por el derecho..." (25).

En España y Alemania el contenido del dolo se fija a partir de la regulación legal del error (art. 14.1 del Código Penal español de 1995 y § 16.1 del alemán): el dolo deberá implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción. Así, mayoritariamente se reconoce que el dolo implica conocimiento y algo más: conocimiento y querer (26), aunque el elemento volitivo difiere de la voluntariedad de la acción. La voluntad como elemento del dolo toma como punto de referencia los elementos que integran el tipo penal: quien mata de un tiro en la nuca quiere, por regla general, causar un resultado de muerte, no quien mata a alguien a consecuencia de un descuido. Sin embargo, los trabajos más recientes sobre el tema avanzan en definir al dolo solo como conocimiento y apuntan a una concepción normativa o, con más precisión, como una propiedad normativa que caracteriza a casos (27).

Por mi parte considero que, con independencia de la concepción del dolo, la cuestión fundamental es cómo se prueba, esto es, aquella corriente que analiza esta cuestión desde la perspectiva procesal del problema. Entre los autores que siguen esta línea pueden citarse tres: Joachim Hruscka y Klaus Volk en Alemania; y Ramón Ragués I Vallès en España (28); asimismo, en nuestro país y en esta dirección puede citarse la investigación de Mario Laporta (29). Según estos autores, la discusión del concepto de dolo no puede desprenderse de su prueba. Como explica Gabriel Pérez Barberá, estos planteos ya se remontan a los postglosadores y a la doctrina del dolus indirectus. A su vez, esto se vincula con la imposibilidad de separar de manera tajante el Derecho penal y el Derecho procesal penal, con múltiples repercusiones en distintos ámbitos, que van desde el ejercicio de las acciones penales, pasan por los presupuestos procesales y las condiciones objetivas de punibilidad, y llegan a temas como la causalidad o el dolo mismo.

De lo que se trata, en definitiva, es de obtener vías plausibles para probar el dolo.

De esta manera, surge otro arduo problema para la doctrina y la jurisprudencia, pues la naturaleza subjetiva de la voluntad ha planteado siempre dificultades de prueba que a lo largo de la historia se han intentado resolver de muy diversas maneras. Tanto en el Derecho romano como en el germánico, la atribución del dolo al sujeto surgía de la valoración de datos de naturaleza objetiva. Durante el largo período de vigencia del Derecho común predominó la idea de que la única prueba válida no solo ya para determinar el dolo, sino para la comisión de cualquier hecho delictivo, era la confesión del acusado: de allí que "la reina de las pruebas" pudiera obtenerse bajo tormentos. También se apeló a otros criterios normativos de imputación de resultados, como la fórmula canónica del versare *in re illicita*, que imputa al sujeto como queri-

dos todos aquellos resultados que deriven de una actuación inicial ilícita. Dentro de esta misma línea puede inscribirse el llamado *dolus ex re* o *dolusin re ipsa*, explicado por Framarino Dei Malatesta con la idea de que "...el hombre, que es un ser racional, no obra sin que sus acciones tiendan hacia un fin, y cuando un medio no corresponde sino a determinado fin criminoso, el agente no puede haberlo empleado sino para lograr ese fin..." (30).

Las discusiones y los intentos para acreditar el dolo de una forma fiable e igual en todos los casos continúan hasta la actualidad; para evitar sentencias contradictorias, algunos autores proponen volver al sistema de prueba tasada; otros, abogan por la aplicación de criterios normativos (31).

Así, en la concepción tradicional, donde se distingue un elemento cognoscitivo y otro volitivo, puede suceder que se utilicen argumentos relacionados con la conciencia del individuo que no puedan ser probados o, incluso, ni el mismo autor conozca.

En definitiva, se trata de que solo puede probarse aquello que se traduzca en datos objetivos que puedan servir de indicio para esa atribución. Así, el concepto de dolo no puede deslindarse de su prueba. Se trata de una imputación que, como tal, debe probarse en el proceso, sin que la calificación como dolo eventual pueda cambiar algo. Abarca el riesgo inherente a la conducta y lo que debe probarse es que el sujeto conocía ese riesgo.

En esta línea, en los precedentes de esta Sala citados se mencionó una serie de circunstancias tomadas en cuenta por la jurisprudencia española, a partir de las cuales podía atribuirse una imputación a título de dolo en el caso del homicidio:

a) relaciones que ligan al autor y la víctima;

b) personalidad del agresor;

c) actitudes e incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes del hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males o porfía y repetición en su pronunciamiento;

d) manifestaciones de los intervinientes durante la contienda;

e) en su caso, las dimensiones y las características del arma empleada y su idoneidad para matar y lesionar;

f) lugar o zona del cuerpo donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y su carácter más o menos vital;

g) insistencia y reiteración de los actos atacantes;

h) conducta posterior observada por el infractor.

b. Por otro lado, en cuanto a la figura aquí aplicada (art. 80 inc. 9°, CP) me expedí en precedentes como "Álvarez" (32) y "Otero" (33).

Allí recordé genéricamente que la doctrina ha señalado que con esta regla "...el fin del legislador era proteger a los ciudadanos en general del accionar excesivo de las fuerzas policiales, pero no alcanzaría a cuestiones domésticas, lo mismo que si mata a un amigo luego de una discusión...Es decir, la agravante deberá aplicarse cuando la persona esté en el cumplimiento de su función, abusando de la misma..." (34).

Todos estos parámetros deben orientar el examen del planteo.

c. En este caso, de acuerdo con la explicación y el análisis efectuados en el voto de la mayoría y por el juez Días, concuerdo en que no hay elementos que permitan afirmar que la argumentación y las inferencias realizadas por el tribunal de mérito conduzcan a dudar razonadamente sobre el dolo atribuido al acusado, de modo tal que justifique la aplicación del principio in dubio pro reo; y tampoco advierto la existencia de una incorrecta aplicación del art. 80 inc. 9°, CP.

En efecto, coincido con el juez Días en que la subsunción legal establecida en la sentencia revisada respeta el estándar fijado para la determinación del dolo según los parámetros expuestos y, de esta manera, se excluye la atribución culposa y (más aún, claro) la hipótesis de un mero accidente. Como resalta el voto del juez Magariños (al que adhirió el juez Jantus), no hay dudas de que "...la acción consistente en apoyar la boca del arma de fuego reglamentaria, con munición en su interior y el martillo posicionado para disparo, sobre la cabeza de la víctima, para luego jalar el gatillo, está abarcada por la esfera de protección de la norma que prohíbe el homicidio..." (p. 67), conducta que creó un riesgo para la vida de J. C. C. que no podía ser desconocido por Naredo y que, a su vez, fue la condición causal del resultado producido. Todo lo cual demuestra la efectiva existencia del dolo de homicidio.

Las críticas de la defensa residen principalmente, como ya se adelantó, en la posibilidad de que se haya configurado alguna de las otras hipótesis fácticas esgrimidas, en tanto "no hay una única versión sobre el hecho" y debía otorgarse entonces preeminencia a aquella más favorable para el acusado (como había hecho el juez Anzoátegui). Ahora bien, rige aquí lo dicho en numerosos precedentes sobre las hipótesis

en pugna que caracterizan a todo proceso penal (ver punto 1). Como se indicó en las causas allí citadas, se trata de establecer, a partir de las pruebas incorporadas en el debate, cuál de las hipótesis reúne los requisitos de no refutación, confirmación y mayor confirmación que sus concurrentes, para así lograr que el resultado esté probado más allá de toda duda razonable: en términos prácticos, esto significa que frente a dos hipótesis igualmente aceptables debe resolverse a favor del imputado. No obstante, no es este el caso pues, el análisis ya efectuado de todas las pruebas producidas en el juicio muestra que la hipótesis tenida por acreditada en el voto de la mayoría (disparo efectuado por Naredo de forma dolosa) reúne los requisitos recién aludidos frente a la sostenida por la defensa y el voto minoritario (disparo producto de un forcejeo entre ambos por el arma).

Luego, la mayoría del tribunal de mérito estimó que también se hallaban reunidos los elementos del tipo objetivo de la figura agravada prevista en el art. 80 inc. 9°, CP. En este sentido, y dejando aclarado que no existen dudas sobre la condición de policía de Naredo y su actuación en ejercicio de su oficio durante el hecho (utilizando el arma que el Estado le proveyó para ese cargo), también comparto el análisis efectuado en la sentencia y lo dicho por el juez Días en torno a la intervención del imputado en el caso.

Así, comparto los argumentos acerca de la inexistencia de motivos suficientes para sospechar en forma fundada que C. pudiese haber cometido un delito o una contravención en forma previa (y menos aún al momento de la llegada de Naredo, como destaca el juez nombrado), de modo tal que su detención sin orden judicial hubiera estado legitimada (arts. 14 y 18, CN; 284, CPPN; y ley 23.950): ver a dos personas sin armas ni objetos peligrosos correr en la madrugada por la calle, alejándose de la zona de una supuesta incidencia, resulta insuficiente; además, cobra relevancia la manifestación del propio policía y compañero del acusado, Moreyra, cuando afirmó que habían sido convocados allí por meras incidencias o disturbios. Todos estos aspectos se presentan razonables y no han sido controvertidos adecuadamente en la impugnación; sin que los argumentos relativos al gran número de llamados a la policía y a la cantidad de patrulleros convocados al lugar (por supuestos enfrentamientos entre patotas con palos y botellas) conduzcan a una conclusión distinta.

Además, en la sentencia, el abuso en las funciones por parte de Naredo también fue considerado configurado en la sentencia a partir del uso del arma contrario a las leyes y reglamento que regulan la actuación policial, y del disparo efectuado (p. 68 y ss.).

En definitiva y a modo de síntesis, en la sentencia se destaca con acierto que "...resulta evidente que la conducta desplegada por el acusado se corresponde con un por demás desmedido abuso de autoridad; en tanto lejos de verificarse circunstancia excepcional alguna que justifique el empleo de armas, ha quedado acreditado que la víctima estaba desarmada, que no estaba cometiendo ningún delito, que tan solo corría e intentó huir del acusado y que en ningún momento puso ella en peligro la vida o integridad personal de este ni la de un tercero, todo lo cual torna injustificable ya, la sola extracción del arma por parte del acusado ante tales circunstancias..." (p. 74); al tiempo que los fundamentos esgrimidos en el recurso, ya resumidos en el voto del juez Días, se basan en una hipótesis fáctica distinta o bien reflejan una discrepancia dogmática, pero no consiguen contrarrestar este razonamiento ni demostrar su error o arbitrariedad.

En suma, adhiero al rechazo de estas cuestiones postulado en el primer voto.

3. Por último, nuevamente adhiero al voto del juez Días (punto VII. en torno a la nulidad de la revocación de la excarcelación de Naredo, asunto cuyo tratamiento ha devenido abstracto dadas las razones expuestas por el colega, basadas principalmente en la variación de las circunstancias que motivaban la adopción de la medida y sustentaban el planteo de la defensa.

4. Como corolario, concuerdo en rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Naredo en todo cuanto fue materia de agravio. Con costas pues, si bien se trata del ejercicio del derecho del imputado a recurrir su sentencia de condena, la índole y la forma de presentación de los agravios no justifican apartarse del principio general de la derrota (arts. 456, 465, 468, 469, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531, CPPN).

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 defensa de Martín Alexis Naredo y, en consecuencia, confirmar el decisorio impugnado, en todo en cuanto fue materia de agravio; con costas (cfr. arts. 456, 463, 465, 468, 469, 470, 471 —estos dos últimos, a contrario sensu—, 530 y 531, CPPN). Se deja constancia de que el juez Eugenio Sarrabayrouse emitió su voto en el sentido indicado, pero no suscribe la presente en cumplimiento de las Acordadas N° 4, 6, 7, 8 y 10, 27 y cc. todas del 2020, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de las Acordadas N° 1, 2, 3 y 11/2020 de esta Cámara. Asimismo se deja constancia de que, conforme surgió de la deliberación y en razón de los votos coincidentes de los jueces Horacio Días y Eugenio Sarrabayrouse, el

juez Daniel Morin no emitió 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 al tribunal de la instancia mediante medios electrónicos —quien deberá notificar personalmente al imputado— y notifíquese (Acordada 15/2013, CSJN; Lex 100; Acordada 27 y cc. CSJN). Remítase la causa por medios electrónicos y devuélvase oportunamente (cfr. Acordada N° 8/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Sirva la presente de atenta nota de estilo. — *Horacio L. Días.*

(1) Sentencia del 02/09/2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro N° 400/15.

(2) Sentencia del 02/09/2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro N° 396/15.

(3) Sentencia del 18/11/2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro N° 670/15.

(4) Sentencia del 24/11/2016, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro N° 947/16.

(5) Sentencia del 10/11/2017, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro N° 1136/17.

(6) Sentencia del 27/02/2018, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro N° 132/18.

(7) Sentencia del 18/06/2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro N° 168/15.

(8) Sentencia del 30/08/2016, Sala I, jueces Sarrabayrouse, Días y García, registro N° 662/16.

(9) Sentencia del 04/09/2017, Sala II, jueces Días, Niño y Sarrabayrouse, registro N° 788/17.

(10) Sentencia del 30/12/2020, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro N° 3522/20.

(11) Sentencia del 16/12/2020, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro N° 3401/20.

(12) Sentencia del 17/07/2020, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro N° 2096/20.

(13) Sentencia del 09/04/2018, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro N° 346/18.

(14) Sentencia del 24/08/2018, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro N° 1012/18.

(15) Sentencia del 19/10/2015, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro N° 567/15.

(16) Sentencia del 27/10/2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro N° 595/15.

(17) Sentencia del 21/12/2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro N° 793/15.

(18) Sentencia del 03/05/2016, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro N° 330/16.

(19) Sentencia del 11/07/2018, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin, registro N° 817/18.

(20) Sentencia del 06/12/2019, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro N° 1855/19.

(21) Cfr. autor mencionado, "Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit", ZStW, 71 (1959), p. 52, citado por Ramón Ragués I Vallès, "El dolo y su prueba en el proceso penal", J. M. Bosch Editor, Barcelona, p. 25, nota 2.

(22) Cfr. en este sentido Claus Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, v.I, 3ª ed., Múnich, 1997, § 12 nm. 29.

(23) Cfr. Hans Welzel, "Derecho penal alemán", 4ª ed. Castellana, trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez de la 11ª ed. Alemana de 1969, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 79.

(24) Cfr. Enrique Bacigalupo, "Principios de Derecho penal", 4ª ed., Akal/Iure, Madrid, 1997, pp. 231 y ss.; las citas han sido tomadas de Gabriel Pérez Barberá, "El delito culposo. La preterintencionalidad", en Carlos J. Lascano (h), (Director), "Derecho penal. Parte general", Advocatus, Córdoba, 2002, p. 327.

(25) Cfr. Manuel Cancio Meliá, "Estudios sobre imputación objetiva", Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 16; sobre las diversas concepciones del dolo como "conocimiento" y voluntad o solo conocimiento, puede consultarse el voto del juez Magariños en autos 'Ciurana', CDPJ N° 10 'C', pp. 545-570.

(26) Cfr. Ramon Ragués I Vallès, op. cit., pp. 28-29.

(27) Cfr. Gabriel Pérez Barberá, "El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", Hammurabi, Buenos Aires, 2011; del mismo autor, "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", revista Pensar en Derecho N° 1, ps. 169/211, dirección electrónica http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-1.php; también puede consultarse la polémica en torno a este trabajo: Fernando Córdoba, "Dolo y evitabilidad individual", revista Pensar en Derecho N° 1, 2012, ps. 213/226; Íñigo Ortiz De Urbina Gimeno, "¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental", revista Pensar en Derecho N° 2, ps. 357/385; Laura Manrique, "Reproche al dolo como reproche", revis-

ta Pensar en Derecho N° 2, ps. 387/412; Gabriel Pérez Barberá, "Réplicas a Fernando Córdoba e Íñigo Ortiz de Urbina", revista Pensar en Derecho N° 2, ps. 413/422, publicaciones accesibles en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-2.php. Cfr. también Mario Magariños, "El límite entre el dolo y la imprudencia", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010; Gustavo Vitale, "Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2013.

(28) Pérez Barberá analiza y critica las posiciones de estos y otros autores en su tesis doctoral; cfr. "El dolo eventual", p. 584 y ss.

(29) "El dolo y su determinación en casación. Normativización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto", LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

(30) Cfr. autor mencionado, "Lógica de las prueba en materia criminal", 4ª ed., Bogotá, 1995 citado por Ramón Ragués I Vallès, op. cit., ps. 280/281, nota 774.

(31) En esta segunda tendencia y de manera simplificada puede mencionarse la obra de Ramón Ragués I Vallès que hemos citado y seguido en este tramo de la sentencia; su posición en el punto puede verse en las conclusiones del trabajo mencionado, pp. 519-529; críticos con esta doctrina Zaffaroni/Alagia/Slokar, a la que consideran una ficción de dolo y cuyos fundamentos normativos equiparan "...a la consabida afirmación de que en toda guerra mueren inocentes..."; cfr. autores citados, "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 2002, p. 527.

(32) Sentencia del 17/05/2016, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro N° 369/16.

(33) Sentencia del 10/12/2020, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro N° 3351/20.

(34) Eugenio Raúl Zaffaroni y David Baigún, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial". Hammurabi, Buenos Aires, 2007, 1ª edición, T. III, p. 451.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Sobreseimiento. Sentencia definitiva. Interpretación de normas de jerarquía constitucional. Admisibilidad formal.

1. — Toda vez que el auto de sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso respecto del imputado a cuyo favor se dicta, el recurso extraordinario deducido en el caso se dirige contra una sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48. Asimismo, en tanto la cuestión debatida en el caso no es susceptible de ser revisada por otro órgano jurisdiccional dentro del ordenamiento procesal vigente, la decisión cuestionada proviene del superior tribunal de la causa.

2. — En la medida en que la decisión de la Cámara de Apelaciones es contraria a la interpretación y al alcance que el representante del Ministerio Público Fiscal atribuye a las normas de tratados internacionales con jerarquía constitucional que receptan el principio de la retroactividad de la ley más benigna, y que media a su vez una relación directa entre aquella cuestión y la decisión adoptada en el caso, corresponde concluir que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente admisible en lo concerniente a aquella cuestión federal.

3. — El representante del Ministerio Público Fiscal afirma que la interpretación del tribunal afecta los intereses de la comunidad y el funcionamiento de instituciones básicas de la Nación, pero no aporta fundamentos que sustenten aquellas afirmaciones y que permitan considerar que la decisión de sobreseer a los imputados exceda el interés individual de las partes.

CNPenal Económico, sala B, 17/09/2021. - Administración Federal de Ingresos Públicos c. H., C. y otros s/ legajo de investigación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141869/2021]

Expte. n° CPE 001652/2014/49

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

Considerando:

1°) Que, toda vez que el auto de sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso respecto del imputado a cuyo favor se dicta (art. 335 del C.P.P.N.), el recurso extraordinario deducido en el caso se dirige contra una sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48.

2°) Que, asimismo, en tanto la cuestión debatida en el caso no es susceptible de ser revisada por otro órgano jurisdiccional dentro del ordenamiento procesal vigente, la decisión cuestionada proviene del superior tribunal de la causa (confr., en este sentido, lo expresado mediante el pronunciamiento CPE 1652/2014/49/CA134, res. del 16/06/21, Reg. Interno N° 378/21, por el cual esta Sala "B" rechazó los recursos de casación

deducidos en autos por los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la A.F.I.P.¿ D.G.I.).

3°) Que, por el recurso extraordinario interpuesto, el señor fiscal general que actúa ante esta instancia manifestó que la impugnación "...es admisible por existir cuestión federal suficiente, en tanto se encuentran controvertidas la inteligencia y el alcance del principio de aplicación retroactiva de normas penales previsto en el art. 9, in fine, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] y en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...", y por resultar aplicable la doctrina de la gravedad institucional habida cuenta "...las graves consecuencias sociales e institucionales que derivarían de la adopción de un criterio como el [establecido por este Tribunal mediante el pronunciamiento cuestionado]...".

4°) Que, por su carácter excepcional, el recurso interpuesto solo es admisible cuando en un pleito se haya planteado alguna de las cuestiones de índole federal enumeradas por los tres incisos del art. 14 de la ley 48 (Fallos 127:170; 1795:5; 147:371; entre otros).

5°) Que, el extremo aludido por el considerando anterior puede estimarse verificado en tanto se encuentra cuestionada la aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna como consecuencia de la entrada en vigencia de los arts. 1 y 2 del Régimen Penal Tributario aprobado por el Título IX de la ley 27.430. Por lo tanto, en la medida en que la decisión de esta Sala "B" es contraria a la interpretación y al alcance que el representante del Ministerio Público Fiscal atribuye a las normas de tratados internacionales con jerarquía constitucional que receptan aquel principio, y que media a su vez una relación directa entre aquella cuestión y la decisión adoptada en el caso, corresponde concluir que el recurso extraordinario interpuesto en autos resulta formalmente admisible en lo concerniente a aquella cuestión federal (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Respecto de lo expresado por el párrafo anterior, corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado verificada una cuestión federal suficiente cuando "...el cuestionamiento se vincula a la validez temporal de la ley penal, establecido en el artículo 2° del Código Penal de la Nación, y con el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional y el principio de aplicación de la ley penal más benigna, contemplado en el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ellos incorporados a nuestra Carta Magna en su artículo 75 inciso 22..." (confr. Fallos 337:37 y los pronunciamientos CPE 2043/2017/1/CA1, res. del 17/03/21, Reg. Interno N° 148/21; y CPE 1382/2019/CA1, res. del 17/06/21, Reg. Interno N° 388/21, entre otros, de esta Sala "B").

6°) Que, sin perjuicio de lo establecido por el considerando anterior, ante lo manifestado por el recurso extraordinario en cuanto a la gravedad institucional que mediaría en el caso, cabe expresar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la invocación de la doctrina de la gravedad institucional "...torna menester la eficaz e indudable demostración de que, en el sub lite, concurre dicha circunstancia..." (Fallos: 316:766) y que, en efecto, no corresponde hacer lugar a su invocación si el punto no fue objeto de un serio y concreto razonamiento que demuestre de manera indudable la concurrencia de aquella circunstancia (Fallos: 295:99 y 691; 303:221; 311:318, entre otros).

En el caso, el representante del Ministerio Público Fiscal afirma que la interpretación efectuada por este Tribunal respecto de cuál es la ley aplicable al caso "sub examine" afecta los intereses de la comunidad y el funcionamiento de instituciones básicas de la Nación, pero no aporta fundamentos que sustenten aquellas afirmaciones y que permitan considerar que la decisión de sobreseer a C. H., a Z. C., a A. H. y a D. H. exceda el interés individual de las partes, máxime si se tiene en cuenta el criterio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación exteriorizó en el expediente S.765, 1. XLVIII, "S., D. s/ recurso de casación", resuelto el 18 de febrero de 2014, el cual fue reiterado en cientos de casos equivalentes a aquel que lo siguieron.

7°) Que, por lo tanto, corresponde conceder el recurso extraordinario deducido por el Ministerio Público Fiscal, con el alcance que surge del considerando 5° de esta resolución.

Por ello, *Resuelve:*

I. CONCEDER el recurso extraordinario interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, con el alcance indicado por los fundamentos de la presente (art. 14 inc. 3° de la ley 48).

II. SIN COSTAS (art. 68 y 69 del C.P.C. y C.N.).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese de conformidad con lo dispuesto por la resolución Nº 96/2013 de superintendencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y elévese.

Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía restante de esta Sala. — *Roberto E. Hornos.* — *Carolina L. I. Robiglio.*

APROPIACIÓN INDEBIDA DE TRIBUTOS

Régimen penal tributario. Retroactividad de la ley más benigna. Condiciones objetivas de punibilidad. Sobreseimiento.

1. — El art. 4° del Régimen Penal Tributario establecido por el Título IX de la ley 27.430 resulta aplicable al caso como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, por tratarse de una norma más beneficiosa para el imputado que el art. 6° de la ley 24.769, vigente al momento de la comisión presunta del hecho que se trata.

2. — El monto del impuesto al valor agregado supuestamente retenido por la imputada no supera la condición objetiva de punibilidad aludida por el art. 4° de la ley 27.430.

3. — Si bien las condiciones objetivas de punibilidad, por su naturaleza jurídica, no forman parte del tipo objetivo, no existen motivos por los cuales no deban ser consideradas al momento de confrontar dos tipos penales aplicables a un caso concreto a los fines de evaluar cuál de aquellos resulta más beneficioso a la situación del imputado.

CNPenal Económico, sala B, 17/09/2021. - P., N. L. s/ legajo de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141924/2021]

Expte. n° CPE 001288/2017/2/CA001

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

Considerando:

1°) Que, por la resolución recurrida el juzgado *a quo* dictó el auto de sobreseimiento respecto de N. L. P. con relación al hecho supuesto de falta de depósito dentro del plazo legal de la suma de $.99.459,03 que habría sido retenida por GERMAIZ S.A., en su carácter de agente de retención del Impuesto al Valor Agregado, en el período fiscal octubre de 2015.

En sustento de la decisión aludida, el tribunal de la instancia anterior indicó que, a partir de la derogación del régimen penal tributario establecido por la ley 24.769, vigente al momento de la comisión presunta del hecho, y la sustitución de aquel régimen por el aprobado por el Título IX de la ley 27.430 (Boletín Oficial de fecha 29/12/2017, vigente desde el 30/12/2017), que estimó aplicable al caso en función del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, el hecho mencionado no constituye delito.

2°) Que, el señor representante del Ministerio Público Fiscal que interviene ante la instancia previa recurrió la decisión del juzgado "a quo" indicada por el considerando anterior en cumplimiento de la Resolución P.G.N. N° 18/18, por la cual el Procurador General de la Nación Interino instruyó a todos los agentes integrantes del Ministerio Público Fiscal a asumir la interpretación señalada por la Resolución P.G.N. N° 5/12, y en consecuencia, a que se opongan a la aplicación retroactiva de la ley 27.430 en cuanto dispone aumentos de las sumas de dinero que establecen un límite a la punibilidad de los delitos tributarios y de contrabando.

3°) Que, por el Título IX de la ley 27.430 (publicada en el Boletín Oficial el 29/12/2017 y vigente desde el 30/12/2017), se derogó la ley 24.769 y se aprobó un nuevo Régimen Penal Tributario.

4°) Que, por el art. 4 del Régimen Penal Tributario aprobado por el Título IX de la ley 27.430 se prevé: "Apropiación indebida de tributos. Será reprimido con prisión de dos a seis años el agente de retención o de percepción de tributos nacionales, provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no depositare, total o parcialmente, dentro de los treinta días corridos de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado, superare la suma de cien mil pesos ($.100.000) por cada mes...".

5°) Que, el art. 4 del Régimen Penal Tributario establecido por el Título IX de la ley 27.430 resulta aplicable al caso "sub examine" como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más benigna (art. 2 del Código Penal), por tratarse de una norma más beneficiosa para el imputado que el art. 6 de la ley 24.769, vigente al momento de la comisión presunta del hecho que se trata.

En este sentido, por el art. 2 del Código Penal se dispone: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al momento de pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna [...] En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.". Con redacciones distintas (y sin ingresar al examen del alcance específico y particular que se podría haber dado, como consecuencia de aquellas redacciones diferentes, a cada una de las normas que se citan seguidamente), aquella excepción fue incorporada al art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); al art. 11 punto 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; al art. 15

apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y al art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Los tratados mencionados tienen jerarquía constitucional a partir de lo dispuesto por el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

6°) Que, en efecto, por la norma transcripta por el considerando 4° de la presente, se extendió el plazo a partir del cual adquiere relevancia penal la omisión del agente de retención o de percepción de ingresar el tributo nacional, provincial o de la ciudad de Buenos Aires oportunamente retenido o percibido y, asimismo, se estableció en cien mil pesos ($ 100.000) el monto previsto como condición objetiva para punir comportamientos de aquel tipo.

En el caso, como surge de la reseña efectuada por el considerando 1° de este pronunciamiento, el monto del Impuesto al Valor Agregado supuestamente retenido por GERMAIZ S.A. por el período octubre de 2015 ($.99.459,03) no supera la condición objetiva de punibilidad aludida por el párrafo anterior, y ni al momento de interponer el recurso de apelación, ni en la oportunidad prevista por el art. 454 del C.P.P.N., los representantes del Ministerio Público Fiscal efectuaron observación u objeción alguna en torno al alcance que, en cuanto a la suma de dinero en teoría retenida y no depositada, el tribunal de la instancia anterior dio al hecho (confr. las presentaciones de fechas 22/3/2021 y 8/7/2021).

7°) Que, si bien las condiciones objetivas de punibilidad, por su naturaleza jurídica, no forman parte del tipo objetivo, no existen motivos por los cuales no deban ser consideradas al momento de confrontar dos tipos penales aplicables a un caso concreto a los fines de evaluar cuál de aquellos resulta más beneficioso a la situación del imputado.

En efecto, las disposiciones de jerarquía constitucional que fueron mencionadas precedentemente, así como la antigua previsión del art. 2 del Código Penal, no diferencian al respecto sobre los elementos del tipo penal objetivo y las condiciones de punibilidad que pudiera establecer el legislador, indicándose de manera inequívoca que la norma a ser aplicada es la que se traduce en una pena menor para el imputado, de modo que mal podría negarse que resulta más beneficiosa a la posición de aquel una norma que establece la no punibilidad de una conducta.

En este sentido, por doctrina constitucional reconocida se ha sostenido "...el principio de la irretroactividad de la ley penal funciona en beneficio de la libertad y no para restringirla, en cuyo caso si es aceptable la aplicación retroactiva de la ley más benigna" (Gregorio BADENI, "Instituciones de Derecho Constitucional", pág. 646, Ed. AD HOC, 1997).

Asimismo, por doctrina penal calificada se expresó que la "... comparación debe, pues, ser hecha con referencia a todo el contenido de la ley, partiendo de la pena, de los elementos constitutivos de la figura delictiva, de las circunstancias agravantes o atenuantes de la infracción, y tomando en cuenta también las demás situaciones que influyen en la ejecución de la pena, en su suspensión, prescripción, perdón, gracia, liberación, etcétera." (Sebastián SOLER, "Derecho Penal Argentino", T. I, pág. 193, Ed. TEA, 1973; el resaltado corresponde a la presente).

8°) Que, lo establecido precedentemente es coincidente con el criterio que este Tribunal adoptó con relación a las modificaciones que, algunos años atrás, se introdujeron mediante la ley 26.735 al Régimen Penal Tributario instaurado por la ley 24.769 (confr. Regs. Nos. 26/12, 101/12, 254/12, 137/13, 50/13, 393/13, 406/13 y S.I.G.J. 18/14, entre muchos otros, de esta Sala "B"), en función de una postura interpretativa que también ha sido receptada por pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación Penal (confr. C.F.C.P., Sala I, causa N° 16.739, "M., H. y OTRO S/ RECURSO DE QUEJA", Reg. N° 20.526, rta. el 11/12/12; Sala II, causa N° 15.659, "M., M. y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN", Reg. N° 30/13, rta. el 15/02/13; Sala III, causa N° 15.971, "Z., V. A. Y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN", Reg. N° 1376/12, rta. el 28/09/12, y Sala IV, causa N° 315/13, "C. G., A. y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN", Reg. N° 1622/13, rta. el 30/08/13), y que resulta acorde con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la sentencia publicada en Fallos 330:4544, en una situación similar con motivo de las modificaciones introducidas por la ley 26.063 al art. 9 de la Ley Penal Tributaria.

En ese sentido, por el pronunciamiento mencionado en último término, el más Alto Tribunal expresó, por remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte Suprema de Justicia de la Nación compartió e hizo suyos por razones de brevedad: "...la ley 26.063 [...] ha introducido una importante modificación en la descripción típica del artículo 9 de la ley 24.769, al aumentar [...] el límite a partir del cual es punible la apropiación indebida de recursos de la seguridad social [...] En tales condiciones, [...] resulta aplicable al caso en forma retroactiva esta ley que ha resultado más benigna para el recurrente de acuerdo a lo normado por el artículo 2 del Código Penal, en tanto que la modificación introducida importó la desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a dicha cifra, entre las que se incluyen las que conformaron el marco fáctico original de la pena impuesta al apelante que, de ser mantenida, importaría vulnerar aquel principio

receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional...".

Por consiguiente, corresponde rechazar los agravios expresados por el recurso de apelación interpuesto por el señor agente fiscal de la instancia anterior que se sustentan en la Resolución P.G.N. N° 18/18, cuyos fundamentos son sustancialmente análogos a los contemplados por la Resolución P.G.N. N°.5/12, por la cual se había instruido a todos los agentes integrantes del Ministerio Público Fiscal a que se opongan a la aplicación retroactiva de la ley 26.735.

Tampoco fueron invocados, por el recurso de apelación del Ministerio Público Fiscal, fundamentos novedosos que conduzcan a revisar el criterio establecido por esta Sala "B", el cual, por lo demás, ha sido nuevamente compartido por la Cámara Federal de Casación Penal (confr., por citar pronunciamientos recientes: Sala I, causa N° FTU 1907/2019/CFC1, "B., J. N. S/ RECURSO DE CASACIÓN", Reg. N° 1853/20, rta. el 21/12/20; Sala II, causa N° FBB 17790/2017/1/CFC1, "C., O. A. S/ RECURSO DE CASACIÓN", Reg. N° 311/21, rta. el 17/03/21; Sala III, causa N° CPE 79/2019/1/RH1, "GB SECURITY S.R.L. S/ RECURSO DE CASACIÓN", Reg. N° 315/21, rta. el 17/03/21; y Sala IV, causa N° FLP 64970/2019/CFC1, "AUTO-SERVICIO EL TRIANGULO S.A. S/ INF. LEY 24.769", Reg. N° 224/21, rta. el 15/03/21).

9°) Que, por lo expresado por los considerandos anteriores, atento a la naturaleza que revisten tanto el principio de legalidad como sus excepciones cuando acarrean consecuencias más benignas para el imputado, la aplicación al caso del art. 4 del Régimen Penal Tributario establecido por el Título IX de la ley 27.430 como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más benigna resulta ajustado a derecho y debe ser confirmado.

Por ello, *Resuelve:*

I. CONFIRMAR la resolución recurrida.

II. SIN COSTAS (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese de conformidad con lo dispuesto por la resolución N° 96/2013 de superintendencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y devuélvase.

Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía restante de esta Sala. — *Roberto E. Hornos.* — *Carolina L. I. Robiglio.*

EXCARCELACIÓN

Caución real. Imposibilidad de afrontarla. Pedido de reducción. Emergencia sanitaria. Procedencia.

1. — Resultan atendibles los motivos incoados por el letrado de la defensa al solicitar la reducción del monto de la caución real fijada al imputado, en la medida que el país atraviesa una delicada situación económica —generada, fundamentalmente por las restricciones ocasionadas por la pandemia del COVID-19—, que sin lugar a dudas ha generado serias dificultades en gran parte de la población para la generación de ingresos, lo que —en definitiva— también pudo haber afectado la capacidad de generar ingresos para el imputado.

2. — El art. 320 del Cód. Proc. Penal expresamente prohíbe al órgano jurisdiccional imponer cauciones que resulten de imposible cumplimiento, teniendo en cuenta su situación personal, las características del hecho atribuido y su personalidad moral, puesto que —de así hacerlo— se frustraría el derecho a gozar de la libertad que ese mismo tribunal ha concedido.

3. — Al momento de concederle la excarcelación, la ley procesal establece que la caución tendrá por objeto exclusivo asegurar que el imputado cumpla con las obligaciones que le impone el órgano jurisdiccional.

4. — El tiempo que transcurrió desde que se concedió la excarcelación hasta el presente, deja en evidencia que existe un obstáculo concreto por parte del imputado para afrontar el monto establecido como caución real y así acceder a la libertad.

TOral Penal Económico Nro. 1, 17/09/2021. - De la Cruz, Héctor Sebastián s/ incidente de excarcelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141768/2021]

Expte. n° CPE 001373/2019/TO01/19

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

Considerando:

El doctor *Fornari* dijo:

1°) Que, con fecha 10 de agosto de 2021, este Tribunal -por mayoría- resolvió "I.- CONCEDER LA

EXCARCELACIÓN a Héctor Sebastián DE LA CRUZ (D.N.I. Nro. 12.071.811) solicitada por su letrado defensor, bajo CAUCIÓN REAL de cien mil pesos ($ 100.000), para lo cual deberá depositar la suma referida a la cuenta y orden de este Tribunal (arts. 280, 316, 317, 319 y cctes. del C.P.P.N. y 210, 221 y 222 del C.P.P.F.)...".

Ello, de acuerdo a los argumentos allí expuestos, a los que cabe remitirse por cuestiones de brevedad.

2°) Que, a raíz de lo requerido por el Tribunal en fecha 15/09/2021 (ver sistema lex100), con fecha 16/09/2021 la defensa del imputado DE LA CRUZ solicitó que se realice una "reducción razonable e importante" en el monto de la caución fijada a su asistido en oportunidad de concederle la excarcelación. En esa presentación, la defensa expresamente indicó:

"I.- Que atento a que nuestro defendido aún no ha podido depositar la fianza impuesta en el presente sumario, ya que se encuentra juntando el dinero para llegar a la suma que se le impusiera, es que, atento el tiempo transcurrido, vengo a solicitar una reconsideración de la misma, en atención a que el Sr. DE LA CRUZ se encentra trabajando honradamente, y al cuidado de su hija, con los problemas de salud que son de conocimiento de V.E., ya que el principal sostén de la familia sigue siendo su esposa.

II.- Por todo ello, y siendo que el mismo se está esforzando denodadamente en juntar la suma impuesta, es que vengo a solicitar una reconsideración de la misma, a efectos de que pueda hacerla efectiva nuestro defendido.

III.- Que la actual situación económica que atraviesa nuestro país está trasformando el monto solicitado por V.E. para la cancelar la caución real en una cifra de imposible cumplimiento para la situación que atraviesa nuestro asistido, y para que la misma no sea un límite pada poder acceder a la excarcelación que sí fue concedida es que solicitamos una reducción razonable e importante que le permita acceder a su excarcelación y cumpliendo el tipo de caución que V.E. ha fijado".

3°) Que, del pedido de reducción de la caución real fijada al imputado DE LA CRUZ al momento de concedérsele la excarcelación, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal; que fue contestada por el representante de la Fiscalía con fecha 17/09/2021.

En su dictamen, el Dr. Marcelo Agüero Vera indicó que "... corrida la vista a este representante del Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 331 del CPPN, consideré por las razones allí expuestas que el imputado debía continuar en prisión preventiva, bajo la modalidad morigerada que venía transitando (cf. Art. 32 de la ley 24.660 y art. 210 inc "i" del CPPF). En consecuencia solicite a VVEE que no se haga lugar a la excarcelación de De la Cruz bajo ningún tipo de caución. Siendo este el criterio del suscripto".

4°) Que, llegado el momento de resolver, corresponde adelantar que -según entiendo- resulta ajustado a derecho hacer lugar a lo solicitado por la defensa de DE LA CRUZ y, en consecuencia, reducir el monto de la caución real que fuera impuesta al nombrado (al momento de concederle la excarcelación) a la suma de cincuenta mil pesos ($50.000).

En efecto, tal como se dijo al momento de concederle la excarcelación, la ley procesal establece que la caución tendrá por objeto exclusivo asegurar que el imputado cumpla con las obligaciones que le impone el órgano jurisdiccional (conf. artículo 320 del Código Procesal Penal de la Nación).

Pero además la ley procesal expresamente prohíbe al órgano jurisdiccional imponer cauciones que resulten de imposible cumplimiento, teniendo en cuenta su situación personal, las características del hecho atribuido y su personalidad moral (art. 320 del C.P.P.N.), puesto que -de así hacerlo- se frustraría el derecho a gozar de la libertad que ese mismo tribunal ha concedido (en ese sentido, se ha pronunciado -entre muchos otros- la Sala 1 de la Cámara Federal de Casación Penal, en causa 9608/2018 "THOMAS, Oscar Alfredo s/recurso de casación", de fecha 13/12/2019, Reg. 2180/19).

En particular, se ha sostenido que: "Debe evitarse que el monto excesivo la torne ilusoria, supuesto en el que debe reajustarse a una suma inferior..." (cfr. Francisco J. D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 572).

Aplicando las consideraciones antes expuestas al caso concreto, el suscripto considera que el tiempo que transcurrió desde que se concedió la excarcelación (en fecha 10/08/2021) hasta el presente, deja en evidencia que existe un obstáculo concreto por parte del imputado DE LA CRUZ para afrontar el monto establecido como caución real y así acceder a la libertad.

En consecuencia, entiendo que resultan atendibles los motivos incoados por el letrado de la defensa al solicitar la reducción del monto de la caución real fijada al imputado DE LA CRUZ, en la medida que -como resulta de público conocimiento- el país (y el mundo en general) atraviesa una delicada situación económica (generada, fundamentalmente por las restricciones ocasionadas por la pandemia del CO-

VID19), que sin lugar a dudas ha generado serias dificultades en gran parte de la población para la generación de ingresos, lo que -en definitiva- también pudo haber afectado la capacidad de generar ingresos para el imputado DE LA CRUZ.

Por ello, entiendo que corresponde hacer lugar a lo peticionado por la defensa del imputado DE LA CRUZ y, en consecuencia, adecuar el monto de caución real establecido al momento de concederle la excarcelación, fijándolo en la suma de cincuenta mil pesos ($50.000), conforme lo establecido en el art. 320, última parte, y cctes. del C.P.P.N.

Por lo demás, corresponderá requerir al Banco de la Nación Argentina, Sucursal Tribunales, que en el término improrrogable de 24 horas proceda a la apertura de una cuenta corriente a la orden de este tribunal y causa, debiendo informarse en igual término los datos correspondientes a la misma (número de cuenta, CBU asignado y demás datos de titularidad). Ello a los fines que con posterioridad el imputado DE LA CRUZ pueda efectuar el depósito de la suma de dinero que le fuera fijado en concepto de caución real.

Por último, entiendo que no corresponde la imposición de costas (arts. 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El doctor *García Berro* dijo:

Que, por adherir en lo sustancial a los fundamentos del voto del Dr. Fornari, adhiero a sus conclusiones.

El doctor *Losada* dijo:

Que, de acuerdo a lo resuelto oportunamente por la mayoría respecto a la procedencia de la excarcelación del imputado y en expresa relación a la cuestión debatida en el presente acuerdo, adhiero en lo pertinente al voto que lleva la palabra.

En consecuencia, por las razones antes expuestas, este Tribunal,

Resuelve:

I.- REDUCIR el monto de la caución real impuesta -al momento de concederle la excarcelación- a Héctor Sebastián DE LA CRUZ (D.N.I. Nro. 12.071.811) y establecerla en la suma de CINCUENTA MIL PESOS ($ 50.000); importe este que deberá depositar a la cuenta y orden de este Tribunal (art. 320 del C.P.P.N.).

II.- REQUERIR al Banco de la Nación Argentina, Sucursal Tribunales, que en el término improrrogable de 24 horas proceda a la apertura de una cuenta corriente a la orden de este tribunal y causa, debiendo informarse en igual término los datos correspondientes a la misma (número de cuenta, CBU asignado y demás datos de titularidad). Ello a los fines que con posterioridad el imputado DE LA CRUZ pueda efectuar el depósito de la suma de dinero que le fuera fijado en concepto de caución real.

A tal fin, líbrese oficio mediante sistema DEOX.

Una vez obtenidos los datos precedentemente aludidos, hágansele saber a la defensa técnica del imputado mediante cédula electrónica.

III. SIN COSTAS (arts. 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y cúmplase. — *Diego García Berro. — Ignacio C. Fornari.*

COMPETENCIA POR CONEXIDAD

Expediente radicado en otro tribunal en condiciones de celebrar la audiencia de debate oral y público. Eficaz y rápida administración de justicia.

1. — Asiste razón a la representante del Ministerio Público Fiscal en cuanto a que el avanzado estado procesal en que se encuentra el expediente radicado ante otro tribunal —actualmente en condiciones de celebrar la audiencia de debate oral y pública— impone que sea aquel el que debe intervenir en el trámite de ambas actuaciones, a efectos de resguardar una más eficaz y rápida administración de justicia.

2. — La concentración de ambas actuaciones en un único debate permitirá un conocimiento más acabado de la participación del imputado en las maniobras investigadas, cuyos procesos iniciaron en un único evento, circunscripto en el secuestro de activos en poder del imputado en, evitándose un desgaste jurisdiccional innecesario y asegurando una más adecuada y justa individualización de las penas que corresponda imponer.

TOral Penal Económico Nro. 3, 17/09/2021. - Lam, Man Hiu s/ infracción art. 303, inc. 1.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141819/2021]

Expte. n° CPE 000507/2018/TO01

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

I.- Que, mediante presentación de fecha 16 de septiembre del cte. la representante del Ministerio Público Fiscal propició que este Tribunal se inhiba de intervenir en las presentes actuaciones y, en consecuencia, decline la competencia en favor del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, a los fines de su acumulación por conexidad subjetiva a la causa

CPE 721/2012/TO1 del registro de ese Tribunal; ello, en virtud del avanzado estado procesal en que se encuentra el expediente mencionado y en resguardo de una más eficaz y rápida administración de justicia (conf. fs. 1260).

II.- Que, conforme surge del requerimiento de elevación a juicio parcial de fecha 12 de marzo de 2017 (conf. fs. 950/958), en la causa N° CPE 721/2012/TO1, caratulada "LAM, MAN HIU S/ INF. LEY 22.415" se le atribuyó a Man Hiu LAM el presunto intento de extracción del país en forma oculta y con destino a la ciudad de Santiago de Chile, en fecha 23 de mayo de 2012, de la cantidad de 330.000 euros, 470 pesos uruguayos, 170.000 pesos chilenos, 20.000 pesos paraguayos y 41.260 pesos argentinos.

El hecho fue calificado bajo las previsiones del art. 864, inc. d), en función del 871 del Código Aduanero y atribuido al encartado en calidad de autor.

En aquella oportunidad, el Sr. Fiscal a cargo de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal Económico N° 1, solicitó que se formaran actuaciones por separado, a efectos de continuar con la investigación en relación a la posible comisión del delito previsto en el art. 303 del CP.

III.- Que, mediante resolución de fecha 20 de abril de 2018, el Juzgado Instructor dispuso declarar parcialmente clausurada la etapa de instrucción y, en consecuencia, elevar parcialmente a juicio las actuaciones, quedando radicada la causa CPE 721/2012/TO1, con fecha 4 de mayo de 2018 ante el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, donde actualmente tramita (conf. fs. 986/992).

A su vez, se ordenó formar actuaciones por separado de acuerdo a lo solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, las que fueron registradas bajo el N° 507/2018/TO1 y elevadas con fecha 24 de agosto del cte. a este Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3.

Cabe destacar que, conforme surge del Sistema Informático Lex 100, en la causa CPE 721/2012/TO1, el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 fijó audiencia de debate oral y público para el 27 de mayo de 2021; la cual fue suspendida con fecha 28 de abril del cte., ordenándose la certificación mensual del presente expediente.

IV.- Que, en el requerimiento de elevación a juicio de fecha 7 de julio del cte., obrante a fs. 1232/1242 de las presentes actuaciones, se le imputa a Man Hiu LAM la presunta conversión y consecuente puesta en circulación en el mercado de activos de origen ilícito, consistentes en 330.000 euros, 470 pesos uruguayos, 170.000 pesos chilenos, 20.000 pesos paraguayos y 41.260 pesos argentinos, los cuales fueron incautados en el procedimiento llevado a cabo el 23 de mayo de 2012 por personal de la Unidad Operacional de Seguridad Preventiva Metropolitana de la PSA en el Aeroparque Internacional Jorge Newbery, que diera inicio a la causa CPE 721/2012/TO1 y a las presentes actuaciones.

El hecho fue calificado en orden a las previsiones del art. 303, inc. 1 del Código Penal y atribuido a Man Hiu LAM en calidad de autor.

Considerando:

V.- A partir de lo señalado precedentemente, se advierte que existe conexidad subjetiva entre las presentes actuaciones y la causa CPE 721/2012/TO1 del registro del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, toda vez que en ambas se encuentra imputado Man Hiu LAM (art. 41, inc. 3°, del CPPN). En consecuencia, resulta necesario determinar cuál es el Tribunal competente para intervenir en la presente causa.

Al respecto, asiste razón a la representante del Ministerio Público Fiscal en cuanto a que el avanzado estado procesal en que se encuentra el expediente radicado ante el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 -actualmente en condiciones de celebrar la audiencia de debate oral y pública- impone que sea aquel el que debe intervenir en el trámite de ambas actuaciones, a efectos de resguardar una más eficaz y rápida administración de justicia.

En esta línea, cabe destacar que la determinación de un único Tribunal competente en ambos procedimientos permitirá evitar posibles resoluciones contradictorias, debiendo atenderse a la mejor y más pronta administración de justicia (art. 42, inc. 4° del CPPN), lo que manifiestamente sería brindado por el Tribunal mencionado, en cuya jurisdicción tramitó la causa CPE 721/2012/TO1 por un plazo superior a tres años.

En ese orden, la concentración de ambas actuaciones en un único debate permitirá un conocimiento más acabado de la participación del imputado en las maniobras investigadas, cuyos procesos iniciaron en un único evento, circunscripto en el secuestro de activos en poder del imputado en fecha 23 de mayo de 2012, evitándose un desgaste jurisdiccional innecesario y asegurando una más adecuada y justa individualización de las penas que corresponda imponer.

A su vez, teniendo en cuenta que la presente causa consiste en la extracción de testimonios de gran parte de la causa CPE 721/2012/TO1 y que, conforme lo previsto en el último párrafo del art. 42 del CPPN, su acumulación no obstará a que puedan tramitar por separado, se advierte que la presen-

te resolución no determinará retardo alguno para ninguna de las causas referidas, por lo que, de conformidad con las previsiones del art. 43 del CPPN y, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, corresponde la intervención de un solo Tribunal en ambos procesos.

Por otra parte, no habiéndose fijado audiencia de debate en las presentes actuaciones, resulta procedente la declinatoria de competencia que se adoptará frente a las previsiones del art. 46 del CPPN.

VI.- En virtud de los fundamentos expuestos, corresponde declarar la incompetencia -por razones de conexidad subjetiva- de este Tribunal para entender en la presente causa N° 2942 (CPE 507/2018/TO1), debiéndose remitir al Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 para su acumulación a la causa N° CPE 721/2012/TO1, caratulada "LAM, MAN HIU S/ INF. LEY 22.415" (arts. 41, inc. 3, 42, inc. 4, 43 y 46 del CPPN).

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo postulado por la representante del Ministerio Público Fiscal, el Tribunal;

Resuelve:

DECLARAR la incompetencia de este Tribunal para entender en la causa N° 2942 (CPE 507/2018/TO1), por razones de conexidad subjetiva y, en consecuencia, remitirla al Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 para su acumulación a la causa N° CPE 721/2012/TO1, caratulada "LAM, MAN HIU S/ INF. LEY 22.415" (arts. 41, inc. 3, 42, inc. 4, 43 y 46 del CPPN).

Regístrese y notifíquese mediante cédulas electrónicas. Fecho, remítase a través de pase digital del Sistema Informático Lex 100, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. — *Karina R. Perilli.*

PRISIÓN DOMICILIARIA

Imputado con hijo menor de edad. Protección de los derechos del niño. Emergencia sanitaria. Buen estado de salud del acusado. Rechazo.

1. — El hecho de encontrarse cumpliendo una pena de prisión efectiva importa una serie de consecuencias naturales relativas a cuestiones personales relacionadas con la organización familiar, laboral y social, consecuencias que deben necesariamente ser aceptadas en el marco de esa particular situación. Solo podrán ser objetadas constitucionalmente cuando tales consecuencias excedan la razonabilidad propia de toda detención.

2. — En el caso de los menores de edad, no resulta discutible la importancia de la presencia diaria de los padres respecto a su crecimiento y educación. La Convención de los Derechos del Niño en ese sentido establece que el niño no sea separado de sus padres, a menos que existan razones que así lo autoricen. En ese sentido, la propia Convención consagra la razonabilidad de una separación de uno de los padres respecto al niño cuando ello obedece a medidas adoptadas por los Estados como detención, encarcelamiento o exilio entre otras.

3. — No se discute que el niño deba ser criado en un ambiente familiar razonable, pero ello no autoriza a considerar que la sola invocación de ese interés en todos los casos faculte a dejar virtualmente sin efecto otras disposiciones de los Estados adoptadas con arreglo a la ley respecto a restricciones a sus padres. La propia Convención de los Derechos del Niño así lo reconoce y, como derecho reconocido, el mismo no es absoluto sino susceptible de su reglamentación razonable. Tal interpretación resulta adecuada pues, con una invocación genérica a una protección integral del niño, virtualmente dejarían de tener efecto alguno aquellas medidas restrictivas adoptadas legalmente por los Estados respecto a sus padres.

4. — En el marco de la pandemia, no se advierte ni se indica cuál sería la patología concreta que posicionaría al causante como un sujeto de riesgo en ese escenario y lo asimilaría a la causal del inc. a) del art. 32 de la ley 24.660, más cuando se computa que las constancias del legajo señalizan que aquel gozaría de un buen estado de salud en general.

TOral Penal Económico Nro. 3, 17/09/2021. – Silvera, Marcelo s/ incidente de prisión domiciliaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141779/2021]

Expte. n° CPE 990000030/2011/TO01/9

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2021.

Considerando:

1.- Que, el Dr. Gabriel Ignacio Anitúa solicitó la morigeración de las condiciones de detención de su defendido, bajo la modalidad de arresto domiciliario, proponiendo para ello el domicilio familiar sito en

Zalarayan 646, depto. 5°, de esta Ciudad. Fundó su pedido en razones esencialmente humanitarias, por el inconveniente e innecesario cumplimiento de la pena de prisión impuesta al nombrado 11 años después de producido el hecho, la emergencia penitenciaria y sanitaria de público conocimiento causado por el por el virus SARS-CoV-2, y en el interés superior de su hijo menor de edad –Bastián Amir Silvera de 7 años contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Señaló al respecto que resulta indispensable que Marcelo SILVERA pueda cumplir su condena en arresto domiciliario para ayudar al normal desarrollo y crecimiento de su pequeño hijo, a efectos de poder reestablecer el contacto permanente con su padre y una convivencia en conjunto con él. En ese sentido, sostuvo que, por el prolongado paso del tiempo, y el hecho de que el nombrado haya rehecho su vida, tenga una familia y un trabajo estable, su detención en este contexto afectaría el bienestar social, espiritual y moral tanto de su hijo como de su grupo familiar. Finalmente, y a fin de acreditar la identidad y edad del menor de mención, aportó copias de su certificado de nacimiento y D.N.I; y encuadró su solicitud en lo dispuesto por los art. 10 del C.P y 32 de la ley 24.660 apartado f) y art. 210 del C.P.P.F, articulado que debe ser interpretado a la luz de los artículos 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2, 3, 6, 7, 24, 27 y 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.- Que, en función de planteo formulado, se dio intervención a la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años, a cargo del Dr. Marcelo Carlos Helfrich, quien solicitó previo a dictaminar se cuente con un informe del Cuerpo Médico Forense respecto del estado actual de Marcelo SILVERA en relación a la problemática de adicción referida en el que conste si se encuentra en condiciones de ejercer su rol paterno, y una vez realizado, se corra nueva vista a esa Unidad.

3.- Que luce agregado en el presente incidente el informe del Cuerpo Médico Forense de fecha 24 de agosto de 2020, en el cual se destaca que Marcelo SILVERA al momento del examen "presenta sus facultades mentales acordes a la normalidad desde la perspectiva médico legal. No presenta psicopatología aguda, manifiesta ni descompensada. Cabe señalar que la entrevista psiquiátrica forense por sí misma no brinda información suficiente para asesorar sobre el rol paterno concreto del causante, atento a lo consignado en el apartado consideraciones".

4.- Por otra parte, luce agregado el informe de la Dirección de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica, el cual concluye que se encuentran dadas las condiciones socioambientales para que SILVERA ingrese a dicha dirección, cumpliendo la pena de prisión oportunamente impuesta bajo la modalidad de arresto domiciliario.

5.- Que corrida nueva vista a Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años, el Dr. Pablo Glanc solicitó se haga lugar al arresto domiciliario de Marcelo SILVERA, en resguardo de los Derechos y Garantías de jerarquía Constitucional de Bastián Amir Silvera -arts. 3, 7, 9, 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos–. Ello, por los fundamentos de hecho y derecho que se tienen presentes.

6.- Que, a su turno, y en oportunidad de contestar la vista conferida al representante del Ministerio Público Fiscal, el Sr. Fiscal Dr. Nicolas Czizik, a cargo de la Unidad Fiscal de Ejecución Penal, dictaminó que corresponde rechazar el planteo formulado por la defensa de SILVERA toda vez que no se verificaría en este caso ninguno de los supuestos específicos que habilitan mutar el cumplimiento de la pena a la modalidad morigerada de arresto domiciliario. Destacó al respecto, que los motivos expuestos por la defensa lejos estarían de ajustarse a alguna de las causales taxativamente previstas por el legislador para el acceso a la modalidad morigerada de arresto domiciliario, concluyendo que aquellas razones carecerían de la entidad necesaria para justificar el acierto y conveniencia de la pretensión aquí considerada. A su vez, sostuvo que "en lo que atañe a aquel argumento de la defensa que combina la emergencia penitenciaria con la sanitaria producto de la pandemia por Covid-19, cabe resaltar que no se advierte ni se indica cuál sería la patología concreta que posicionaría al causante como un sujeto de riesgo en ese escenario y lo asimilaría a la causal del inc. a) del art. 32 de la ley 24.660, más cuando se computa que las constancias del legajo señalizan que SILVERA gozaría de un buen estado de salud en general...". Indicó que "... si bien es cierto que el inc. f) del art. 32 de la ley 24.660 hace referencia a la "madre" de un menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo, a criterio de esta parte, el género respecto de quién procedería la modalidad de arresto domiciliario pierde de vista la pauta hermenéutica fundamental, cual es el interés superior del niño". En ese sentido, señaló que "en este caso, el menor Bastián Amir SILVERA lejos estaría de atravesar -hoy en día- por una situación de desprotección, abandono o extrema vulnerabilidad que posicione a su padre Marcelo SILVERA en las previsiones del inc. f) del art. 32 de la ley 24.660, puesto que, más allá de la lógica aflicción y de los connaturales percances que habría suscitado la detención del causante, se observa -sobre todo a partir de lo que consta en los

informes socioambientales antes consignados- que el menor gozaría de un buen estado de salud general y recibiría la atención médica necesaria, continuaría con sus estudios primarios y, fundamentalmente, se encuentra a cargo y recibe la contención de su madre Joana Alejandra BUSTOS, con quien reside en una vivienda..."

7.- Que corrida vista a la defensa, el Dr. José María Abarrategui, coincidiendo ampliamente con el planteo formulado por el Dr. Anitua, solicitó se conceda la prisión domiciliaria a Marcelo SILVERA, en el domicilio de la calle Zelarrayán nro. 646, departamento 5, de Parque Chacabuco, C.A.B.A., por los argumentos que expuso, los que se tienen aquí por reproducidos en honor a la brevedad. Asimismo, formuló expresa reserva de recurrir al tribunal nacional de casación, y en su caso, llevar la cuestión federal al máximo tribunal nacional.

8.- Que el hecho de encontrarse cumpliendo una pena de prisión efectiva importa una serie de consecuencias naturales relativas a cuestiones personales relacionadas con la organización familiar, laboral y social, consecuencias que deben necesariamente ser aceptadas en el marco de esa particular situación. Solo podrán ser objetadas constitucionalmente cuando tales consecuencias excedan la razonabilidad propia de toda detención.

9.- Que, en el caso de los menores de edad, no resulta discutible la importancia de la presencia diaria de los padres respecto a su crecimiento y educación. La norma en ese sentido establece que el niño no sea separado de sus padres, a menos que existan razones que así lo autoricen (art. 9 párrafo 1 de la Convención de los Derechos del niño). En ese sentido, la propia Convención citada consagra la razonabilidad de una separación de uno de los padres respecto al niño cuando ello obedece a medidas adoptadas por los Estados como detención, encarcelamiento o exilio entre otras (art. cit. párrafo 4). En tales casos, es deber del Estado proceder, como norma y a pedido de parte, brindar la respectiva información (art. cit.).

10.- Que, no se discute que el niño deba ser criado en un ambiente familiar razonable, pero ello no autoriza a considerar que la sola invocación de ese interés en todos los casos faculte a dejar virtualmente sin efecto otras disposiciones de los Estados adoptadas con arreglo a la ley respecto a restricciones a sus padres. La propia Convención aludida así lo reconoce y, como derecho reconocido, el mismo no es absoluto sino susceptible de su reglamentación razonable. Tal interpretación resulta adecuada pues, con una invocación genérica a una protección integral del niño, virtualmente dejarían de tener efecto alguno aquellas medidas restrictivas adoptadas legalmente por los Estados respecto a sus padres (prisión preventiva, pena de prisión de cumplimiento efectivo, extrañamiento, etc).

Que, por otra parte, tanto en el sistema del Código Penal como de la ley 24.660, la norma es el cumplimiento de la privación de libertad en un establecimiento carcelario y la excepción resulta el domicilio (arts. 10 y 32, respectivamente). Por lo expuesto, siempre en cada caso debe verificarse si concurre una circunstancia excepcional que justifique una prisión preventiva fuera del ámbito carcelario. En ese sentido, también debe recordarse que determinados supuestos objetivos relativos al estado de salud, a la edad (más de 70 años), o estados de la mujer (embarazo) la circunstancia de ser madre a cargo de niños menores a cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo (supuestos de las normas aludidas), no resultan de aplicación automática sino sujetas a su análisis en cada caso en función a sus circunstancias particulares.

11.- Que, respecto al cumplimiento de la pena de prisión en un domicilio, por convenir al interés superior del niño, cabe el mismo razonamiento.

12.- Ello precisado, a los efectos de proveer la solicitud de arresto domiciliario del imputado SILVERA, deviene prudente detallar las específicas circunstancias del caso. En ese sentido, el nombrado ha sido condenado con fecha 21 de noviembre de 2018 a la pena de 4 años y 6 meses de prisión. Que la condena de SILVERA fue confirmada por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, vía una resolución fechada el 5 de julio de 2019 (Reg. N° 1417/19.4), contra la cual se dedujo el recurso extraordinario federal, que la misma instancia de revisión declaró inadmisible por resolución del 18 de septiembre de 2019 (Reg. N° 1893/19.4). Al cobrar firmeza la condena, SILVERA -que a su tiempo había sido excarcelado- se constituyó regularmente en detención ante este Tribunal con fecha 26 de mayo del cte. Que el nombrado es un ciudadano argentino, de 37 años de edad, de ocupación empleado de una empresa de seguridad. Que, en lo que importa, el menor Bastian Amir Silvera es ciudadano argentino, de 7 años de edad; en la actualidad, se encuentra bajo el cuidado de su madre Joana Alejandra Bustos, pareja del encausado. Por último, residen en el domicilio de la calle Zelarrayán nro. 646, departamento 5, de Parque Chacabuco, de esta Ciudad, que alquilan hace 5 años aproximadamente.

13.- En tales condiciones, la cuestión a resolver, a partir de la interpretación que se ha hecho del principio relativo al interés superior de los niños, es si la situación actual del condenado Marcelo SILVERA excede las consecuencias naturales de todo encierro, con perjuicio al interés de su hijo Bastian Amir Silvera.

14.- Al respecto, de lo analizado en las actuaciones, se impone una respuesta negativa pues, ello según las siguientes consideraciones que se constatan con los elementos colectados en el presente incidente y de lo que surge de los autos principales.

15.- Así, teniendo en consideración el informe elaborado por la Dra. Virginia BERLINERBLAU del Cuerpo Médico Forense, y lo que al respecto le habría señalado BUSTOS -pareja del condenado- a la Lic. Silvia FERREYRA de la DAPBVE), en relación al argumento expuesto por la defensa que combina la emergencia penitenciaria con la sanitaria producto de la pandemia por Covid-19, cabe resaltar que no se advierte ni se indica cuál sería la patología concreta que posicionaría al causante como un sujeto de riesgo en ese escenario y lo asimilaría a la causal del inc. a) del art. 32 de la ley 24.660, más cuando se computa que las constancias del legajo señalizan que SILVERA gozaría de un buen estado de salud en general.

16.- Que, en el caso de autos, de estar a lo normado en el art. 10 del CP, como del art. 32 inc. "f" de la ley 24.660 invocada por la Defensa, no se verifican los requisitos objetivos contemplados respecto al niño Bastián Amir SILVERA, quien a la fecha supera los cinco años de edad (nacido el 15/04/2014). En ese sentido, se comparte la argumentación vertida en el dictamen por el Ministerio Público Fiscal en cuanto a que el menor no se encuentra en un estado de desprotección, abandono o extrema vulnerabilidad que posicione a su padre Marcelo SILVERA en las previsiones del inc. f) del art. 32 de la ley 24.660, sino que, conforme los informes socioambientales confeccionados, el menor gozaría de buen estado de salud general y atención medica necesaria, encontrándose bajo el dedicado resguardo y protección de la persona que lo tiene a su cuidado, vale decir la madre, la nombrada Joana BUSTOS. Que, en virtud de ello, se considera que se halla garantizado el interés superior del niño involucrado, desechando los argumentos defensistas.

17.- Que, en suma, de un análisis integral de las distintas circunstancias relativas al arresto domiciliario solicitado respecto al imputado Marcelo SILVERA se concluye que el mismo no resulta procedente.

18.- Por último, el Tribunal no puede permanecer indiferente a situaciones que se relacionan con una debida tutela de derechos reconocidos constitucional y convencionalmente y que, dentro de sus naturales facultades, puede contribuir a solucionar. En ese sentido, el Pacto de San José de Costa Rica reconoce expresamente los derechos a las medidas de protección de los niños (art. 19) como así también lo hace la Convención de los Derechos del Niño ya citada.

19.- Que, en función de ello, el Tribunal ordenará, por intermedio de quien corresponda, un seguimiento del niño Bastián Amir Silvera y, en su caso, los tratamientos psicológicos que resulten necesarios y acompañamiento del grupo familiar por intermedio de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años.

En virtud de lo expuesto, oídas las partes y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, el Tribunal;

Resuelve:

I.- NO HACER LUGAR al arresto domiciliario solicitado por el Dr. José María Abarrategui, en favor del imputado Marcelo SILVERA. Sin costas (art. 530 del CPP).

II.- LIBRAR oficio a la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años, en los términos ordenados en el punto 20 de la presente.

Regístrese, notifíquese y cúmplase. — *Jorge A. Zabala*.

ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL

Hecho cometido por un hombre contra la hija menor de edad de su pareja. Niña de doce años. Embarazo y aplicación de un protocolo abortivo. Agravantes. Promoción a la corrupción de menores. Reconocimiento del hecho y vivencias traumáticas en su minoría de edad tenidas como circunstancias atenuantes.

1. — El imputado deberá responder como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado (dos hechos) agravado por la calidad de guardador, la situación de convivencia preexistente y el grave daño a la salud mental de la víctima y promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de convivencia, en concurso ideal, toda vez que en las circunstancias de tiempo, lugar y modo descriptas en la primera cuestión, el encartado abusó sexualmente de la hija de su pareja, de 12 años de edad, accediéndola carnalmente vía vaginal menoscabando su integridad sexual.

2. — En los hechos el acusado desplegó una serie de conductas cuya objetividad demuestran su ánimo no solo de desahogar un instinto libidinoso con la niña, sino de modificar el normal desarrollo sexual de la misma, para que se manifieste eróticamente de un modo que no es propio de un desarrollo psíquico aún no alcanzado por una niña de doce años de edad. Lo relevante en este caso es la promoción en la menor de una actividad sexual claramente pre-

matura. Como consecuencia del accionar del acusado, la niña fue puesta prematuramente en situación de modificar su desarrollo sexual normal, a través de la conducta del imputado, dirigida intencionalmente a ese objetivo.

3. — Son circunstancias atenuantes el reconocimiento espontáneo, liso y llano que hiciera de los hechos de abuso sexual que se le endilgan, que de alguna manera revela un cierto grado de arrepentimiento que permite vislumbrar como posible una mínima reinserción social.

4. — Debo tener en cuenta como circunstancia atenuante que el imputado por abuso sexual es una persona joven para recomponerse, que manifestó vivencias traumáticas en su minoría de edad en su país de origen y que manifiesta adicciones al consumo de bebidas alcohólicas. Que tiene un hijo menor de edad a quien le debe brindar el sustento que por derecho les corresponde, acción que se dificultaría dentro de un complejo carcelario. Que no presenta antecedentes penales computables. No se considerarán atenuantes su hábito de trabajo e ingresos económicos, pues resultan irrelevantes conforme la naturaleza de los delitos cometidos.

5. — Se rechazan las circunstancias introducidas por la defensa del imputado por abuso sexual con relación a que es extranjero y sus pautas socioculturales lo pueden haber condicionado a los fines de ser valoradas como atenuantes, pues en primer lugar la cultura en la que se sumerge el acusado conforme su nacionalidad no influye en la valoración de la pena, atento que todo extranjero que decida habitar en nuestras tierras debe atenerse a la Constitución Nacional, como así también a la normativa sustancial y adjetiva vigente, lo cual el acusado tenía conocimiento.

6. — Como circunstancias agravantes, se valora la modalidad concreta de los hechos del presente decisorio, en donde se observa que el resultado del delito de abuso sexual culminó en un embarazo al cual se le aplicó el protocolo abortivo, efectuando en una niña de doce años un legrado, situación que necesariamente debe ser contemplada al momento de mensurar la pena.

CCrim. y Correc. 4a Nom., Córdoba, 28/04/2021. - M. Ñ., H. Y. s/ p.s.a abuso sexual con acceso carnal calificado.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/19647/2021]

SAC 7887447

2ª Instancia.- Córdoba, abril 28 de 2021.

1ª ¿Existió el hecho y fue autor penalmente responsable el imputado? 2ª ¿En su caso, que calificación legal merece el mismo? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?; ¿procede la imposición de costas?

A la primera cuestión el doctor *Berger* dijo:

I) Se ha traído a juicio a H. Y. M. Ñ. por supuesto autor responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal reiterado (dos hechos) agravado por la calidad de guardador, la situación de convivencia preexistente y el grave daño a la salud mental de la víctima y Promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de convivencia, en concurso ideal (Arts. 45, 54, 55, 119 tercer párrafo en función de los incs. a, b y f del cuarto párrafo y 125 tercer párrafo del CP).

Los hechos que son base de la acusación han sido transcriptos al comienzo de la presente sentencia, dando así cumplimiento al requisito establecido por el art. 408 inc. 1 del CPP.

II. Al comenzar la audiencia, con anterioridad a la apertura del debate, el Sr. Fiscal de Cámara, la defensora técnica y el acusado H. Y. M. Ñ., expresaron su voluntad de realizar el juicio en los términos del art. 415 del CPP, según Ley Provincial N° 10.457, precisando los términos del acuerdo: el imputado nombrado reconoce lisa y llanamente los hechos atribuidos en la acusación fiscal, las pruebas en que se basan y la pena a imponer que surge del acuerdo referido; al cual el Sr. Presidente asiente en el sentido de celebrar el juicio de conformidad a la norma precitada. Si bien el código de rito no lo requiere, previo celebrar el acuerdo referido, se ha dado intervención al Sr. Representante Complementario de la Víctima, quien ha prestado su consentimiento.

III. Defensa material:

III. a. Previamente a ser interrogado por los hechos contenidos en la acusación fiscal, el prevenido H. Y. M. Ñ. manifestó en relación a sus datos filiatorios y condiciones personales que no tiene sobrenombre, DNI N° ..., nacido el día 5 de noviembre de 1992 en la ciudad de Trujillo, La Libertad de la República de Perú, con domicilio en calle ..., ... de Arguello, Córdoba, hijo de E. M. —fallecido por Covid— y J. R. I. U. Informó que tiene un hijo de 9 años con L. V. C., quien vive con su madre y desconoce su domicilio actual.

Con relación a si padece adicción a las bebidas alcohólicas y/o drogas el imputado informó que no consume ninguna clase de drogas pero sí tiene problemas con el consumo de alcohol y no ha hecho tratamiento.

A preguntas con relación a su alojamiento en el complejo carcelario el acusado H. Y. M. Ñ. respondió que tiene conducta ejemplar en su lugar de alojamiento y no registra antecedentes penales.

En relación a sus estudios y oficios el imputado manifestó que tiene secundaria completa y señaló que al llegar a Argentina trabajó en electricidad domiciliaria, primero en relación de dependencia y luego por cuenta propia, ganaba aproximadamente 16.000 pesos mensuales.

A preguntas formuladas por la Sra. Asesora Letrada Marcela Giletta, el acusado relató que cuando tenía diez años de edad fue abusado por su hermano E., quien es el tercer hijo de su madre, luego de ello no tuvo una buena vida y rechazaba a los homosexuales. Agregó que nunca le contó eso a nadie, siendo los presentes en la sala de audiencias los únicos que conocen del abuso sufrido y nunca recibió apoyo. Expresó que un tratamiento psicológico sería bueno, quiere mejorar su vida y salir transformado. Dijo que vino a Argentina a los 19 años, no recibe visitas y que toda su familia está en Perú y un hermano en Italia. Añadió que en su lugar de alojamiento estuvo trabajando en la panadería, ha estado preguntando sobre algunos cursos y para ingresar a la Facultad, siendo que al venir a este país su intención era desarrollar una carrera universitaria pero fue padre y se dedicó a trabajar.

En cuanto a sus antecedentes penales, durante la realización del debate se informó que H. Y. M. Ñ., Prio. N° ...AG, no registra antecedentes penales computables.

III. b. En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 385 del CPP, previo hacerle conocer al prevenido el hecho intimado, las pruebas incorporadas al proceso, que puede declarar o no y que su silencio no implicara presunción en su contra y que el debate continuará hasta el dictado de una sentencia, como así también se le hace conocer sobre los alcances del juicio abreviado planteado por las partes procesales, en primera oportunidad, el imputado libremente y en forma voluntaria, previa consulta con su defensa técnica, expresó que está de acuerdo con la realización de un juicio abreviado y que reconoce los hechos tal como están descriptos en las acusaciones. Durante el curso del debate y en ejercicio de su derecho de defensa, el prevenido H. Y. M. Ñ. mantuvo su aceptación de los hechos contenidos en el requerimiento fiscal ya descriptos precedentemente, aceptando así de manera circunstanciada y llanamente su participación y culpabilidad en los ilícitos por el que viene acusado; manifestaciones realizadas con la asistencia de su asesora letrada.

En oportunidad de concederle la última palabra al acusado durante el debate, dijo que "pido perdón a L. V. C. por las cosas que han pasado, no supe amarla como debía, estoy arrepentido, pido perdón de corazón, pido misericordia, me duele mucho lo de mi madre, pienso en mi padre que es una persona de avanzada edad, me preocupa el coronavirus, no quiero que me vaya sin disfrutar de mi hijo".

IV. Durante el juicio, el Sr. Presidente, conforme lo solicitado por el Sr. Fiscal de Cámara y la adhesión de las partes procesales, procede a la incorporación al debate por su lectura del material probatorio que se encuentra en condiciones legales de ser incorporado correspondiente al hecho contenido en la Requisitoria Fiscal de fs. 406/427: Testimoniales de: A. I. D. (fs. 9/11 y 70), F. A. C. A. (fs. 12/16 vta.), Cabo D. F. P. (fs. 22 y 53/53 vta.), Sub Comisario P. A. M. (fs. 26/27), Sargento L. del . O. (fs. 40/40 vta. y 42/42 vta.), M. L. E. (fs. 76/77), Oficial Ayudante N. D. O. (fs. 109/109 vta.), J. J. V. N. (fs. 117/118 vta.), E. F. G. (fs. 123/123 vta.); Sargento Ayudante P. D. P. (fs. 207/207 vta. y 242/242 vta.); L. V. C. (fs. 233/238 y 287); Exposición informativa en Cámara Gesell de D. E. A. V (fs. 224/229); Documental - Informativa: acta de secuestro (fs. 8, 21, 41, 43), copia de Documentos Nacional de Identidad (fs. 17/17 vta. y 222), informe técnico médico de D. E. A. V. N° 2702436 referente a la Cooperación Técnica N° 738742 (fs. 24/25), acta de detención de H. Y. M. Ñ. (fs. 28/28 vta.), croquis ilustrativos (fs. 29, 54,110 y 243), informe de abordaje psicológico de contención y atención primaria de D. E. A. V. (fs. 47/48); informe de abordaje psicológico de atención primaria del testigo menor de edad A. V. de 6 años de edad (fs. 115), informe de abordaje psicológico de atención primaria del testigo menor de edad S. J. A. V. de 10 años de edad (fs. 116), informe y copia certificada de historia clínica de la menor D. E. A. V. remitida por el Centro Municipal de Salud N° 62 de esta ciudad (fs. 133/151), copia de informe y actuaciones del Consejo Interdisciplinario de Procesados (fs. 184/187), Informes Sección Medicina Legal: N° 2.705.865 (f. 244) y N° 2.702.459 (fs. 245/245 vta.), Informes Sección Fotografía Legal: N° 2.702.460 (fs. 246/251), N° 2.732.931 (fs. 252/255), N° 2.740.852 (fs. 256/257), N° 2.706.074 (fs. 258/269), N° 2.728.114 (fs. 272/274); Informe Sección Planimetría Legal N° 2.706.075 (fs. 270/271), Informes Sección Química Legal: N° 45.879 (270.3016) (fs. 275) y 45.880 (270.3017) (fs. 276); partida de nacimiento de D. E. A. V. (fs. 221/221 vta.); informe de rendimiento escolar de D. E. A. V. (fs. 314/317), Informe Sección Grafocrítica N° 2.732.941 (002/19) (fs. 318/319 vta.), Informe anatomopatológico N° 010/19 - Autopsia 1537/18 (fs. 328), informe del artículo 221 bis de D. E. A. V. (fs. 335/335 vta.), Informe Técnico de apertura telefónica N° 2.842.863 (fs. 352/362), informe del Registro Nacional de Reincidencia (f. 375). Informe de Unidad de Análisis de Telecomunicaciones (fs. 382/384 y 394/398); Pericial: Pericia psicológica del imputado H. Y. M. Ñ. N° 4017/18 (f. 334), pericia psicológica

de D. E. A. V. (fs. 336/338), Pericia de huella genética (ADN) (fs. 386/391); Instrumental: planilla prontuarial del encartado H. Y. M. Ñ. (fs. 113) y demás constancias de autos.

V. Alegatos.

a) En oportunidad de formular las conclusiones finales, en primer término el Sr. Fiscal de Cámara, expresó, conforme a lo prescripto por el art. 402 del CPP, que ha sido traído a juicio H. Y. M. Ñ. y señaló el relato minucioso de la víctima y los relatos de su madre y abuela. Añadió a la prueba aportada, la intervención de los profesionales médicos que atendieron a la víctima en el dispensario y, el resultado del abuso, el embarazo de la víctima.

Desarrolló los dos hechos de abuso ocurrido los días 20 y 25 de octubre de 2018. Detalló que el primero ocurre un sábado, en horas del mediodía, aprovechando la ausencia de la madre, el imputado llama a la víctima al cuarto de él, le toca la pierna, les dice a los hermanitos que salieran y, pese a la resistencia de la víctima le baja el pantalón corto, la tira a la cama y le introduce el p... en la v... Respecto al segundo hecho relató que fue a los pocos días, se reproducen las mismas circunstancias, en esta oportunidad la niña no se resistió porque en caso de hacerlo nuevamente sería accedida por la fuerza y como consecuencia, al examen ginecológico, sufrió un desgarro. Afirmó que son circunstancias prematuras excesivas aptas para corromper, y además se verificó un grave daño psicológico.

Expresó que la investigación comenzó con la denuncia de la médica del dispensario, Dra. E., quién declaró que la madre de la nena se hizo presente y le expresó que la menor estaba embarazada, al tiempo que informó la voluntad de la niña de interrumpir el embarazo. Manifestó que al día siguiente le hacen una ecografía y corroboran el embarazo. Aclaró que la víctima en un primer momento reprodujo un relato elaborado por el acusado, refirió que había tenido relaciones con un joven de la escuela de nombre A. y que este le dijo que abortara. Posteriormente, se comprobó que no existía el tal A. y la menor reconoció que fue violada por el acusado. Declaró, tenía miedo de verbalizar lo ocurrido. Resaltó que la Lic. B. E. le dijo que lo escribiera e hizo una nota que está agregada en autos, lo mismo dijo A. I. G. Declaró la abuela de la niña, F. A. C. A., quien dijo que su hija L. V. C. le comentó que su hija estaba embarazada.

Consideró que la víctima, al hacer el abordaje psicológico, hizo un relato concreto, sin fisuras y en igual sentido, lo mismo ocurrió en la Cámara Gesell, prueba que llevó a cabo la Lic. Sofía Plaza, básicamente, dijo que su padrastro tuvo intimidad con ella y la abusó. Resaltó que la nena de 12 años dijo que él era como su padre y expresó "soy una niña y no quiero", "él quiso tener sexo, yo me alejaba, él se acercaba, me sentí mareada" finalmente le introdujo el p... por la v... Desarrolló que ella dijo que, la segunda vez, si le decía que no, iba a hacerlo de nuevo por la fuerza, refirió que no se cuidó, no utilizó preservativo. Detalló que el acusado compró un chip, inventó una historia y lo mandó al teléfono de la niña, todo esto está certificado en la causa. Consideró que no obstante haber violado dos veces a la niña tiene la frialdad para crear esta historia y luego cuenta cómo se entera de su embarazo.

El acusador desarrolla la pericia psicológica de fs. 155, la que da cuenta de indicadores de victimización de índole sexual, de estos mecanismos defensivos y adaptativos, dice que no hay ningún tipo de factor de fabulación, confabulación o mitomanía. Se mencionó también que hay un claro daño grave, como consecuencia de los hechos, se advierten mecanismos de disociación y negación. Indicó como prueba relevante un informe médico de fs. 24/25, el que da cuenta de un embarazo de seis semanas, lo cual puso en marcha el protocolo, se le practicó un legrado, un aborto y una pericia genética que determina los marcadores genéticos, que los restos de ese legrado coinciden con el material genético del imputado. Declaró también el enfermero que la recibe a la víctima en su primera intervención en el Centro de Salud 62, quien dijo lo mismo que sus compañeras. Refirió al testimonio de L. V. C. quien narró todo lo ya expresado como así también la apertura del teléfono del cual surge el mensaje. Informó que se ha instado acción penal y está agregada la partida de nacimiento que acredita el vínculo de la niña con L. V. C.

Con relación a la calificación legal, determinó que los encuadres jurídicos asignados a H. Y. M. Ñ. en el requerimiento fiscal son correctos, brindando las argumentaciones correspondientes, siendo estos: Abuso sexual con acceso carnal reiterado (dos hechos) agravado por la calidad de guardador, la situación de convivencia preexistente y el grave daño a la salud mental de la víctima y Promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de convivencia, en concurso ideal (Arts. 54, 55, 119 tercer párrafo en función de los incs. a, b y f del cuarto párrafo y 125 tercer párrafo del CP).

En cuanto a la pena estimó justo imponerle once años de prisión. Refirió que es un hecho grave que tuvo como consecuencia que la niña resulte embarazada, a favor del imputado consideró que es joven, un tratamiento puede ayudarlo en sus problemas de psicosexualidad, tiene un hijo que necesita de un buen ejemplo, no tiene antecedentes penales, ha confesado. En contra del imputado expresó que se meritúa

la naturaleza del hecho, el resultado de embarazo y posterior aborto en una niña.

b) A su turno, el Sr. Asesor Letrado Eduardo S. Caeiro, expresó que comparece en representación de D. E. A. V. y destacó que a lo largo de la instrucción de la causa se han respetado todas las garantías procesales, constitucionales y convencionales. Manifestó que coincide con el Sr. Fiscal en la subsunción legal y monto de la pena y agregó que en un caso como este la pena de once años es justa y eventualmente V. E. no puede morigerar la pena. Determinó que es un hecho grave, el imputado no utilizó preservativo, dejó expuesta a la víctima a eventuales enfermedades venéreas, se verificó un posterior aborto que sin dudas repercute en su desarrollo psicológico y psiquiátrico, va a necesitar apoyo. Además, dijo que el imputado recientemente contó que fue abusado por un hermano y no obstante haber atravesado esta experiencia, no se abstuvo de realizar actos de mismo tenor. Así concluyó su alegato.

c) Por último, concedida la palabra a la Sra. Asesora Letrada Marcela Gilleta, manifestó que adhiere a lo expresado por el Sr. Fiscal en cuanto ha habido un acuerdo en los términos del art. 415 del CPP, el cual ha sido voluntariamente aceptado por el imputado. Destacó que en este período de pandemia el imputado perdió a su madre y no la pudo despedir. Recordó que la pena tiene fines resocializadores, que debe ponderarse que se parte de un mínimo de pena muy alto, ello se observa si es comparada con la de un homicidio, que parte de 8 años. Refirió que es una persona que carece de antecedentes, de la cual no podemos obviar que sus pautas de conductas seguramente están vinculadas a su medio social, vivió en un lugar pequeño, ciudad de Trujillo, fue abusado. Con relación a la impresión de visu, dijo que debemos tener en cuenta que lo vemos a distancia, es una persona que accede a un juicio por video conferencia, la escucha tiene ciertas limitaciones, no podemos olvidarnos de esta pandemia, estamos ante un extranjero, sus pautas socioculturales lo pueden haber condicionado, ha vivido un trauma de niño que nunca abordó. Por todo ello, la defensa técnica solicitó una morigeración de la pena y expresó que no debe olvidarse que tiene pocas o nulas posibilidades de acceder a una libertad condicional, finalizando así su alegato.

VI. Valoración de la Prueba.

Como cuestión liminar, corresponde destacar que el presente juicio se desarrolló bajo la modalidad prevista en el art. 415 del CPP (juicio abreviado), por lo que teniendo en cuenta la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Provincial "*in re*" "Molina, Silvia L. y otro p.s.s.a.a comercialización de estupefacientes agravada - recurso de casación" (TSJ, Sala Penal, Sentencia N° 294 del 27/06/2016), antes de aceptar el acuerdo al que arribaron las partes, he controlado que la anuencia por el imputado con la pena acordada sea expresión de su libre voluntad; que las calificaciones contenidas en la acusación fiscal, base del juicio abreviado sean correctas y que la sanción sea adecuada a ellas, por estar dentro de las escalas penales previstas para esos delitos, con el límite —en su máximo— del pedido del Fiscal.

No obstante, más allá de la confesión libre, lisa y llana que realizara el acusado H. Y. M. Ñ., respecto a la existencia de los hechos y a su participación penalmente responsable en los mismos —en ejercicio pleno de su derecho de defensa y asistido eficazmente por la representante legal—, como Tribunal tengo la obligación y el deber de fundamentar por qué aquella confesión encuentra asidero en la prueba legalmente incorporada. Es que, la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al tribunal —entre otros recaudos— tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio (De la Rúa, Fernando, La casación penal, Depalma, 1994, p. 140), y efectuar dicha ponderación conforme la sana crítica racional —lógica, psicología, experiencia— (art. 193 CPP) (TSJ, Sala Penal, S N° 113, 16/04/2018).

Pasando al análisis concreto del supuesto traído a estudio, adelanto mi opinión en el sentido de que en virtud de las pruebas de cargo incorporadas legalmente al proceso, me convenzo de que se han acreditado, con el grado de certeza requerida en esta etapa, los extremos de las imputaciones jurídicas delictivas, esto es, la existencia de los hechos, como la participación punible del imputado, conforme la acusación fiscal fijada durante el debate, por las razones que serán esgrimidas a continuación. Veamos:

a. Las circunstancias de tiempo, lugar y modo como así también la participación del acusado H. Y. M. Ñ. en el mismo, fueron fehacientemente demostradas por la víctima del delito como así también por prueba independiente.

En efecto, la noticia criminis es aportada por la Licenciada B. E. el día 21 de diciembre de 2018 por ante la Unidad Judicial de Delitos contra la Integridad Sexual. Que la profesional se desempeña como Licenciada en Psicología en el Centro Municipal de Salud —Dispensario— N° 62 de Barrio V. C. de esta ciudad de Córdoba, lugar donde tomó conocimiento de los hechos ilícitos contenidos en la plataforma fáctica, en el marco del cumplimiento de sus tareas laborales. Así las cosas, describió el primer contacto con la madre de la víctima L. V. C. y la menor D. E.A. V. de 12 años de edad, con fecha 12 de diciembre de 2018. En dicha oportunidad, la Sra. L. V. C. informó que D. E. A. V.

estaba embarazada y acompañó un test de embarazo con resultado positivo, realizado el día anterior a la consulta, es decir, el día 11 de diciembre de 2018. En el marco de dicha entrevista, la madre de la menor manifestó la voluntad de interrumpir el embarazo, expresada por la propia menor. La licenciada informó que el día 13 de diciembre de 2018 la Sra. L. V. C. y la niña D. E. A. V. nuevamente regresaron a dicho centro de salud, oportunamente citadas a fin de realizar a la víctima una ecografía y una entrevista psicológica.

Señaló la Lic. B. E. que en el marco de la entrevista psicológica realizada a D. E. A. V. "le pregunté cómo se sentía y cómo estaba. Me dijo que estaba bien, que le falta el ciclo, que creía que estaba embarazada. Me dijo que se había hecho un test de embarazo y que le había dado positivo. Yo le expliqué que el embarazo estaba confirmado. Me dijo que no quería tener al bebé, que era muy niña. Le pregunté si quería contarme cómo había sucedido. Me relató que había sido con un joven de la escuela, que iba a tercer año. Que se llamaba A. Que ella le dijo que estaba embarazada y él le dijo que aborte. Me dijo que en su casa no alcanzaba el dinero, que ella era una niña, que cómo iba a hacer para tener a ese hijo. Que no lo quería tener". Luego de tal entrevista, la denunciante refirió que le practicaron a la niña una ecografía, la cual confirmó en ese momento un embarazo de cinco semanas de gestación.

Por su parte, la denunciante refirió haber comparecido al colegio educativo de la niña —...— lugar donde personal de tal establecimiento informó a la Lic. que "no existía ningún alumno de tercer año de nombre A. y que no había escuchado ningún rumor de que D. tuviera algún novio en la escuela". Ante esa situación, la denunciante citó a la Sra. L. V. C. y D. a comparecer al dispensario el día 21 de diciembre de 2018, donde dialogaron con la niña aclarándole que: "habíamos estado en la escuela. Que sabíamos que A. no existía. Que podía contarme lo que había sucedido. Le expliqué lo que era un abuso sexual. Que la entendía, pero que podía confiar en mí. Me dijo que fue J. —por el imputado H. Y. M. Ñ.—, que había abusado de ella. Que no quería que él vaya a la cárcel. Que un día, le había tapado la boca cuando estaba en su casa y la había llevado a su pieza. Que salió llorando de ahí y que su hermano le preguntó qué había pasado, y ella no se animó a contarle. Su madre estaba trabajando. Me dijo que tenía miedo, por eso no lo había contado. No le pregunté más. La dejé sola un rato y escribió en una hoja lo que le había pasado y me la entregó. Hoy me dijo que su abuela ya sabía lo del embarazo" (v. fs. 2). Dicha nota fue entregada en forma espontánea por la Lic. B. E. y secuestrada por el Cabo D. F. P., conforme surge del acta de secuestro obrante a fs. 8, y la que posteriormente fue remitida a la Sección de Fotografía Legal encontrándose glosado el pertinente informe técnico (v. fs. 252/255). Que la nota reza "Mi papá H. Y. M. Ñ. hace dos meses atrás estaba abusando de mí, el abusaba cuando mi mamá L. V. C. no estaba en la casa y el me llevó al cuarto de mi mamá me tapó la boca para que no grite y abusó de mí, cuando lloraba mis hermanos me preguntaba que me pasaba y yo les dije mentiras. Él me dijo que no diga nada porque le van a meter a la cárcel y por eso inventé toda una historia de un chico de 3° grado solo que le cambie el nombre para que no se enteren de la verdad. Yo no quiero quedarme sin papá de nuevo, tampoco quiero tener a este bebé...".

En idéntico sentido, declaró A. I. D. quien se desempeña como médica de familia en el mismo Centro de Salud N° 62 de Barrio V. C., quien confirma el primer contacto efectuado con la Sra. L. V. C. junto a su hija D. E. A. V. de 12 años de edad, el día 12 de diciembre de 2018, sostiene las declaraciones efectuadas por su colega la Licenciada B. E. y añadió que en un primer momento las nombradas fueron atendidas por el enfermero del lugar, M. E. Sostiene el primer relato de la víctima respecto a que había tenido relaciones sexuales en noviembre, con un chico que se llamaba A., que iba a tercer año de su mismo colegio.

La licenciada informó que el día 17 de diciembre de 2018, en compañía de la niña D. E. A. V. se constituyó en el Hospital de la Maternidad Nacional. Asimismo, frente a la información obtenida por la Lic. B. E. en el que había tomado conocimiento que no había ningún alumno llamado A., ni en segundo ni tercer año del Colegio, es que entrevistaron nuevamente a la niña, el día 21 de diciembre de 2018 en el Centro de Salud N° 62 de esta ciudad, quien confesó que en realidad no había tenido relaciones sexuales con ningún A., que había mentido, aclarando que en realidad, su padrastro había atentado contra su integridad sexual. Agregó la testigo que cuando habló con la menor, la misma le manifestó que H. Y. M. Ñ., hace varios días, le preguntaba todo el tiempo lo que había hablado con la psicóloga.

En similares términos, se receptó declaración a M. L. E., enfermero del Centro de Salud N° 62 de Barrio V. C. de esta ciudad, quien relató y sostuvo las mismas circunstancias establecidas por las Licenciadas E. y D. en sus respectivos testimonios.

En virtud del relato de D. E. A. V. las licenciadas intervinientes se hacen presentes en el domicilio de la abuela materna de D. E. A. V., F. A. C. A., a quien anotician de la situación de la menor, culminando así, en la denuncia penal efectuada por la Licenciada B. E.

En el marco descripto, se receptó declaración testimonial a F. A. C. A. quien confirmó las manifestaciones de las licenciadas intervinientes y añadió en

cuanto a los comportamientos del imputado H. Y. M. Ñ.: "notaba cosas raras. Que la miraba diferente a ella —en alusión a la niña D. E. A. V.—. Cuando salía, siempre se iba con ella y a los otros chicos —por los dos restantes hermanos de la niña— no los llevaba. Eso siempre se lo cuestioné a mi hija. La respuesta de ella era que los otros chicos no querían ir. D. E. A. V. era de quedarse a solas con él porque mi hija trabajaba y estudiaba" (fs. 12 vta.).

Tras la referida denuncia y los testimonios de mención, la niña D. E. A. V. intervino por primera vez en forma directa el día 21 de diciembre de 2018, al llevarse a cabo su abordaje psicológico de contención y atención primaria en la Unidad Judicial de Delitos contra la Integridad Sexual. En dicha oportunidad, la niña efectuó a la profesional interviniente, Lic. Roxana Nora Zárate, un relato claro, conciso y sin fisuras de lo sucedido al momento de los hechos, indicando categóricamente a su padrastro —el imputado H. Y. M. Ñ.— como autor de los mismos.

Así entonces, con relación a la existencia histórica del hecho, la participación del acusado y circunstancias de tiempo, lugar y modo de realización de los mismos, destaco sus dichos en la entrevista de contención psicológica inicial. La niña relató que: "Hubo un abuso... yo, este, cuando mi mamá trabaja, me quedo en mi casa con mis hermanos y mi padrastro los manda afuera, y mi padrastro me comienza a tocar, y yo no quiero, y él me sigue tocando, y yo no quería ni siquiera tener intimidad, y él quiso tener intimidad a la fuerza (...) Él hizo intimidad conmigo, aunque yo no quería, entre el 20 y el 25 de octubre. Relata que al enterarse su padrastro de la falta del ciclo, inventó una historia que tenía intimidad con un chico del colegio, porque él me dijo que no le diga nada a nadie... él me dijo que inventara esa historia para que así se la crean. Le dije a mi mamá (la historia inventada), se enojó, bueno, después se preocupó y compró un test de embarazo (...) Su madre la llevó a su ginecóloga, A. I. G., en el centro de salud de V. C., que la ginecóloga la llevó a hacerse una ecografía y por ese medio habría constatado que en ese momento estaba embarazada de 5 semanas y 3 días (...) Cuenta que su psicóloga, Lía, del centro de salud de V. C. sospechaba que ella había sido abusada y que habría ido al colegio a averiguar si había algún chico de 2° o 3° año, de nombre A., y encontró que no había ninguno (...) que su padrastro la obligó a intimar en contra de su voluntad en dos oportunidades, entre el 20 y el 25 de octubre; que en su casa a un cuarto le pusieron divisorios y lo convirtieron en tres cuartos, en uno duermen su madre y su padrastro, en otro sus hermanos varones y en otro, ella sola. Que estos dos hechos ocurrieron en el cuarto de su madre (...)".

Resulta transcendental la exposición informativa en Cámara Gessell de la niña D. E. A. V., entrevistada por la Lic. S. P., psicóloga del Equipo de Tratamiento e Intervención en Víctimas de Delitos contra la Integridad Sexual, confirmando y complementando las circunstancias indicadas precedentemente. Desarrolla con mayor exactitud la modalidad comisiva establecida por el acusado, señalando a H. Y. M. Ñ. como autor de los ataques, sin presentar contradicciones en este aspecto.

Se desprende de la exposición de la menor los extremos de la imputación, esto es, que "...mi padrastro (...) cuando mi mamá no estaba (...) en octubre del 2018 (...) un sábado mi mamá tenía que ir a trabajar (...) Después él me llama, según él para ver una película (...) en el cuarto de mi mamá (...) él se comenzó a acerca a mi. Me comenzó a tocar (...) mis piernas primero. (...) mi mamá tiene su cama de dos plazas y yo me senté en una partecita casi del fin. Yo estaba sentada de este lado mientras él estaba echado de este lado (...) después él se paró y yo me alejé un poquito, y él se acercó más y le dije que no haga eso porque soy su hija (...) entonces él dice "pero eres muy bonita" y yo le digo "si, pero yo soy tu hija". Primero se alejó, y bueno, yo me senté bien, ya no estaba en el rincón, después salió afuera y le dijo a mis hermanos que se vayan (...) al patio a jugar. El después vino y cerró la puerta del cuarto de mi mamá y entonces él me dijo que me pare (...) yo me paré y él estaba acá, (...) y entonces él se acercó y primero me abrazó. Yo lo abracé también y entonces él después me bajó mi short y yo le digo "que haces" y él me dice "nada". Después él se bajó su pantalón, él me tiró a la cama y —la cama de mi mamá es un poquito alta— él me tiró y el vino, sacó su parte íntima y me bajó mi bombacha. Entonces él quiso tener intimidad y yo quería decirle que no porque no puede hacer eso porque es mi papá, pero no se lo dije, pensándolo bien porque dijo mi profesora que eso es lo que hace un hombre con una mujer, no con una niña. Estaba pensando, y viene y se me acerca más, yo lo traté de alejar pero no se quería alejar; cada vez que lo alejaba se me venía más cerca y yo me sentí media mareada ahí y casi no tuve ni fuerzas para sacarlo. Y bueno, me puso su parte íntima en mi parte íntima. (...) Lo que la profe nos enseñó es que los varones tienen p... (...) Lo metió en mi v... (...) No, la primera vez. Bueno, y la segunda vez fue entre semana, no había nadie en mi casa, y mis hermanos estaban en su futbol y ahí ya me asustó estar sola y después él vino. Yo pensé que iba a venir y se iba a ir con sus amigos, como él siempre sale a tomar... pero no, él se quedó (...) no me acuerdo si fue un martes o un jueves (...) Octubre (...) Trabaja (haciendo referencia a su madre) fuera de mi casa. Ese día trabajó en costura cerca de la Donato. Está la mamá de mi madrina y con ella trabajaba, hacia uniformes, ropita para bebé y todo... (...) Yo pensé que iba a ir con sus amigos, porque él cuan-

do llega a la casa, viene, se baña, se cambia y se va, porque él siempre va a tomar con sus amigos. Bueno, pero vi que no era así y ya me comencé a asustar; y yo esa vez quería experimentar qué era, cómo se sentía y tuvimos intimidad. La primera vez no se cuidó y la segunda tampoco nos cuidamos (...) Sentí como un impulso, y luego digo: "¿estará mal lo que voy a hacer?" y encima me ponía a pensar, "si mi mamá se entera" y digo "no, qué se va a enterar" (...) Fue en la casa de mi mamá y en el cuarto de mi mamá porque mi cuarto era muy chiquito. Bueno, él me llevó al cuarto de mi mamá, y me preguntó si yo quería tener intimidad con él y yo dije: "si digo que no, va a ser lo mismo que la otra vez" y me quedé pensado un rato y me dice "y... ¿sí o no?" y yo digo "si". Y bueno después me ponía a pensar si hice bien o si hice mal en decirle que si (...) Él me bajó mi pantalón, él se bajó su short, e hizo igual que la primera vez pero ya no a la fuerza. (...) Él me bajo mi pantalón, y él se bajó su short, y él me bajó mi bombacha y él se bajó su bóxer y él de nuevo hizo lo que hizo la primera vez de poner su p... en mi v... (...) Y después justo ese día estaba haciendo mi tarea que la profe nos dio, que era de la familia (...) Después se fue, se bañó, se cambió y se fue y yo seguí haciendo mis tareas. Y después mi mamá llega y me dice "¿y tu padre?" y le digo "se fue con sus amigos" y después me dice "¿y a ti que te pasa?" y no le digo que nada y ella me dice "seguro has estado peleándote en el colegio tu". (...) No sé, no vi la hora. Pero primero me asustó un poco pero si yo le decía que no, él lo iba a hacer igual que la vez pasada. La primera vez que él quiso tener intimidad conmigo, no se cuidó (...) No usó preservativos. Y en el colegio decían que es muy necesario usar preservativos (...) Sí. Porque si no se cuidan las mujeres y los hombres pueden quedar embarazadas. En ninguna de las dos veces usó (...) No, solo fueron esas dos veces. Después lo que él hacía era comparación de mis hermanos, conmigo. Me compraba a mí más cosas que a mis hermanos, y a mi mamá no le gustaba, dice que si no tiene para los tres, que no compre para uno, que compre para los tres por igual. Él quería comprar cosas para mí y después comprarles cosas a mis hermanos (...) Porque ese día, mi maestra nos dejó una tarea que tenía que contar lo que pasa en mi casa, como es mi relación con mis padres y mis hermanos, todo eso, y yo no sabía si poner lo que él me había hecho o no, y ahí estaba medio dudosa. (...) Me sentí un poco extraña al principio, después me sentí normal como antes, y a segunda vez que lo hicimos, me sentí más extraña que la primera vez que él me hizo eso. No sabía... (...) Él inventó toda una historia, compró un chip, porque yo antes de que compre ese chip le dije que tenía un atraso y él me dice "¿por qué?" y le digo que porque no me venía mi mes, no me venía mi regla y me dice "después te vendrá". Esperé hasta el 25 de noviembre pero no me había venido y yo digo "bueno, seguro me vendrá". En diciembre tampoco me vino, me tenía que venir entre el 5 y el 8 de diciembre pero no me ha venido y a la semana siguiente, creo que fue un miércoles, él compró antes un chip, lo puso en su celular, inventó una historia de que yo andaba con un chico de tercer año del colegio (...) Él inventó esa historia para que mi mamá no lo echara de la casa (...) Yo al principio le dije "yo le voy a decir a mi mamá por lo que hiciste la primera vez" y él me dijo que no porque mi hermano se iba a quedar sin un padre. No quiero que sufra mi hermano porque lo que yo he sufrido por no tener un padre biológico a mi lado. (...) En la primera vez, me faltó contar esto, que mi hermanito más chiquito vio (...) Que yo tenía mi pantalón abajo y que él también y me hermanito le dijo "¿qué le haces a mi hermana?" y él le dice "le estoy pegando porque no tiene la comida lista, me da comida quemada y todo eso" (...) La primera vez y se asustó mucho y después, yo esa vez me fui a llorar al cuarto y él me dice "no le hagas caso, él siempre es así ¿estás bien?". Si, le dije yo. (...) Mi padrastro compró un chip. Envió un mensaje. Ese mismo día a la noche salió y comprar el pan y por ahí arrugó el chip y lo botó para que no se enterara mi mamá. (...) Diciendo "Hola D., soy A., fue muy lindo lo que pasó entre nosotros, todo así, como una historia (...) Una vez que él haya mandado el mensaje me dijo que yo tenía que hacer una dramatización, como llorar, todo eso. (...) Yo le hice caso y yo le digo a mi mamá "mira ma, te tengo que contar algo, no quiero que te enojes, pero tampoco quiero que te alejes de mí, ni nada por eso" me dice "¿qué es lo que hiciste ahora? Decime no me voy a enojar contigo" y yo le dije "mira, yo con un chico —con el chico que mandó el mensaje—, en el colegio tuvimos intimidad, no nos cuidamos y ahora no me viene mi mes" y mi mamá me dijo que por qué hice eso, si yo era una niña... Y esa noche, mi padrastro, mi mamá y yo, fuimos a una farmacia a comprar un test de embarazo para ver si estaba embarazada. Primero se veía una rayita y yo pensé que iba a salir negativo y yo digo felizmente no estoy embarazada, pero después se empezó a notar dos rayitas. Mi mamá dice "¿y ahora que hacemos?". Me preguntó si yo quería tener al bebé y yo le dije que no. Fuimos al hospital de Unquillo para ver si me podían hacer un aborto pero le dijeron a mi mamá que no, me trataron de convencer de que lo tenga. Al día siguiente me fui al dispensario que está cerca de mi barrio, a dos cuadras nomas, para saber si me podían dar pastillas abortivas. (...) Primero me llevaron a hacer una ecografía y saber de cuántas semanas estaba; y yo estaba de 5 semanas y 3 días y mi mamá me dice "no creo que tu hayas tenido intimidad con ese chico hace un mes o más de un mes, primero me dijiste que tuvieron intimidad hace poquito" entonces yo le digo: "si, tuve intimidad con el chico antes de que seamos novios". Le dije una mentira tras otra mentira a mi mamá..." (fs. 224/229).

Del contenido de dicha entrevista, se elaboró el informe del art. 221 bis del CPP, el que da cuenta "(...) la entrevistada refiere de manera espontánea acerca de dos presuntas vivencias de inadecuación sexual que la misma habría atravesado con el denunciado, quien sería pareja de su madre (...) pudo dar cuenta de manera precisa de las circunstancias de tiempo, lugar y modo (...) menciona de manera detallada información específica así como de contexto en torno a lo investigado (...) A lo largo de la entrevista, la niña evidenció un discurso fluido y pormenorizado, consiguiendo responder a las distintas cuestiones solicitadas en esta intervención".

Del abordaje psicológico inicial y la exposición informativa efectuada en Cámara Gessell por la menor víctima, se desprenden los extremos de la imputación jurídica atribuida al acusado H. Y. M. Ñ. En este punto de análisis, es necesario tener en cuenta que la víctima D. E. A. V. tenía 12 años de edad al momento del inicio de los actos típicos (ver partida de nacimiento, fs. 221), lo que resulta conveniente recordar que en estos casos se ha sostenido inveteradamente que las reglas de la sana crítica en materia de relatos de niños víctimas y testigos de delitos tienen un perfil diferenciado (TSJ, S. N° 223, 27/06/14, "Diovisaldi"; S N° 312, 29/08/2014, "De Cabrera"; S. N° 313, 04/08/2015, "Altamira", entre otros). A través de su jurisprudencia, se ha resaltado reiteradamente la importancia de la directriz insertada en el derecho de los niños a la no discriminación, conforme a la cual cada niño "tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz, y a que su testimonio se presuma válido y creíble hasta que se demuestre lo contrario, siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia" (TSJ, "Diovisaldi", cit.).

En efecto, la relevancia asignada a estos elementos de prueba se corresponde con las reglas que rigen la ponderación del relato de niños víctimas de abusos sexuales. Numerosa jurisprudencia ha destacado que su relato no puede ser analogado en su tratamiento al de un adulto, no debiendo someterlos a un minucioso examen lógico, en desmedro de los rasgos distintivos que le confieren la madurez y afectividad propias de su edad (TSJ, Sala Penal, "Battistón", S. N° 193, 21/12/2006; "Cuello", S. N° 363, 27/12/2007; "Farías" S. N° 48, 03/03/2017). En ninguna esfera de su vida en relación —familiar, escolar, social, etc.—, quien se comunica con un niño lo hace con la expectativa de obtener de su pequeño interlocutor un razonamiento impoluto; y no existen motivos para mensurar con inmutable rigor la narración que ofrece un niño cuando es convocado a declarar en un proceso penal.

Teniendo en cuenta estos parámetros de valoración respecto a la exposición efectuada por la niña D. E. A. V., debemos destacar que su relato ha sido intachable, brindando no solo el tiempo y lugar en el que se ha producido los hechos, sino también desarrollando la modalidad comisiva establecida en los mismos e identificando al autor de manera inequívoca y determinante.

Resulta de real significancia, el dictamen pericial obtenido tras el examen psicológico de la niña afectada, conclusión que especifica que no se advierten factores que permitan inferir fabulación, confabulación, sugestionabilidad y mitomanía o relato de episodios que no se condigan con la realidad.

Que la credibilidad del relato de la menor, no solo se desprende del dictamen precedente, sino también del material convictivo colectado del cual resulta evidente que H. Y. M. Ñ. abusó sexualmente de la menor, tal como lo relató la propia víctima en varias oportunidades, lo que resultó corroborado por prueba independiente y contundente. Veamos:

a) Por un lado el examen médico N° 2.702.436 (Coop. N° 738.742) surge que D. E. A. V. presenta en el himen un desgarro completo en hora 9 de origen antiguo. (Ver fs. 25) como así también que durante la revisación, la niña se encuentra acompañada por su médica de cabecera Dra. A. I. D., quien informa que D. E. A. V. se encuentra cursando embarazo de seis semanas, con ecografía realizada en el Centro de Salud N° 33 de Arguello. Esto se encuentra debidamente corroborado con la copia certificada de historia clínica de la menor D. E. A. V. remitida por el Centro Municipal de Salud N° 62 (v. fs. 128/151).

Cabe destacar que, tomando como puntos de referencia para el cómputo de las semanas aproximadas de gestación de la niña, por un lado, la fecha en que la D. E. A. V. refiere que habrían sucedido los hechos, esto es entre el 20 y el 25 de octubre de 2018 (conf. surge del informe de abordaje de contención y atención primaria y de su informe técnico médico) y por otro, la fecha de realización de la ecografía tocoginecológica —13/12/2018— (conf. surge de la historia clínica de la niña), se desprende el trascurso de las seis semanas aproximadas de embarazo, lo que lleva a inferir que —inicialmente— la niña quedó embarazada fruto de los hechos de abuso cometidos por el imputado.

b) Nueva declaración testimonial de la Dra. A. I. D., quien da cuenta de la interrupción del embarazo de la víctima D. E. A. V. practicado el día 28/12/2018 en la Maternidad Nacional, habiéndose tomado conocimiento de los hechos de abuso sexual de los que la niña que resultó víctima y puesto en marcha el protocolo médico correspondiente (v. fs. 70).

c) Pericia de huella genética (ADN), confeccionada por el Instituto de Genética Forense, cuya muestra consiste en el material biológico recolectado y receptado tras la interrupción del embarazo de la víctima, además de las muestras indubitadas de referencia —tanto de la niña como del encartado— oportunamente recolectadas y debidamente resguardadas (fs. 164/164 vta.) a los fines de determinar el vínculo de filiación paterna del imputado H. Y. M. Ñ. y el material biológico extraído del legrado realizado a la niña D. E. A. V. En esta línea probatoria, se introduce al proceso la pericia de ADN, prueba que resulta contundente en cuanto a la acreditación de los hechos y la autoría del imputado H. Y. M. Ñ. en los mismos, de la que surge en relación al "Material de legrado" que en los marcadores genéticos autosómicos, se tipificó una mezcla de perfiles genéticos, que por tratarse de material de legrado practicado a D. E. A. V., se interpreta que corresponde al perfil genético de D. E. A. V. y al perfil genético de un hijo de la mencionada. Del cotejo de la mezcla de perfiles genéticos con el perfil indubitado de D. E. A. V., se infieren los genotipos posibles del hijo mencionado.

Por otro lado, en los marcadores genéticos del cromosoma Y, propio de individuos masculinos, el haplotipo Y tipificado de Material de legrado B (fragmento de trozo de material biológico remitido, más completo y que tiene tipificado los marcadores genéticos y de cromosoma Y) es compatible con el haplotipo de cromosoma Y de H. Y. M. Ñ., razón por la cual el hijo de D. E. A. V. puede pertenecer al linaje paterno de H. Y. M. Ñ. Así, en los marcadores genéticos autosómicos, del cotejo de los genotipos posibles del hijo de D. E. A. V. con H. Y. M. Ñ., se concluye que es compatible la paternidad biológica de H. Y. M. Ñ. respecto del hijo de D. E. A. V. El Índice de Paternidad (IP) corresponde a una Probabilidad de Paternidad (PP) de 99,99999997 %.

En torno a la existencia de daño psíquico de la niña, la pericia psicológica efectuada por la Lic. S. P. dictamina sobre este punto: "(...) se desprende la existencia de daño psíquico en D. devenido de los hechos denunciados. En cuanto a su extensión, se advierte grave, no descartándose la emergencia de novedosa sintomatología a lo largo del devenir de las distintas etapas evolutivas; teniendo en especial consideración en este sentido que al momento de la intervención primarían los mecanismos de negación y disociación en la entrevistada, quien no dimensionaría cabalmente los presuntos hechos ocurridos, así como tampoco las diversas consecuencias devenidas de los mismos, resultando sus mecanismos defensivos, extremos y por ende, desadaptativos (...) luego de la develación de los presuntos hechos, la niña habría manifestado episodios de gran angustia (...) mencionando D. sentirse mejor luego de haber atravesado la intervención para poder fin a su embarazo, de que el denunciado haya sido detenido y de que la misma esté retomando sus actividades habituales. Podría pensarse que lo mencionado respondería a los rígidos e intensos mecanismos disociativos que la periciada desplegaría ante situaciones de gran estrés emocional, en donde expresaría una fachada de pseudonormalidad como forma de garantizar la supervivencia frente a situaciones considerablemente traumáticas para una niña de corta edad (...). Cabe tener en cuenta, además, que el presunto autor sería una figura de gran significación para la niña, representante de la figura paterna para la misma (lo llamaba "papá") quien habría ejercido tareas de cuidado y con quien D. habría tenido mayor cercanía afectivo dentro de su círculo familiar" (v. fs. 336/338).

Que los testimonios previamente indicados como así también las pruebas informativas y periciales ya valoradas, se complementan con:

* croquis ilustrativo del lugar del hecho confeccionado por el Of. Ayudante O., el que ilustra los dichos de la niña y ubican el dormitorio donde ocurrieron los hechos, como así también el resto de los ambientes de la casa descriptos por D.

* acta de secuestro del teléfono celular de propiedad de H. Y. M. Ñ. - Marca Samsung, de color dorado, modelo SM-G532 M, con número de IMEI 354749/08/455942/0, con tarjeta de memoria Sandisk ultra, de 16 GB, un chip de la empresa Movistar, N° ..., con batería SAMSUNG EB-BG530 CBE.

* acta de secuestro de un teléfono celular, Marca LG modelo LG-H735 P, de color negro, con número de IMEI 353669-07-186269-7, serie número SN 602 CYBD 186269, con tarjeta de memoria Marca Micro SD de 2 GB, con chip de la empresa Personal N° ..., con batería BL 495 F, el cual posee una tapa trasera de color gris y una funda de goma Marca Beat_Gas de color negro, en estado regular de uso, de propiedad de la Sra. L. V. C.

* informe técnico de apertura N° 2.842.863 del teléfono celular de propiedad de la Sra. L. V. C., cuyo examen y análisis arrojó resultado positivo, extrayéndose dos mensajes de texto de la aplicación Whatsapp, de idéntico contenido, ambos de fecha 11/12/2018, remitidos al teléfono celular de la Sra. L. V. C. desde la línea telefónica N° ... a las 21:58 horas, cuyo remitente fue identificado como "@s.whatsapp.net.A.", que reza: "Hola d. soy A. te escribo para decirte que no podemos seguir pues todo lo que pasamos me gustó mucho pero la distancia no me gusta y me esta gustando otra persona no me busque olvídate de mi además te voy a bloquear chau ya no te amo además mis padres

vamos a salir de vacaciones por dos meses perdón" (textual).

Oportunamente, se receptó declaración a la madre de la víctima, L. V. C. quien sostuvo en su relato el primer tramo descripto por las Licenciadas B. E. y D. respecto a su comparecencia al Centro de Salud N° 62 de V. C., sus expresiones respecto a una posible relación sexual entre su hija y un compañero de Colegio llamado A., la posterior ecografía y resultando de la misma. Es necesario advertir, que los dichos de la testigo L. V. C. en relación al mensaje de Whatsapp recibido de una persona "A.", quedaron debidamente acreditados con el informe técnico precedentemente reseñado. Asimismo, el testimonio de la madre de la niña, refuerza la identificación de H. Y. M. Ñ. como el autor de los hechos abusivos, atento que cuando la anotician de lo sucedido y encontrándose ya en el Polo de la Mujer, "...en un momento lo llamé por teléfono y le dije que fuera, que explicara todo, que tenía que aclarar todo a la policía y también a mí. H. Y. M. Ñ. volvió a decirme que me amaba, que lo perdonara y que todo había pasado con el consentimiento de la niña, que nada había sido a la fuerza. De todos modos, yo le dije que se trataba de mi hija y que no podía entender lo que pasaba. Al ratito, me avisó que estaba afuera del Polo, fue allí cuando yo avisé a un señor que estaba por allí, bajamos y a él lo detuvieron. Nunca pude tener de su parte ninguna explicación porque ese día se lo llevaron y nunca más lo vi...". Finalmente, la testigo L. V. C. instó acción penal por el hecho sufrido por su hija (v. fs. 287) removiéndose el obstáculo de procedibilidad de la acción penal por quien tiene derecho a hacerlo, conforme el vínculo acreditado a fs. 221/221 vta. y atento lo normado por el art. 72 inc. 1 del CP, vigente al momento de los hechos contenidos en la acusación.

Llegado a este punto y con los elementos de convicción que acabo de reseñar, no puedo más que concluir que la confesión circunstanciada, lisa, llana y espontánea que efectuara en legal forma el imputado H. Y. M. Ñ. ante este Tribunal, con la presencia y conformidad de su defensora, se ve respaldada en un todo por la prueba recién enunciada, encontrándose acreditado con certeza que los hechos existieron tal cual fueron descriptos en la pieza acusatoria interpuesta por el Sr. Fiscal de Cámara, y que fue el acusado su autor penalmente responsable.

Conforme a lo expuesto precedentemente, dejo fijado los hechos del presente decisorio como han sido narrados al comienzo de la presente sentencia, dando así cumplimiento al requisito estructural de la Sentencia por el art. 408 inc. 3 del Cód. Proc. Penal.

Así voto.

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

Conforme la fijación de los hechos plasmada al contestar la cuestión precedente, corresponde en este punto calificar legalmente la conducta desplegada por H. Y. M. Ñ.

Así en lo que respecta a los encuadres jurídicos, el representante del Ministerio Público Fiscal, en oportunidad de efectuar sus alegatos, detalló los tipos penales previstos por el Código Penal que le atribuía al acusado conforme la plataforma fáctica fijada (v. punto V del presente decisorio), determinando este Tribunal que el encuadre asignado es correcto, por las siguientes razones:

a) El incoado deberá responder como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado (dos hechos) agravado por la calidad de guardador, la situación de convivencia preexistente y el grave daño a la salud mental de la víctima y Promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de convivencia, en concurso ideal, en los términos de los arts. 45, 54, 55, 119 tercer párrafo en función de los incs. a, b y f del cuarto párrafo y 125 tercer párrafo del CP, toda vez que en las circunstancias de tiempo, lugar y modo descriptas en la primera cuestión, el encartado abusó sexualmente de la niña D. E. A. V. de 12 años de edad, accediéndola carnalmente vía vaginal menoscabando su integridad sexual.

El tipo penal se agrava en el presente caso, por la calidad de guardador y la situación de convivencia preexistente como así también por el grave daño causada a la salud de la víctima.

Respecto a la primer calificante, esto es, la condición de guardador (CP, art. 119, 4° párrafo, inc. b) la misma comprende a toda persona que aun de manera momentánea, cuida de la víctima, atendiendo sus necesidades o ciertos aspectos de las mismas, como producto de la función que ocupa o en virtud de una situación de hecho, lo que le obliga a un especial deber de protección (Código Penal Comentado y Anotado, D'Alessio, LA LEY, Parte Especial, p. 182/183) sin limitarlo a la relación jurídica establecida por la ley civil (Cfr. Fontan Ballestra, Carlos, "Derecho Penal", Parte Especial, Ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p. 232). En el presente caso, la víctima quedaba bajo el cuidado y la protección del acusado, toda vez que la niña, en las oportunidades que sucedieron los hechos acreditados, se encontraba en el domicilio junto a aquel, quien hacía las veces de padre de la menor y a quien esta misma llamaba "papá". En tal sentido, es evidente que este tenía un deber especial de protección hacia D. E. A. V.

Con relación a la segunda calificante, esto es, que los hechos de abuso sexual con acceso carnal ocurridos se cometieron contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (CP, art. 119, 4° párrafo, inc. f), la situación contemplada en el encuadre jurídico contemplado, se observa presente en el caso concreto, en la que el prevenido se aprovechó de este marco de convivencia con la niña y en la misma casa, para mantener un trato sexual no consentido por esta, encontrándose el fundamento de esta calificante en la facilidad que tuvo H. Y. M. Ñ. para cometer el hecho.

Finalmente, los hechos ilícitos ejecutados se califican también por el grave daño en la salud mental de D. E. A. V. (CP, art. 119, 4° párrafo, inc. a). El agravante comprendido en el encuadre jurídico asignado, exige consecuencias dañosas se encuentren conectadas objetivamente con el abuso sexual, ya que la fórmula exige que resulten de este, no solo tipos de las lesiones graves y gravísimas (CP, 90 y 91), sino que incluye otras consecuencias importantes para la salud física o psíquica de la víctima. En este sentido, el grave daño psicológico sufrido por la víctima como consecuencia de lo vivido fue expuesto claramente por la Lic. en psicología S. P.: "...La extensión del mismo —en referencia a la existencia de daño psíquico— se advierte grave, no descartándose la emergencia de novedosa sintomatología a lo largo del devenir de las distintas etapas evolutivas; teniendo en especial consideración en este sentido que al momento de la intervención primarían los mecanismos de negación y disociación en la entrevistada, quien no dimensionaría cabalmente los presuntos hechos ocurridos (...)" (v. fs. 337). El grave daño que califica el abuso sexual resulta de consecuencias dañosas que se encuentran conectadas objetivamente con el abuso sexual sufrido.

En lo que respecta al delito de Promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de convivencia (CP, art. 125 tercer párrafo), debemos tener presente en primer lugar que "la corrupción de menores es una depravación de los modos del acto sexual, por lo perverso, lo prematuro o lo excesivo. Ello puede ocurrir porque el acto sexual sea perverso en sí mismo, en su ejecución; o volviéndose prematuro por su práctica lujuriosa habitual precoz, con menores, que por su edad o desarrollo no alcanzaron aún el grado de madurez física y psíquica que según la naturaleza y la sociedad se requiere para mantener una vida sexual normal, o, finalmente, volviéndose excesivo por su cantidad, como ocurre cuando los abusos son plurales y se ubican en un extenso período de tiempo" (TSJ, Sala Penal, "Bringas Aguiar", S. N° 436, 17/11/2014).

En los hechos, el acusado desplegó una serie de conductas cuya objetividad demuestran su ánimo no solo de desahogar un instinto libidinoso con la menor D. E. A. V., sino de modificar el normal desarrollo sexual de la misma, para que se manifieste eróticamente de un modo que no es propio de un desarrollo psíquico aún no alcanzado por una niña de doce años de edad. Entiendo que lo relevante en este caso es la promoción en la menor de una actividad sexual claramente prematura. Como consecuencia del accionar del acusado, la menor D. E. A. V. fue puesta prematuramente en situación de modificar su desarrollo sexual normal, a través de la conducta del imputado, dirigida intencionalmente a ese objetivo.

Esto se ve reflejado en el mismo relato de la víctima al momento de la recepción de su exposición informativa en Cámara Gesell, al manifestar en relación al segundo hecho de abuso sexual sufrido: "Yo pensé que iba a ir con sus amigos, porque él cuando llega a la casa, viene, se baña, se cambia y se va, porque él siempre va a tomar con sus amigos. Bueno, pero vi que no era así y ya me comencé a asustar; y yo esa vez quería experimentar qué era, cómo se sentía y tuvimos intimidad. La primera vez no se cuidó y la segunda tampoco nos cuidamos (...) Sentí como un impulso, y luego digo: "¿estará mal lo que voy a hacer?" y encima me ponía a pensar, "si mi mamá se entera" y digo "no, qué se va a enterar" (...) Fue en la casa de mi mamá y en el cuarto de mi mamá porque mi cuarto era muy chiquito. Bueno, él me llevó al cuarto de mi mamá, y me preguntó si yo quería tener intimidad con él y yo dije: "si digo que no, va a ser lo mismo que la otra vez" y me quedé pensado un rato y me dice "y... ¿sí o no?" y yo digo "si". Y bueno después me ponía a pensar si hice bien o si hice mal en decirle que si (...) Él me bajo mi pantalón, él se bajó su short, e hizo igual que la primera vez pero ya no a la fuerza (...) (v. fs. 224/229). Ello exhibe claramente una verdadera introducción de la menor al ámbito de la sexualidad, la conducta ilícita impacta más allá de su libertad sexual y se irradia hacia el más amplio ámbito del desarrollo de su psicosexualidad, con riesgo para su normal evolución y madurez en dicha esfera. Que los hechos ejecutados por el acusado —padrastro— ha instalado en la vida de su pequeña víctima un componente completamente inadecuado a su edad (trato sexual), y de quién lo sufría, y por ello, con aptitud para torcer el desarrollo de su libido.

Que ambos delitos concursan idealmente (CP, art. 54) atento que la comisión del hecho por el autor constituye formal o idealmente más de un delito porque cae bajo más de una sanción penal, es decir, bajo más de una sanción represiva.

Así voto.

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

Acreditada la materialidad delictiva de los hechos, la autoría responsable del encartado en los mismos, y

fijada las calificaciones legales, corresponde pasar a la individualización de la pena, según las pautas consagradas por los art. 40 y 41 del CP, a fin de determinar en el marco de la escala penal prevista, la condena que corresponde cumplir al imputado, con arreglo a las circunstancias objetivas y subjetivas que surjan de la conducta desplegada.

Conviene señalar en este sentido (y antes de entrar al análisis de esta tercera cuestión), que de acuerdo lo informa nuestra normativa procesal, tratándose de un juicio abreviado el Tribunal "no podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal" (confs. art. 415, segundo párrafo, CPP), esto es, once años de prisión, con adicionales de ley y costas.

En el marco de la realización de un juicio abreviado, y en cumplimiento de la norma procesal, corresponde individualizar y justificar el monto de la pena a aplicar al imputado H. Y. M. Ñ., con las limitaciones propias de este Instituto.

En orden a las circunstancias atenuantes, considero el reconocimiento espontáneo, liso y llano que hiciera en la sala de audiencia de los hechos que se le endilgan, que de alguna manera revela un cierto grado de arrepentimiento que permite vislumbrar como posible una mínima reinserción social. Además debo tener en cuenta que es una persona joven para recomponerse, que ha manifestado vivencias traumáticas ocurridas durante su minoría de edad en su país de origen y que manifiesta adicciones al consumo de bebidas alcohólicas. Destaco dentro de esta circunstancia que tiene un hijo menor de edad a quien le debe brindar el sustento que por derecho les corresponde, acción que se dificultaría dentro de un complejo carcelario. También he de ponderar que el imputado no presenta antecedentes penales computables. No selecciono como atenuantes su hábito de trabajo e ingresos económicos pues estimo que resultan irrelevantes conforme la naturaleza de los delitos cometidos.

No comparto aquellas circunstancias introducidas por la defensa técnica con relación a que "...estamos ante un extranjero, sus pautas socioculturales lo pueden haber condicionado..." a los fines de ser valoradas como atenuantes de la pena a imponer, atento que en primer lugar la cultura en la que se sumerge el acusado conforme su nacionalidad —como lo alega la asesora— no influye en la valoración de la pena, atento que todo extranjero que decida habitar en nuestras tierras, debe atenerse a nuestra Constitucional Nacional como así también a la normativa sustancial y adjetiva vigente, lo cual puedo afirmar que el acusado tenía conocimiento de ello conforme surge de las constancias de autos, precisamente a fs. 254 se exhibe manifestaciones de la niña en la que refiere que "...Él me dijo que no diga nada porque le van a meter a la cárcel...", lo que claramente demuestra que el acusado conocía que la conducta que ejecutó estaba prohibida en nuestro ordenamiento legal sancionada con la "prisión".

Como circunstancias agravantes debo valorar la modalidad concreta de los hechos del presente decisorio, en donde se observa que el resultado del delito culminó en un embarazo al cual se le aplicó el protocolo abortivo, efectuando en una niña de doce años un legrado, situación que necesariamente debe ser contemplada al momento de mensurar la pena a imponer.

Respecto a la modalidad de la prisión, esto es, efectiva, considero que la misma es adecuada a los fines de poder realizar tratamiento penitenciario, siendo este necesario en el caso concreto.

Por ello resuelvo imponer para su tratamiento penitenciario la pena de once años de prisión de cumplimiento efectivo, con adicionales de ley y costas (art. 5, 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP, y 415, 550 y 551 del CPP).

Con relación a las costas corresponde imponerla al prevenido ya que ha sido condenado, y no existe causal alguna para eximirlo total o parcialmente.

Atento el contexto en el que se sumergen los hechos del presente decisorio, impóngase al Servicio penitenciario, que brinde a H. Y. M. Ñ., durante el tiempo que dure la condena, la realización de un tratamiento psicoterapéutico acorde a la eventual problemática que pudiera presentar en orden al consumo de bebidas alcohólicas, conforme lo manifestado en audiencia por el nombrado.

Conforme los dispuesto por el Art. 12 de la Ley 27.372 y 11 bis de la Ley 24.660, se deberá notificar a la Representante Legal de la víctima la presente resolución.

Decomisar el teléfono celular de propiedad de H. Y. M. Ñ., marca Samsung de color dorado, modelo SMG532, con número de IMEI 354749/08/455942/0, con tarjeta de memoria Sandisk Ultra, de 16 GB, un chip de la empresa Movistar N° ... con batería Samsung EB-BG530 (art. 23 del CP), a cuyo fin líbrese oficio a la Oficina de Servicios Procesales (OSPro).

Regular los honorarios profesionales de la Sra. Asesora Letrada Marcela Giletta en la suma de pesos equivalente a ... Jus a cargo del condenado en costas, los que deberán ser depositados en la Cuenta Especial del Poder Judicial (arts. 29, 34, 36 y 89, 90 concordantes de la Ley 9459) y Regular los honorarios profesio-

nales del Sr. Asesor Letrado Eduardo Santiago Caeiro, Representante Complementario de la víctima menores de edad, en la suma de pesos equivalente a ... Jus a cargo del condenado en costas, los que deberán ser depositados en la Cuenta Especial del Poder Judicial (arts. 29, 34, 36 y 89, 90 concordantes de la Ley 9459).

Firme la presente sentencia, comuníquese al Registro Provincial de Personas Condenadas por Delitos contra la Integridad Sexual, a sus efectos.

Una vez firme la presente, practíquese cómputo de pena. Cúmplase con la ley 22.117 y fórmese el correspondiente legajo de ejecución (art. 4 Acuerdo Reglamentario serie A del TSJ, del 25/07/2007).

Por todo ello, y normas legales citadas, resuelvo: I) Declarar a H. Y. M. Ñ. autor penalmente responsable de Abuso sexual con acceso carnal reiterado (dos hechos) agravado por la calidad de guardador, la situación de convivencia preexistente y el grave daño a la salud mental de la víctima y Promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de convivencia, en concurso ideal (Arts. 54, 55, 119 tercer párrafo en función de los incs. a, b y f del cuarto párrafo y 125 tercer párrafo del CP); e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena once años de prisión, con adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29, inc. 3°, 40, 41 y 55 del Cód. Penal, 415, 550 y 551 del CPP). II) Imponer a H. Y. M. Ñ., durante el tiempo que dure la condena, la realización de un tratamiento psicoterapéutico acorde a la eventual problemática que pudiera presentar en orden a los delitos de carácter sexual en los que se ha visto involucrado de manera reiterada; a cuyo fin, líbrense los oficios correspondientes. III) Imponer a H. Y. M. Ñ., durante el tiempo que dure la condena, la realización de un tratamiento psicoterapéutico acorde a la eventual problemática que pudiera presentar en orden al consumo de bebidas alcohólicas, conforme lo manifestado en audiencia por el nombrado. IV) Notificar a la Representante Legal de la víctima la presente resolución a fin de cumplimentar con lo dispuesto por el Art. 12 de la Ley 27.372 y 11 bis de la Ley 24.660. V) Ordenar el decomiso del teléfono celular de propiedad de H. Y. M. Ñ., marca Samsung de color dorado, modelo SMG532, con número de IMEI 354749/08/455942/0, con tarjeta de memoria Sandisk Ultra, de 16 GB, un chip de la empresa Movistar N° ... con batería Samsung EB-BG530 (art. 23 del CP). VI) Regular los honorarios profesionales de la Sra. Asesora Letrada Marcela Giletta en la suma de pesos equivalente a ... Jus a cargo del condenado en costas, los que deberán ser depositados en la Cuenta Especial del Poder Judicial (arts. 29, 34, 36 y 89, 90 concordantes de la Ley 9459); Regular los honorarios profesionales del Sr. Asesor Letrado Eduardo Santiago Caeiro, Representante Complementario de la víctima menores de edad, en la suma de pesos equivalente a ... Jus a cargo del condenado en costas, los que deberán ser depositados en la Cuenta Especial del Poder Judicial (arts. 29, 34, 36 y 89, 90 concordantes de la Ley 9459). VII) Firme la presente sentencia, comuníquese al Registro Provincial de Personas Condenadas por Delitos contra la Integridad Sexual, a sus efectos. VIII) Una vez firme la presente, practíquese cómputo de pena. Cúmplase con la ley 22.117 y fórmese el correspondiente legajo de ejecución (art. 4 Acuerdo Reglamentario serie A del TSJ, del 25/07/2007). Protocolícese y hágase saber. — *Enrique Berger.*

ABUSO SEXUAL

Víctima mayor de trece años y menor de dieciséis. Consentimiento. Suministro y producción de material pornográfico. Aprovechamiento de una relación asimétrica de poder. Corrupción de menores.

1. — El acusado se aprovechó de una relación asimétrica, de poder, dada la diferencia de edad, entre la joven con apenas 14 años recién cumplidos y 27 él. Existió un aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima a quién había preparado, desde los trece años, al anunciarle que iba ser el primero en penetrarla, según así lo reveló la joven.

2. — El informe técnico producido por la policía judicial constituye un elemento de indiscutible valor probatorio que viene a corroborar de manera directa la exposición de la menor, en cuanto al contacto, virtual, el suministro y producción de material pornográfico. Sin mayores esfuerzos se advierte la aptitud de los hechos narrados como suministro y producción de material pornográfico para corromper a la joven de apenas trece años al comienzo de los acosos.

3. — La conducta del prevenido, desde que comenzó a contactar a la joven, por entonces de trece años, por vía telefónica —WhatsApp e Instagram—, con un permanente acoso pornográfico minando el camino para llegar a accederla carnalmente con la niña cercada y en contra de su voluntad.

4. — Aun cuando se acepte que la joven subió al auto del acusado voluntariamente en las dos ocasiones en que la accedió, el relato de la niña sobre el momento en que fue penetrada, pidiéndole que no lo hiciera porque le dolía, y en la primera ocasión sangraba, fue desoído por el acusado, quien, lejos de detenerse, terminó de penetrarla.

5. — Hoy, la negativa de la mujer es oposición y resistencia, y seguir con la cópula en esas condiciones implica el propósito de acceder carnalmente en contra de la voluntad de la joven víctima con fuerza e intimidación.

6. — La conducta del acusado al suministrar el propio material pornográfico que producía, a una víctima, que por su edad se encontraba en el primer escalón de la adolescencia —13 años— configura un acto prematuro, que la joven no estaba en condiciones de asumir cabalmente. El imputado conocía que estaba realizando actos prohibidos, prueba de ello es que insistentemente le pedía a la joven que borrara los mensajes que le enviaba por celular.

CCrim. y Correc., Civ. y Com., Familia y Trab., Deán Funes, sala unipersonal Nro. 2, 01/06/2021. - L. G. E. s/ p.s.a. de suministro de material pornográfico a menores de 14 años, etc.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/89600/2021]

Expte. SAC N° 8165898

2ª Instancia.- Deán Funes, junio 1 de 2021.

Resulta:

I. Que la Requisitoria Fiscal de fs. 415/460, le atribuye al prevenido los siguientes hechos:

Primero: "Con fechas y horarios que no se han podido establecer con exactitud, pero que ocurrieron durante el transcurso del año dos mil dieciocho, en un número indeterminado de ocasiones el prevenido G. E. L., aprovechándose de la minoridad de N. S. S. G., de trece años de edad con la finalidad de desviar de su normal desarrollo psicosexual y abusarla sexualmente, se comunicó con la misma utilizando servicios de comunicación electrónica, presumiblemente, a través de la red social Instagram, mediante la cual el encartado G. E. L. desde un lugar no determinado por la instrucción pero situado presumiblemente en la ciudad de Deán Funes, y empleando su teléfono celular número de línea ..., marca Sansung, modelo J.7 Prime, le envió un mensaje de texto a la menor N. S. S. G. al teléfono celular de esta, número de línea ..., generalmente aprovechando que la progenitora de la menor se encontraba trabajando, encontrándose la niña en la mayoría de las oportunidades, en el domicilio de su abuela materna, sito en calle ... de barrio La Feria de esta ciudad de Deán Funes, y en menores oportunidades en su domicilio, lugar en donde habitaba con su madre, sito en calle ... de barrio Parque Libertad de esta ciudad, en esas circunstancias, el prevenido L. durante los primeros meses del citado año dos mil dieciocho con la intención de acercarse a la menor y obtener su confianza se contactó con la misma mediante mensaje de texto preguntándole por su madre y hermana o mensaje similar, para luego avanzar deliberadamente en su accionar deshonesto, con intenciones corruptoras, escribiéndole a la menor, que: "era muy linda y si quería ser su novia", a lo que la menor le respondió que no, que era muy chica", circunstancia ante la cual el prevenido L., insistió manifestándole, "cuando yo no esté más con ella —refiriéndose a su pareja— vos vas a estar conmigo", respondiendo la menor que: "eso no iba a pasar nunca". En ese contexto el imputado L. a los fines de asegurar su impunidad y afectar la capacidad de consentir libremente de la menor, le escribió mensajes en donde le decía que no le contara a nadie porque si no "lo iban a matar a él y a ella", mientras que en otras ocasiones cuando la menor no contestaba los mensajes el prevenido L. se manifestó hacia ella con enojo, ello en el afán de mantener el contacto con la menor y evitar que esta persista en su voluntad de interrumpir la comunicación. Así las cosas el prevenido L. a medida que transcurría la semana continuando con su propósito de atentar contra la integridad sexual de N. S. S. G. y en forma depravada comenzó a pedirle a la niña que se fotografiara sus partes íntimas, más precisamente su cola, utilizando como medio persuasivo imágenes con ilustraciones de cara de enamorado para luego ante la falta de respuesta de la menor escribirle: "me estás fallando", ello con la intención de intimidarla y obtener de la misma las imágenes pornográficas deseadas. Asimismo, con la misma finalidad corruptora y en las circunstancias de lugar, tiempo y modo mencionadas. L. en otra ocasión le escribió a la niña N. S. S. G. un mensaje de texto en el que le decía "prepárate porque vas a tener tu primera vez conmigo", refiriéndose a su primera experiencia sexual, a lo que la menor contestó que no quería, persistiendo L. en sus intenciones manifestándole "confía en mí, eso es lo que vos buscás", como así también insistió exigiéndole que se fotografiara sus partes íntimas y le envíe las fotos, empleando para ello los siguientes términos "me haces calentar, pasame fotos de tu zorrito", refiriéndose a su v..., tras lo cual el imputado le envió a la menor una fotografía de su p... y le manifestó "mirá, seguro que te va a doler, te va a doler pero te va a gustar, dale pendeja pasame tus fotos", sin obtener respuesta de la menor, ante lo cual L. con el propósito de asegurarse su impunidad y obtener las imágenes deseadas, le escribió a la niña "no seas mala conmigo y no le muestres a nadie", refiriéndose a los mensajes y a la fotografía, a la vez que en algunas ocasiones le manifestó "si se entera tu mamá te mata", todo lo cual causa temor a la menor. Posteriormente, en continuidad de su accionar, el incoado L. le exigió a través del mismo medio a la niña N. S. S. G. que se tomara fotografías de su c... y v... en el baño y se las enviara, diciéndole para atemorizarla y lograr su cometido que "si no se las mandaba se lo iba a contar a

su madre", logrando así finalmente doblegar la voluntad de la menor, quien se tomó las fotografías exigidas y envió al imputado mediante mensajería electrónica. De este modo con su accionar el encartado obtuvo la producción de imágenes de los genitales (vagina) de la menor de edad, las que luego conservó en su teléfono celular, a posterior, continuando el prevenido con su accionar perverso y corruptor evidenciando su propósito de acometer contra la niña, nuevamente se contactó con esta mediante servicio de mensajería electrónico enviando una fotografía de su p... erecto, a la vez que le escribió, "me pones así y me dan ganas de metértelo". Un tiempo después, presumiblemente con fecha diez de agosto de dos mil dieciocho, día posterior al cumpleaños número catorce de la menor, el imputado le regaló un sobre conteniendo la suma de Pesos: dos mil, ello en ocasión de encontrarse la menor junto a su progenitora R. G. cargando gas en su vehículo en la estación de servicio Shell sita sobre ruta nacional N° 60 y ruta provincial N° 16 de esta ciudad en donde el imputado trabajaba como playero. Accionar que días después aprovechó el imputado en un nuevo contacto electrónico, ocasión en que le expresó a la niña: "viste lo bueno que soy con vos, viste el regalo que te hice". Para luego en la persistencia de acometer sexualmente contra la menor, manifestarle que: "tenía que ser bueno con él". Posteriormente, en fecha que no se ha determinado con exactitud, pero presumiblemente a mediados del mes de septiembre del año dos mil dieciocho, luego de haber mantenido relaciones sexuales no consentidas con la menor N. S. S. G. —hecho intimado nominado segundo—, el imputado L., mediante una nueva comunicación electrónica, le exigió a la menor que se tomara una fotografía de su v... y se la enviase, lo que así hizo esta, logrando así con su accionar el incoado de marra, producir nuevamente una fotografía de la genitalidad de la menor con fines sexuales, la que conservó en su teléfono celular. Así, a través de sus reiterados comportamientos, el imputado G. E. L. procuró modificar el normal desarrollo sexual de la menor N. S. S. G., introduciéndola prematuramente en experiencias sexuales perversas y excesivas, promoviendo de este modo su corrupción.

Segundo: "Con fecha que no se ha podido establecer con precisión, pero ubicable en los últimos días del mes de agosto del año dos mil dieciocho, presumiblemente en horario de la siesta, el imputado G. E. L., con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales y abusando intimidatoriamente de la relación de poder que mantenía sobre la víctima, abusó sexualmente de la menor N. S. S. G., de catorce años de edad, cuya edad le constaba. Para ello, G. E. L., aprovechándose de las circunstancias previamente establecidas con la menor —intimadas como hecho nominado primero—, en las cuales, a través de contactos electrónicos por mensajería de texto, presumiblemente utilizando la red social Instagram, le manifestó a la niña N. S. S. G. en reiteradas ocasiones de que su madre no se tenía que enterar de sus comunicaciones, que "todo era culpa de ella" y que si se enteraba su madre "la iba a matar"; asimismo, en otras oportunidades, ante la negativa de la menor de enviarle fotografías de su cuerpo (cola y genitales) o de acceder a tener encuentros íntimos con este, L. se manifestó hacia la menor con enojo, o diciéndole que "le estaba fallando", circunstancias estas que generaron temor en la menor víctima. Así, el hecho tuvo lugar en circunstancias en que el imputado L., en fecha y hora mencionada, se comunicó telefónicamente desde su teléfono celular número de línea ..., marca Samsung, modelo J7 Prime, presumiblemente mediante la utilización de los servicios de mensajería de la red social Instagram, con la menor N. S. S. G., quien recibió los mensajes en su teléfono celular, número de línea ..., marca Samsung modelo J2 de la empresa Claro, en momento de encontrarse esta en la vivienda de su abuela, sita en calle ... de la ciudad de Deán Funes, provincia de Córdoba. En dichos mensajes, L. le expresó a la menor que la iría a buscar "para hacerlo", refiriéndose a mantener relaciones sexuales con la misma, a lo que la citada menor le contestó que no, insistiendo momentos después L. con otro mensaje en el que le decía "salí te estoy esperando en la Pritty", refiriéndose a un galpón de dicha firma comercial ubicado por calle ..., entre calle ..., de la ciudad de Deán Funes, provincia de Córdoba, aproximadamente a una cuadra de la vivienda donde se encontraba la menor. A posterior, el imputado se reunió con la menor, trasladándose ambos en el vehículo automotor Volkswagen, modelo Bora, color azul, dominio ..., conducido por el incoado L., hacia una zona rural de la ciudad de Deán Funes, provincia de Córdoba, para lo cual transitaron por el viejo camino a la localidad de Quilino, tomando luego por Ruta Provincial Dieciséis Oeste en dirección a la ciudad de Cruz del Eje, y luego de transitar aproximadamente dos kilómetros y medio, giró a la derecha y tomado un camino de tierra, recorriendo aproximadamente quince metros por el mismo, para luego girar a la derecha por un sendero con dirección al punto cardinal "Este". En dicho lugar, L. detuvo la marcha del vehículo y le pidió a la menor N. S. S. G. que se saque la ropa y que se pase al asiento trasero, trasladándose el imputado también hacia la parte posterior del vehículo donde estaba la menor. Tras ello, L. le pidió a la menor N. S. S. G. a que se acueste, para luego subirse encima de la misma e introducir su p... erecto en la v... de la menor, circunstancias en la que la menor le manifestó a viva voz que se detuviera porque le dolía, prosiguiendo L. con su accionar contra la voluntad de la menor, ello con intenciones objetivamente impúdicas y con miras a lograr su desfogue sexual, a la vez le manifestó a la niña que "no sea cagona, que le iba a gustar". En ese momento, ante el sangrado vaginal y llanto de la menor, el prevenido L. detuvo su

accionar, pidiéndole a la menor N. S. S. G. que se pusiera la mano en la v... para no manchar con sangre el asiento del vehículo, dándole luego una remera para que se limpie, regresando luego a la menor al domicilio de su abuela, dejándola en la esquina próxima al mismo. Posteriormente, con fecha ocho de noviembre de dos mil dieciocho, el imputado G. E. L., aprovechando las circunstancias previamente señaladas, con intenciones objetivamente impúdicas y con miras a lograr su desfogue sexual, entabló nuevamente una conversación mediante mensajería de texto con la menor N. S. S. G., encontrándose esta presumiblemente en la referida vivienda de su abuela, ocasión en la que nuevamente le escribió que la pasaría buscar, haciéndolo aproximadamente a la hora dieciséis, en el mismo vehículo sindicado previamente, por calle ... de la ciudad de Deán Funes. Así las cosas, el imputado L. se trasladó con la menor N. S. S. G. al mismo lugar antes mencionado (zona rural de la ciudad de Deán Funes, provincia de Córdoba), siguiendo para ellos el recorrido antes descripto, donde detuvo la marcha del vehículo y, con el mismo modus operandi, le pidió a la menor que pasara al asiento trasero, lugar donde, luego de colocarse un preservativo, la accedió carnalmente vía vaginal. En ese contexto, la menor N. S. S. G. le pidió al imputado L. que se detenga, expresándole dolor, lo que nuevamente fue ignorado por el imputado, quien continuó su accionar hasta completar el acto sexual. Asimismo, con posterioridad de su acometimiento sexual, a los fines de garantizar su impunidad, el imputado L. le exigió a la menor que borrara los mensajes de su teléfono celular, revisando luego el mismo para asegurarse de que lo haya hecho, retornando luego a la menor a la vivienda de su abuela".

Tercero: "Con fecha veinticinco de marzo de dos mil diecinueve, siendo aproximadamente la hora doce con quince minutos, el prevenido G. E. L., conduciendo un vehículo el cual sería marca Volkswagen dominio ..., color bordo, se constituye en las intersecciones de calle ...de Barrio Plaza Bustamante de esta ciudad de Deán Funes, Provincia de Córdoba, con el cual se estaciona sobre la senda peatonal y actuando en connivencia con la prevenida R. G. L., esta última habría descendido rápidamente desde el lado del acompañante de dicho rodado y se habría abalanzado a la supuesta víctima, la menor de catorce años de edad N. S. S. G. quien iba acompañada por la menor L. N. L. y la habría tomado violentamente del brazo izquierdo a la víctima S. G. y la habría empuja hacia atrás contra la pared, a lo que la menor víctima en ese momento le habría manifestado "que te pasa gorda", ante lo cual la prevenida L. le contesta, "que te pasa a vos gorda reculiada", en ese momento se habría asomado el prevenido L. desde el interior del vehículo y le habría manifestado a su cómplice la incoada L. pero dirigiéndose en forma intimidante a la menor víctima S. G., "dejala a esa pendeja ya la voy a cagar matando"; seguidamente la menor víctima S. G. se dirige corriendo y llorando hasta su domicilio sito ... esquina calle ... del mismo barrio, aproximadamente a escasos doscientos metros del lugar previamente mencionado y mientras se encontraban en la puerta de dicha vivienda contándole lo sucedido a su progenitora R. G., observan que se acercaba el vehículo antes descripto por calle ... en sentido Oeste Este, estacionándose frente de la vivienda de la víctima, antes referida, bajan el vidrio del lado del acompañante desde donde la prevenida R. L. le habría manifestado en forma intimidante a la menor víctima S. G., "te voy a matar pendeja de mierda" para seguidamente asomarse el prevenido L., quien continuaba conduciendo dicho rodado y en forma intimidante dirigiéndose a la menor víctima S. G. y su madre la denunciante R. G. les manifestó, "ya la van a pagar ustedes dos...", para de inmediato los incoados de marras retirarse del lugar a bordo de dicho rodado. Que por la embestida de parte de la prevenida L., la menor víctima S. G. presenta según certificado médico de fs. 03 de autos, edema y leve eritema en zona de codo y brazo izquierdo, refiere dolor e impotencia funcional, por las cuales le diagnosticaron tres días de curación y un día de inhabilitación laboral".

Considerando:

En el marco de lo establecido por el art. 406 del CPP esta Sala Unipersonal se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

1ª ¿Existieron los hechos que se juzgan y fue autor penalmente responsable el acusado? 2ª ¿En qué tipos penales encuadran? 3ª ¿Qué pena corresponde aplicar?

1ª cuestión. — El doctor *Ruiz* dijo:

I. Hechos objeto de acusación

1. En el nominado primer hecho la pieza acusatoria que insto la elevación de la causa a juicio le atribuyó los delitos de: Contacto Electrónico con menores de edad con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual, suministro de material pornográfico a menores, producción de imágenes pornográficas de menores de edad, coacción en concurso real y Promoción a la Corrupción de Menores de Edad agravada, en concurso ideal (Arts. 45, 131, 128 primer y cuarto párrafo en concurso real art. 55 y 149 bis segundo párrafo en concurso ideal art. 54. Y 125, 3° párrafo. 2. En el nominado segundo hecho Abuso Sexual con acceso carnal continuado, (CP art. 119, tercer párrafo y 55 a contrario sensu). 3. En el nominado tercer hecho el delito de Amenazas simples 149 bis primer párrafo primer supuesto, todo en concurso real 55 del CP. Los tres sucesos que integran la acusación han

sido transcriptos en el resultando que antecede al que me remito para evitar innecesarias reiteraciones. (CPP art. 408 inc. 1).

II. Declaración de imputado: En la oportunidad prevista por el art. 385 del CPP se recibió declaración del imputado, quien, previa aclaración de su letrado acerca que no iba a responder peguntas, manifestó: "Que con N. S. G. nunca hicieron algo que no quiera ella, que siempre fue de común acuerdo, siempre ella lo buscó" (ver acta de debate del 04/05/2021).

III. Pruebas: (común para los hechos primero y segundo).

1. En el curso del debate se recibió el siguiente material probatorio:

Testimonio: de R. G. G., madre de la ofendida. Declaró que mantuvo una relación sentimental con el acusado durante el año 2015 y 2016, alrededor de unos diez meses, convivía esporádicamente en su casa. Ella se desempeña como empleada policial desde hace unos trece años, y que actualmente trabaja en la Unidad Judicial de esta ciudad. Ella estaba trabajando la noche del 30 de diciembre de 2018 y se enteró que su hija S. había salido de la casa de su abuela y no había regresado. Fue a buscarla, comenzó por la casa de su amiga más íntima L. N. L. la que no sabía nada de su paradero. Su hermano, J. A. L. colaboraba en la búsqueda, hasta que su madre le avisó que había regresado a la casa. La versión que dio su hija fue que había conocido a un joven, que la invito a salir, la llevo a su casa, no estaban sus padres y que allí la obligó a tener relaciones sexuales. Aclaró que se trataba de un chico menor de edad el autor. Mientras hacía la denuncia por ese hecho, su hija le cuenta a la sumariante que no era la primera vez, ya que antes había mantenido relaciones sexuales con el acusado L. Que a partir del año 2016 en que se separó del imputado, este comenzó a mandarle mensajes a su hija, primero por WhatsApp y después por Instagram. Era excelente alumna, había sido abanderada en el primario. Le llamaba la atención algunas de sus actitudes. Relató su hija que le mandaba fotos de su p... y que le pedía que se sacara fotos de su v..., las que intercambiaban. Todo ello lo conoció por boca de su hija, como los dos abusos sexuales a las que la sometió a bordo de un automóvil en que la llevaba hacia las afueras de esta ciudad, camino a Cruz del Eje, por una camino de tierra. Con su única amiga L. N. L. la relación se rompió, ya que al parecer fue infidente, al contar en el grupo de compañeras lo que le había sucedido. Que a raíz de ello, la llamaban "la violada". Se puso muy mal cuando le comentó los abusos sexuales por parte del acusado. Hoy se ha recuperado, es una excelente alumna, y se está preparando para ingresar a estudiar medicina. Admitió que el acusado, cuando ya había cortado la relación con ella, le regalo dos mil pesos a su hija en ocasión en que fueron a una estación de servicio en donde trabajaba. Reconoce haber sido víctima de amenazas por parte del acusado con posterioridad a la denuncia. En el transcurso de su declaración hizo un pormenorizado relato de todo lo que se enteró con posterioridad de acuerdo a lo que le narrara su hija. Señaló, que su hija desde el cuatro de enero del corriente año está realizando tratamiento psicológico, con la psicóloga Julia Camiscia del Servicio de Adolescencia del Hospital de Niños de la Santísima Trinidad de la Ciudad de Córdoba, dicho tratamiento comenzó a raíz que su hija estaba mal anímicamente, lloraba estaba todo el tiempo en cama, se bañaba seguido, no hablaba, estaba todo el tiempo nerviosa además bajo el rendimiento de la escuela perdió el cuadro de honor, de tener un promedio de nueve en la escuela bajo todas sus notas, además dicho tratamiento se lo recomendó la psicóloga del Polo de la Mujer, cuando fue entrevistada al momento de la denuncia, el treinta de diciembre de dos mil dieciocho. Que por conversaciones con su hija, la misma le fue contando lo sucedido en los presentes hechos, los cuales se los fue contando de a poco, en diferentes oportunidades. Que en el año dos mil dieciséis la declarante se dejó de hablar con L., con quien había mantenido una relación de pareja. Que ese mismo año el imputado empezó a contactarse con su hija N. S. S. G., cuando ella tenía doce años de edad iba a sexto grado. Que a principio del año pasado según le cuenta su hija el imputado por Instagran comenzó a mandarle mensajes que gustaba de ella, que se estaba poniendo muy linda, le ponía carita de enamorado, que iba a ser su novio, a los cuales su hija no le contestaba y el sujeto le pregunta,...que no quieres ser mi novia..., a lo que le respondía su hija que no que era muy chica, y L. le insistía con frases,... cuando yo no esté más con ella cuando esté solo vos vas a estar conmigo..., a lo que su hija le contestaba que eso no iba a pasar nunca, y el sujeto agregaba que no le contara a nadie por qué lo iban a matar a él y a ella..., donde su hija a veces no le contestaba y L. se enojaba. Luego durante el mismo año dos mil dieciocho, no pudiendo la declarante precisar fechas, L. comenzó a pedirle fotografías a su hija, diciéndole que le pasara fotografías de la cola y le ponía cara de enamorado, ella no le contestaba y L. le ponía ....me estás fallando..., hasta que en una oportunidad le puso, que ella se prepare porque que iba a tener su primera vez con él..., a lo que ella le contestaba que no, que no quería, y L. le ponía que confiara en él, que eso era lo que ella buscaba, y L. le continuaba mandando frases todas por Instagram: como me haces calentar, pásame fotos de tu zorrito..., y L. para entonces le mando al teléfono celular de su hija una fotografía de su p..., aclara la dicente que cada vez que le mandaba un mensaje o fotografía le decía L. a su hija que la borrara, por lo que cada vez que la dicente le revisaba el teléfono a su

hija, lo cual lo hacía seguido nunca le encontró nada como lo narrado. Que cuando L. le mandó por primera vez la fotografía de su p... su hija le cuenta que no le contestó por lo que el sujeto le mandó luego un mensaje diciéndole,...mira seguro que te va a doler..., mira te va a doler pero te va a gustar..., dale pendeja pásame tus fotos..., a lo que su hija no le contestaba más y L. le mandaba mensajes diciéndole, borra todo, no seas mala conmigo y no le mostrés a nadie...,. Que cuando su hija no le contestaba estos mensajes, L. dejaba pasar un tiempo para posterior mandarle nuevamente mensajes diciéndole que si le había contado a alguien por que si se entera tu mamá te mata..., mientras L. le seguía insistiendo con que su hija la mande fotografías, y le pedía que fuera al baño a sacarse fotos de la cola y del zorrito y que si no se las mandaba se lo iba a contar a la declarante..., por lo que su hija le manda las fotografías exigidas tanto de la v... como de la c..., que esta sería la primera vez que él le pide a su hija que le mande este tipo de fotografías. Que su hija al acceder y mandarle estas fotografías le pedía que no se las mostrara a nadie, a lo que L. le contestaba que se quedara tranquila que él la iba a cuidar y así pasaba el tiempo y volvía a escribirle preguntándole si le había contado a alguien. A posterior L. le escribe y le manda una fotografía diciéndole que ella lo ponía así y que me dan ganas de metértelo..., y le remite fotografía del p... En el mismo año dos mil dieciocho días antes del cumpleaños de su hija el nueve de agosto, sus catorce, L. le manda un mensaje diciéndole que para que ella vea que él la quería y que la iba a cuidar siempre le quería hacer un regalo, preguntándole que quería para su cumpleaños..., y su hija le contestó que le había pedido a la dicente unas zapatillas pero que no sabía si se las iba a regalar..., a lo que L. le contesta, que le diga a la dicente que si no le molestaba que él le iba a dar plata para comprar unas zapatillas..., por lo que a este mensaje su hija se lo cuenta a la dicente y después L. le escribe a la dicente poniéndole, que estaba pensando darle plata a su hija para que se compre unas zapatilla..., a lo que la dicente le contesta que no corresponde que no hacía falta, a lo que L. le responde que ella se lo merecía por qué eran buenas hijas..., aclara la dicente que a estos mensajes los borro para no tener ningún contacto con dicho sujeto. Que cree que el día posterior al cumpleaños de su hija, la declarante va a cargar combustible a la estación de servicio Shell de Ruta Nacional Sesenta de esta Ciudad, lugar donde trabaja como playero L. en la parte de GNC, y se acercó hasta donde la dicente estaba con su vehículo cargando nafta y le entrego un sobre a su hija N. el cual contenía dos mil pesos, a lo que la dicente le dice que no hace falta y L. le replica, toma gordita para vos...dándoselo a su hija. Pasado un par de días L. le escribe a su hija: "viste qué bueno que soy con vos, viste el regalo que te hice, que te compraste", a lo que su hija le responde que se compró las zapatillas..., y ahí le pone L. que ella tenía que ser bueno con él..., dejando pasar un período de tiempo hasta volver a escribirle, donde siempre L. le decía que ella no le escriba que él era el que le iba a escribir...,. Luego su hija le cuenta la primera vez que la va a buscar que fue después del cumpleaños de ella, que fue a fines de agosto de dos mil dieciocho, cuando L. le escribe por primera vez para que se encontraran, donde su hija le cuenta a la dicente que los mensajes empezaron diciéndole, que estaba trabajando que a las catorce salía, le preguntó si la dicente estaba de guardia..., respondiéndole que sí..., y él le pregunta estás en la casa de tu abuela..., respondiendo su hija que sí..., entonces L. le pone que se iba ir al taller de M., aclara la dicente que M. O. es una amigo de L., y el mensaje continua, te voy a buscar para hacerlo..., a lo que su hija le contesta que no, que no iba a poder salir..., a lo que L. le dice todo por mensaje, espera que se duerma tu abuela y avísame así te voy a buscar..., para luego en otro mensaje ese mismo día, no pudiendo la declarante establecer la fecha, L. le escribe, salí te estoy esperando en la Prity en el auto de M., su hija se junta con L. en ese lugar, se sube al vehículo —según su hija el Bora azul de M.— y se dirigen por el camino viejo a Quilino hasta tomar por la ruta dieciséis Oeste en dirección a Cruz del Eje. Que su hija le cuenta que transitan como un kilómetro e ingresan a la derecha como a la entrada a un campo pero que tenía como una callecita lateral desde la cual no se veía para la ruta y toman por esa callecita lateral pocos metros y estacionan en dicho lugar, no aportándole su hija otro dato de ese lugar. Allí sería cuando mantienen relaciones sexuales por primera vez, donde L. le pide que se saque la ropa y se pase al asiento de atrás, le decía que se quedara tranquila, no seas cagona..., la hizo acostar en el asiento trasero le abrió las piernas y él se subió arriba de ella y su hija le cuenta que le decía que parara por que le dolía, pero él siguió, hasta que su hija vio sangre y se asustó, por lo que él se levantó de arriba de ella y le dice que se pusiera su mano en la v..., mientras ella lloraba por lo que le estaba pasando y L. le dijo que se quedara tranquila por que eso era normal lo que le estaba pasando..., pero que se tapara para no manchar con sangre el asiento por que su amigo lo iba a matar. Entonces él se baja del auto, se va hasta el baúl y vuelve con una remera en la mano a la cual la hace un bollo y se la tira para que se limpie, pero como su hija le cuenta que se queda quieta por qué estaba asustada L. la limpia con dicha remera y luego deja la remera debajo del asiento del conductor. Luego regresan y L. la deja a su hija en calle ... a la vuelta de la casa de la madre de la dicente y le dice que no le cuenta a nadie lo que paso y que cuando pudiera le escribiría. Luego de haber pasado una semana y media aproximadamente le escribe el acusado nuevamente a su hija preguntándole si le había contado a alguien lo que había pasado, ella le contesta que no y en esa oportunidad L. le pide una foto de su v..., a lo que su hija se la manda y L. le contesta:

hice un buen trabajo con vos. A posterior de haber pasado muchos días L. le vuelve a escribir a su hija poniéndole: como estas, que estaba haciendo, que la extrañaba. Que el imputado cada una o dos semana le mandaba mensajes preguntándole como estaba y si le había contado lo sucedido y que se había peleado con su pareja. Que estos eran los tipos de mensajes que le seguía mandando, hasta que el mismo día que L. cumple años, no recordando la dicente el día, pero sí que fue en el mes de Noviembre, es cuando su hija le escribe diciéndole feliz cumpleaños, y él le contesta que me vas a regalar? a lo que ella le contesta que no tenía plata para hacerle regalo y L. le contesta: vos sabes lo que yo quiero. En esa oportunidad además le comenta que había estado enfermo y que la quería ver, diciéndole que había tenido como una parálisis y que la quería ver. Que ese mensaje fue como el día del cumpleaños de L. como a la hora doce del mediodía y como a la hora catorce L. le escribe diciéndole que estaba en el taller de M. y que la iba a pasar a buscar. Ese mismo día la paso a buscar como a las cuatro de la tarde por calle ... y le dice L. a su hija en ese momento que se quedara tranquila que no le iba a hacer nada por qué estaba enfermo con ese parálisis. La llevó al mismo lugar mencionado previamente, y de la misma forma haciéndola pasar al asiento trasero, la hace desnudar, mientras su hija le dice que no quiere quedar embarazada, por lo que L. de algún lugar ubicado en el asiento trasero donde había muchos preservativo saca uno, se lo pone y mantienen relaciones vía v..., luego se cambian y L. le dice que borre todos los mensajes, donde ella los borras delante de él en ese mismo lugar y él le revisa el teléfono para ver si le quedaban mensajes, para luego dejarla en el mismo lugar donde la había dejado antes a la vuelta de la casa de la madre de la dicente en ... de Barrio La Feria de esta ciudad. Ante la pregunta sobre a qué hora la habría dejado a su hija en dicha esquina, la declarante responde que su hija no se lo dijo, pero que todo era rápido por qué le tenía que devolver el auto a su amigo a M., y le recalcaba que no le contara a nadie. Que dos semanas posteriores L. le escribe a su hija preguntándole si le había contado a alguien y si había borrado los mensajes, a lo que su hija le respondía que sí que había borrado todo. Que su madre vive en calle ... de Barrio La Feria de esta Ciudad. Que la dicente luego de que su hija le contara todo lo sucedido, empieza a atar cabos ya que en algunas oportunidades su hija le decía que cuando se iba de la escuela a la casa de su abuela se lo encontraba en el camino a L., y luego su hija le cuenta que en esas oportunidades cuando se lo cruzaba a L., este le decía por qué no le contestaba los mensajes, que si se entera tu mamá que vos me escribís te mata y va a perder hasta el trabajo. Además su hija le cuenta que el veintiocho de diciembre por la noche, L. le escribe diciéndole que se separó de pareja, y que estaba viviendo solo. Que al día siguiente de la denuncia, el treinta y uno de diciembre de dos mil dieciocho, la dicente le revisa el teléfono celular a su hija y solo le observa unos mensajes de L. del día veintinueve de diciembre del mismo año, en la que le manifestaba, que estás haciendo, hace mucho calor, ninguna frase de contenido sexual, ya que su hija le cuenta que había borrado cada conversación por pedido del acusado, como así también las fotografías. Que los hechos en los que tuvieron relaciones sexuales se produjeron, el primero entre los últimos días de agosto y los primeros días de septiembre y el segundo hecho fue el día de cumpleaños de L. ambos en el año dos mil dieciocho y los mensajes de contenido sexual se produjeron entre principios del año dos mil dieciocho hasta que se produjera el segundo hecho previamente mencionado, aclarando que su hija no contó antes por miedo a que L. le hiciera algo.

Exposición de L. N. L., de quince años de edad, dijo que fue amiga íntima de la menor ofendida. Dijo que sabía que el acusado había sido pareja de la madre de S. Sabía de la relación que mantenía con el acusado, se escribían por teléfono, él la buscaba, "ella era consciente de lo que hacía", también le contó que tenía relaciones con otras personas. Con chicos más grandes, de 18 y 19 años. La amistad se rompió. Testimonio de L. E. T., docente, preceptora del nivel medio. Dijo que por su actividad docente conoció a la víctima. Durante los dos primeros años fue excelente alumna, no presentaba problemas, responsable, estudiosa. Cuando estaba por cumplir los quince años, en tercer año, bajo el rendimiento, comenzó a llevarse materias. Tenía una familia muy presente, tanto su madre, como su abuela. De pronto comenzó a quedarse en los recreos adentro del aula, sin salir al patio. La madre le comentó que había sido víctima de abuso.

Testimonio de V. F. B., dijo que se encuentra en pareja con un hermano de la madre de la menor víctima. Declaró que la noche en que N. S. S. G. no regresaba a la casa de su abuela, su pareja J. G. salió en su búsqueda. Que luego que apareció le comentó a su tío que no era el acusado, luego le dijo que con el imputado había estado con anterioridad.

Testimonio de J. A. G., hermano de la madre de la víctima. Declaró que cuando entrevistó a su sobrina la noche que había salido de la casa de su abuela le dijo que había estado con el acusado.

Testimonio de L. A. C., empleado policial, dijo que trabaja en el área de la brigada de investigaciones en esta ciudad. En el transcurso de su declaración se incorporaron los informes técnicos emitidos por la Dirección de Policía Judicial sobre la apertura y análisis del contenido de los teléfonos móviles pertenecientes al acusado: "Galaxy J 7, N° ..., y un Galaxy J2, ..., perteneciente a la víctima (ver fs. 329/353). Declaró que fue comisionado para que analizara el material remitido

por el informe de policía judicial (Cooperación técnica 74001), que se encontraba en soporte magnético, en siete discos compactos. El dispositivo perteneciente al acusado contenía fotos de contenido sexual. Era evidente que consumía pornografía por la cantidad de fotografías que se encontraron. Se encontró una foto de una persona de contextura física similar a la del acusado, no se observa el rostro, que muestra el p... erecto que extrae de un bóxer color verde, y otra fotografía con partes íntimas de una mujer tomadas en un baño. Las mismas fotos aparecen en el teléfono de la víctima.

Testimonio de L. L. G. Expresó que no lo conoce mucho al acusado, solo de la iglesia y del fútbol. Tiene buen concepto del mismo.

Testimonio de A. E. B., amigo del acusado. Dijo que tenía mal concepto de la joven víctima, porque pasaba por el taller mecánico en donde trabaja y que buscaba a otros chicos. Sobre el acusado dijo que era muy buena persona.

Testimonio de M. J. E., dijo que tenía excelente concepto del acusado, le comentó que la joven había salido porque quería y que luego lo denunció por violación. No tiene concepto de la víctima.

2. Por sus lectura se incorporó la siguiente prueba: Exposición en Cámara Gesell, de la víctima (fs. 109/116) - DVD grabación de Cámara Gesell - (fs. 117).

Se transcriben literalmente las constancias relevantes sobre su declaración: ....Psicóloga: ¿vos habías vivido otra situación como esta? Menor: Si. Psicóloga: cuéntame dónde, cuándo...; Menor: era un chico que era amigo de mi mamá, y siempre tuvimos una buena relación con él; Psicóloga: ¿Cómo se llama el chico?; Menor: G.; Psicóloga: ¿G. cuánto?; Menor: L.; Psicóloga: ¿sabes la edad de G.?; Menor: cuando me escribía veintisiete; Psicóloga: ¿Cuándo él te escribía veintisiete?; Menor: siempre (...) dándome saludos con mi mamá, el escribía también por Instagram, y comenzó preguntándome cómo estaba mi mamá, cómo estaba mi hermana y después me empezó a poner que era linda, que él iba a ser mi novio, y yo le decía que no, que era chica, fue antes que yo cumpliera los catorce. Psicóloga: ¿Cuándo te empezaste a escribir con esta persona?; Menor: yo tenía trece todavía; Psicóloga: ¿te acuerdas la fecha?; Menor: No, y bueno siempre comenzaba con él, por ejemplo me empezó a mandar fotos de él y a mi me daba miedo. Psicóloga: ¿Qué tipos de fotos?; Menor: sus partes íntimas, o por ejemplo me decía que no le dijera a nadie, ni menos a mi mamá, porque como que yo tenía culpa de todo y mi mamá me iba a matar si se enteraba que él me escribía, igual que si yo no le contestaba él se enojaba, si yo no le mandaba fotos se enojaba conmigo, él no quería siquiera que se enterara mi mamá. Psicóloga: ¿te escribía a tu celular?; Menor: si, siempre me hacía borrar todo para que nadie se enterara. Psicóloga: cuando te mandaba estas fotos ¿también era a tu celular?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo); Psicóloga: ¿Cuántos años tenías vos? (distorsión); Menor: me lo regalaron a mí, tuve un tiempo uno, después se me rompió y después me regalaron otro, y... pero siempre fue mío, mi celular; Psicóloga: ¿y cuántos años tenías vos cuando él comienza a mandarte estas fotos de sus partes íntimas que me dijiste?; Menor: fue antes de los catorce, antes de que cumpliera catorce; Psicóloga: ¿te acuerdas la fecha?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia los costados); Psicóloga: ¿Por qué te acuerdas de que fue antes de los catorce?; Menor: porque me acuerdo que cuando cumplí los catorce él me empezó a decir que yo con él iba a tener la primera vez y que no le tenía que decir a nadie nunca de lo que iba a pasar entre nosotros dos, después un día me escribió que me iba a pasar a buscar en auto, y eso fue en una tarde, entonces esperaba a que mi mamá estuviera de guardia y él siempre me preguntaba si mi mamá estaba trabajando para poder verme y entonces (distorsión) con miedo porque siempre me amenazó que yo tenía la culpa a; Psicóloga: estas amenazas que vos decís ¿las recibiste también cuando tenías trece años?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo); Psicóloga: las fotos ¿trece?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo); Psicóloga: ¿y catorce te comenzó a escribir qué?; Menor: que yo iba a tener la primera vez con él y ahí fue cuando me empezó a... me buscó un día en el auto..; Psicóloga: ¿te acuerdas la fechas más o menos?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo) un día sé que fue el día de cumpleaños de él; Psicóloga: ¿Cuándo?; Menor: el veinte de noviembre fue el cumpleaños de él; Psicóloga: ¿estamos hablando del año pasado?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo); Psicóloga: el día que te pasó a buscar en el auto ¿te acuerdas la hora?; Menor: siempre a la siesta; Psicóloga: siempre a la siesta ¿te acuerdas si era un día de semana?; Menor: y si porque era siempre cuando mi mamá trabajaba y me llevó saliendo de la ciudad subiendo a la ruta. Psicóloga: ¿en el auto de él?, que auto era, te acuerdas el modelo, color del auto?; Menor: si era color azul, un Bora creo que era, con los vidrios polarizados y bajito el auto, me llevaba como quien salía a la ruta para acá, y todo en el mismo lugar, entraba a un campo y ahí me hacía pasar para la parte de atrás y empezó a besarme todo. Psicóloga: ¿Dónde te besaba?; Menor: me besaba en la boca y me hizo sacar toda mi ropa, y me empezó a penetrar, y yo le decía que parara porque me dolía y él me decía que no sea cagona porque me iba a gustar toso y ya empecé a sangrar y tenía miedo, y yo le decía que parara y agarró, se bajó del auto y buscó una remera del baúl y me

la tiró, me dijo que con eso me limpiara y que no dijera nada y no sé qué hizo con esa remera supuestamente la iba a tirar para que nadie supiera porque si, no le tenía que manchar el auto al amigo. Psicóloga: ¿en ese momento te dijo algo mas esta persona?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia los costados); Psicóloga: ¿vos le dijiste algo?; Menor: no, solamente le decía que no, que no quería. Psicóloga: y él cuando vos le decías que no querías, continuaba?; Menor: si, me decía que no sea cagona, que me iba a gustar a mí. Psicóloga: ¿te acuerdas la fecha de esto?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia los costados); Psicóloga: ¿Qué pasó después que hace eso que te dice que te limpies, como continúa la situación?; Menor: me llevó a la esquina de mi casa. Psicóloga: ¿te dijo algo más cuando se iban hasta el trayecto hasta tu casa?, Menor: no, siempre me decía que él me iba a escribir, que yo no le escribiera, y bueno, él siempre cuando me escribía me pedía fotos mías, sino se las mandaba él se enojaba conmigo, y siempre me decía que borrara todo; Psicóloga: ¿quería fotos?, y que tipos de fotos?; Menor: de todo mi cuerpo, Psicóloga: ¿te pedía y vos accedías a eso?; Menor: con miedo porque siempre me decía que mi mamá no se tenía que enterar, de que mi mamá se entere, porque él me decía que si se enteraba me iba a matar mi mamá; Psicóloga: ¿eso ocurrió una vez?; Menor: No; dos; Psicóloga: ¿dos veces?, ¿la otra vez cuando fue?; Menor: fueron casi seguidas las dos veces porque él siempre esperaba que mi mamá trabajara, siempre que me escribía me decía que si mi mamá estaba trabajando o no; Psicóloga: y esta segunda vez que pasó ¿vos ya le habías mandado tus fotos?; Menor: si, él siempre me pedía. Psicóloga: por más que no te veía ¿te pedía fotos?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo); Psicóloga: ¿y vos siempre le respondías?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo); Psicóloga: estas fotos cuando te las pedía, ¿te escribía siempre? Y tu mamá estaba trabajando?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo), Psicóloga: y esta otra vez que se encontraron ¿Dónde fue?; Menor: siempre era en los mismos lugares; Psicóloga: ¿en qué te fue a buscar?, ¿Dónde se encontraban?; Menor: en el mismo auto; Psicóloga: ¿y donde se encontraban?; Menor: y...siempre a una cuadra de la casa de mi abuela; Psicóloga: contame que pasó; Menor: pasó lo mismo, nada más que no sangré y sentía mucho dolor, pero no paraba; Psicóloga: ¿vos querías que pare?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo); Psicóloga: ¿vos ibas a encontrarte con él?, porque? Que sentías vos? (distorsión); Menor: yo siempre iba con miedo; Psicóloga: ¿alguien sabía que vos te veías con esa persona? alguien te vio subir al auto de él? Le habías comentado a alguien de esto?; Menor: no porque él siempre me preguntaba a quien le contaste. Y a nadie, o sea él no me dejaba decirle a nadie; Psicóloga: cuando tu mamá salía a trabajar ¿vos con quien te quedabas?; Menor: en la casa de mi abuela; Psicóloga: ¿en la casa de tu abuela? Y esta segunda vez que me decís que fue en el mismo auto, que me decís que fue en el mismo lugar, ¿la hora?; Menor: y siempre era a la siesta; Psicóloga: ¿y cuánto tiempo tardaban?; Menor: como una hora; Psicóloga: ¿después siempre te dejaba cerca de tu casa?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo) y siempre él me decía que no le escribiera, que él ya me iba a escribir; Psicóloga: ¿hacías caso a eso?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo); Psicóloga: ¿a quién le contaste de esto que te pasó por primera vez?; Menor: a nadie, mi mamá se enteró cuando fue a hacer la denuncia del otro chico cuando se enteró; Psicóloga: ¿Cómo se enteró tu mamá?; Menor: esa noche cuando yo salí no me encontraba en la casa de mi abuela; Psicóloga: ¿eso no fue a las dos de la mañana me dijiste?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo) y yo la encuentro porque la intentaba llamar y yo lo llamaba a él para que me abriera el portón de afuera de su casa y yo le llamaba para que me acompañara a mi casa y no salía, no salía, y salió y le pedí que me acompañara a mi casa y no me quiso acompañar, me acompañó hasta una esquina de mi colegio y él se fue para otro lado, y yo seguía hasta la casa de mi abuela, y ahí mi abuela le avisa a mi mamá que ya había llegado, porque a todo esto todos me estaban buscando; Psicóloga: ¿Cuánto tiempo te acuerdas desde que vos saliste y volviste? Y se dieron cuánta que vos no estabas?, Menor: y fue como una hora y media... dos horas; Psicóloga: ¿tu abuela se da cuenta que vos no estabas?; Menor: mi hermana; Psicóloga: ¿Cuántos años tiene tu hermana?; Menor: trece, y ahí fue cuando mi mamá me busca y me empezó a preguntar que adonde había estado y le tuve que decir que estaba con el chico y ahí fuimos a la casa de él; Psicóloga: ¿fuimos? Vos y tu mamá?; Menor: "mhm" (mueca de rostro hacia arriba y hacia abajo) andaba el móvil también, la policía y fueron a ver si estaba él y salieron los padres y empezaron a decir que no, que no estaba y la madre dijo que yo lo estaba llamando a él (distorsión) fue cuando yo le pedí que saliera para que me acompañara; Psicóloga: y después que estuvieron al fondo de la casa ¿él se fue? Te dejó ahí en el fondo de la casa?; Menor: no, salimos adelante cuando yo le dije que me estaba llamando y él entró a su casa a cambiarse y yo estaba ahí esperando afuera, entonces yo lo empecé a llamar y no me atendía, no me atendía hasta que salió y me fue a acompañar; Psicóloga: Era tarde y la mamá le dijo que vos habías estado llamando, tu mamá te preguntó ¿y cómo continuaron las cosas?, Menor: y... fui con mi mamá a hacer la denuncia (distorsión) a la policía y ahí es cuando se enteran que había estado con G.; Psicóloga: ¿hicieron la denuncia? Contame quien te la tomó?; Menor: yo no estuve en ese momento. Psicóloga: vos no estuviste? Fue tu mamá? Vos te quedaste en la misma policía?; Menor: no, estaba en el auto; Psicóloga: ¿en cuál auto?; Me-

nor: de mi tío..; Psicóloga: después te tuviste que bajar para algo?; Menor: si, bueno, me hicieron bajar del auto y fue ahí cuando mi mamá se enteró de (distorsión); Psicóloga: vos contaste?; Menor: yo estaba en el auto y sale mi tío, y me empieza a preguntar a quien había mandado fotos yo, entonces yo le dije que era a él, porque es alguien del atlético que vos le has mandado y bueno, le dije que era a él porque siempre me pedía fotos y ahí es cuando le dicen a mi mamá, entonces ahí me llamó y le dije que sí, que él me pedía fotos y yo le había mandado y si no le mandaba él se enojaba...".

Denuncia, de la madre de la víctima (fs. 1/2), quien aportó la noticia del hecho, removiendo el obstáculo de procedibilidad que condiciona la potestad represiva del estado en este tipo de hechos. Dicha denuncia resulta sustancialmente coincidente con el testimonio transcripto más arriba al que me remito para evitar innecesarias repeticiones.

Pericias: Psicológica, de la víctima N. S. S. G. La perito oficial, Lic. Eugenia Vega (fs. 353/356 vta.), da cuenta que, de las entrevistas y pruebas proyectivas realizadas se puede inferir: "Nivel manifiesto:.. Presentó conciencia lúcida y adecuada orientación temporo-espacial... Se observó intranquilidad cuando su discurso se centró en los hechos relacionados a las presentes actuaciones. Exhibiendo además, nerviosismo, tensión y vergüenza, al verse expuesta en su intimidad.... Datos relevantes de su historia vital: La entrevistada refiere convivir con su madre empleada de la fuerza policial) y su hermana de 13 años... señala buen rendimiento escolar, sin historia de repitencia. Asimismo, expresa haber disminuido su rendimiento (el año lectivo anterior), a consecuencia de lo acontecido en su persona; situación académica que, al momento, habría superado...Con respecto a los aspectos de socialización, presentaría, según su relato, escasa interrelación con los pares, manifestando tener una sola amiga con la que comparte su cotidianeidad. Sostiene haber sido víctima de abuso sexual por parte de un conocido de su familia (ex pareja de su madre). Manifiesta que, con posterioridad a estos episodios, habría resultado víctima de otro hecho de abuso sexual y engaño, de parte de otro sujeto, previamente desconocido. Da cuenta donde se produjeron los episodios abusivos, como también, su modalidad. Se registró en su relato, vergüenza, malestar y angustia al narrar lo acontecido en su persona. Cuenta que su madre habría efectuado la denuncia correspondiente. Expresa, además haber sido violentado físicamente ("empujón"), y agredida verbalmente ("insultos y amenazas"), en la vía pública, por parte de la novia del imputado L., "R.". Episodio del cual habría sido testigo una amiga, acompañante en ese momento. Reseña, que luego de ello, ya en su domicilio particular, estando con su madre, ambas fueron víctimas de amenazas de parte del Sr. L. y pareja. Verbaliza que lo anterior, le habría generado temor y desconfianza, habiendo modificado su cotidianeidad, saliendo en el presente, siempre acompañada. Al referirse a los imputados, revela bronca en relación al accionar del señor L. Asimismo, pronuncia el deseo de que quede privado de su libertad. Señala encontrarse bajo tratamiento psicológico a consecuencia de lo acontecido en su persona. Asimismo, reconoce la necesidad de asistencia y ayuda profesional.

Nivel intelectual: Desde una valoración cualitativa se infiere que N., posee un nivel intelectual Normal acorde a su edad evolutiva...Respecto a la memoria, posee capacidad para recordar hechos y vivencias. El índice de realidad (adaptación del pensamiento a la misma), se encuentra dentro de los parámetros esperables. Al momento de la presente intervención, no se advierten indicadores compatibles con fabulación, con fabulación ni mitomanía. Características de personalidad y afectividad: Del material pericial obtenido, se infiere una estructura de personalidad en proceso de formación y desarrollo, tal como es dable esperar en esta edad y etapa evolutiva (adolescencia). No obstante ello, en la conformación de la misma, se observan como características predominantes: timidez, inmadurez, inseguridad, oposicionismo, retraimiento y dependencia; predominando rasgos de personalidad de tipo introvertida. Ante situaciones tenso-ansiógenas, su yo apela a la negación y evitación como recursos defensivos, con el fin de evitar el acceso a la conciencia de experiencias y vivencias conflictivas que le habría tocado vivir; tiende a negar las presiones y los conflictos del medio. Asimismo apela a defensas de tipo maníacas e histéricas. Con respecto a la capacidad de integración de su conducta racional-impulsiva, se observa, al momento del presente estudio, agresividad contenida, con control de los impulsos...Respecto al área psicosexual, se observa diferenciación de los caracteres masculinos-femeninos. Asimismo, se registra inmadurez, inseguridad, tensión, angustia y vergüenza en relación a esta área. Conclusión:...Al momento de la presente intervención, no se advierten indicadores compatibles con fabulación, confabulación ni mitomanía. "Si presenta indicadores de abuso sexual en su persona". Del registro discursivo surge haber experimentado lo siguiente: Vergüenza y malestar. Angustia y tristeza Temor y desconfianza Cambios en su realidad cotidiana Rechazo y bronca hacia los imputados. "Si los supuestos hechos que padeció, han tenido incidencia dañosa en su psiquis". Al momento del presente estudio, no se registra en la adolescente de autos, indicadores asociados a daño psíquico....En cuanto a lo evaluado y precedentemente expuesto se sugiere, salvo mejor criterio, que la adolescente de autos continúe bajo Tratamiento Psicológico, a fin de elaborar y resignificar experiencias y vivencias conflictivas de la

que habría sido víctima y resguardar su salud mental presente y futura. Asimismo, con el objetivo de trabajar aspectos conflictivos y no elaborados de su realidad personal y vincular, en un espacio de orientación y contención".

Disidencia de la perito de control: La Perito de control de la defensa Lic. Liliana M. A. Licitra emitió dictamen en disidencia parcial con la pericia oficial que antecede (ver fs. 398/402). En lo sustancial, y entre otros puntos de disidencia, señaló que la examinada, presenta "tendencia a la mentira", como mecanismo de defensa…". Igualmente disiente y aclara que la "Vergüenza y malestar"…es por su situación actual, culpógena, por ocultar a su madre su relación consensuada con L." (ver fs. 400/401).

Pericia psicológica, del imputado, en cuyas conclusiones la Lic. Doris Romagnoli Perito oficial señaló, entre otros aspectos relevantes (ver fs. 357/361 vta.):… Al momento del abordaje, se estima que el estado y desarrollo de las facultades mentales del peritado, se encuentran conservadas…Con respecto a la capacidad de integración de su conducta racional-impulsiva, se observa frenos inhibitorios debilitados, con dificultad en el control armónico de los impulsos y las emociones. Además, ansiedad, agresividad e impulsividad reprimida, al momento del abordaje. La baja tolerancia a lo displacentero, favorece un modo en el que predominan mecanismos que le permiten poner afuera los aspectos intolerables, desplazando hacia otros o sobre la realidad externa, la responsabilidad que le concierne por sus comportamientos y circunstancias. Se observa escasa capacidad auto y heterocrítica supeditadas a una instancia superyoica, es decir introyección de pautas de conducta y normas morales, de características laxas y permisivas. El control yoico defensivo, presenta carencia de defensas efectivas para operar en la realidad. No obstante, instrumenta fundamentalmente, la negación y proyección… Del material pericial obtenido, no surgen alteraciones en el curso del pensamiento tales como tendencia a la fabulación, confabulación y/ o mitomanía. Asimismo, los datos obtenidos resultan insuficientes ya que no termina de mostrarse y en varias oportunidades apela a reservar información, no brindando datos, a modo de defensa y resguardo… Atento a lo trabajado, se infiere que la combinación dinámica de sus características de personalidad tales como oposicionismo, manipulación, baja tolerancia a la frustración, disminución de la capacidad empática, cierta impulsividad, unida a la precariedad de los mecanismos defensivos, podrían operar dinámicamente, facilitando la promoción de conductas desadaptativas. Asimismo se infiere que dichos comportamientos inapropiados en la esfera de la sexualidad, se podría ver favorecido ante un contexto propicio, es decir en donde el entrevistado se pudiera erigir en una relación asimétrica, desde un lugar de poder, dominancia y autoridad, valiéndose quizás, de su edad, experiencia y conocimiento, ante otros de características más vulnerables y dependientes. Del análisis realizado surgen variables que dan cuenta de escasa correlación interna entre las técnicas implementadas, esto es, lo verbalizado (en general, escueto y sin profundizar), las técnicas gráficas y el Test de Rorschach. Todo ello, analizado en su conjunto, hace presumir que este sujeto habría recibido cierta información, con el objeto de realizar formulaciones verbales acertadas y respuestas adecuadas, de modo tal que esto resultara favorecedor a sus intereses personales y legales… Al momento del presente estudio, se registra que el peritado no adopta un posicionamiento autocrítico, ni reflexivo sobre la conflictiva que atraviesa. Asimismo, se advierte limitada capacidad de insight, es decir, tener conciencia de los conflictos y de poder asumir los mismos… Informe, del Gabinete de Equipos Móviles de Policía Judicial, cuyo Informe Técnico N° 2814024, obrante a fs. 329/347 de autos establece en su titulado "Objeto de Estudio: Proceder al análisis del tráfico de llamadas y mensajes entrantes y salientes desde el 01/07/2018 al 31/12/2018 inclusive; tráfico de SIM e IMEI de las líneas, ubicación de antena y celda de las líneas en dicho período de tiempo, en su caso nombre y apellido del o los titulares de las líneas, domicilio como así también inspeccionar el contenido de los mensajes de texto, enviados o entrantes, realizar la transcripción de los mismos y de resultar posible determinar la fecha en que fueron emitidos o receptados, como así también decodificación de los mensajes y/o desgravación de los mensajes de audio que registren en los sistemas de mensajería de WhatsApp y Messenger y de la extracción del contenido de los mismos en lo concerniente a la agenda (directorio telefónico), fotografías digitales si las tuvieran, imágenes guardadas y todo otro dato que pudiera obtenerse y que fuera de utilidad para el descubrimiento de la verdad.

Como material de estudio se establece dos teléfonos celulares, el perteneciente al imputado L. y el perteneciente a la menor víctima N. S. S. G., identificados en el informe como: Material N° 497730, tipo teléfono celular, marca Samsung, modelo SM-G610M, N° IMEI Físico No visible, Tarjeta SIM, empresa Claro N° … (tarjeta cortada manualmente), Tarjeta de Memoria marca Verbatim, capacidad 8 GB. Material N° 497731, tipo teléfono celular, marca Samsung, modelo SM-G532M, N° IMEI físico …, tarjeta SIM empresa Claro N° … Informe cuya Conclusión establece, "Se considera conveniente señalar, que las técnicas y herramientas utilizadas en el presente trabajo impiden la desnaturalización del material remitido (…). En relación al Material N° 497731: Se obtuvieron resultado positivo en cuanto a la aplicación instaladas, contactos de la tarjeta SIM, del dispositivo del celular y de las

aplicaciones de Snapchat, WhatsApp y Google Drive, conversaciones de MMS y SMS, Registro de llamadas ubicación de dispositivos, Documentos e imágenes, sonidos, textos, videos (ver procedimiento N° 5).

Se realizó filtrado de información solicitada entre períodos de tiempo desde el 01/01/2018 al 31/12/2018 inclusive (ver procedimiento N° 6). Se realizó filtrado de imágenes de contenido sexual (ver procedimiento N° 6). Se realizó filtrado de información con la palabra "Instagram" y se encontraron resultados dentro del listado de aplicaciones instaladas, historial de internet (el cual contiene una dirección de web que mostraría el nombre de usuario "...", con el que se intentó acceder a dicha red social) y una carpeta llamada "InstagramLive" (ver procedimiento N° 6).

No tiene las aplicaciones instaladas activamente de Instagram y Facebook Messenger (procedimiento N° 7). Material N° 497730. Se obtuvieron resultados positivos en cuanto a Aplicaciones instaladas, contactos del dispositivo celular, de la tarjeta SIM y de las aplicaciones de Facebook, Messenger y WhatsApp, conversaciones de Facebook Messenger y WhatsApp, Mensajes de Texto SMS, Registro de llamadas del dispositivo y las aplicaciones de Facebook Messenger y WhatsApp, ubicación de dispositivos; imágenes, sonidos, textos y videos (ver procedimiento N° 13). Se realizó filtrado de imágenes de contenido sexual (ver procedimiento N° 14). Se realizó comparación de imágenes de contenido sexual entre ambos materiales N° 497730 y N° 497731 obteniendo resultado positivo en diversas coincidencias, prestando especial atención a que en uno de los archivos del material N° 497730 se observa la frase que reza "..." y que dicha palabra "..., se encuentra como parte de una dirección web con dominio "..." en el listado de historial de internet del material N° 497731, específicamente como valor del parámetro "username" (ver procedimiento N° 14). No tiene instalada activamente la aplicación de Instagramen (ver procedimiento N° 15). Remisión de materiales: Se remite al requirente DVD aportado para la lectura e impresión de los registros. Se remite al Deposito General de Efectos Secuestrados Material de estudio para su resguardo. Se remite al depósito de Sección de Informática Forense DVD copia para su resguardo.

La prueba se completó con la incorporación por lectura para los hechos primero y segundo del siguiente material: Testimoniales de: Sgto. M. A. L. (fs. 08/09, 21/22, 29/30, 36/37, 46/46 vta., 60/60 vta.), M. A. C. (fs. 71/71 vta., 141/141 vta.), G. R. F. (fs. 74/75), J. M. A. (fs. 138/138 vta.) Documental/informativa/pericial: informe de la Unidad Técnica de Psicología de la Dirección de Policía Científica (fs. 14/14 vta.), informe Técnico Médico (fs. 15/16 vta.), Informe Química Legal (fs. 17), informe de la Sección Medicina Legal (fs. 18), Sección Medicina Legal-acta de secuestro-bombacha (fs. 19), actas de inspección ocular (fs. 23, 31, 49/49 vta., 61/61 vta., 120, 139/139 vta., 143/143 vta., 144/144 vta.), croquis ilustrativo (fs. 24, 32, 50, 121, 140, 142), actas de allanamiento, secuestro y detención (fs. 38, 48/48 vta.), copia de Partida de Nacimiento (fs. 54, 134/134 vta.), certificado médico (fs. 55), acta de constatación (fs. 61/61 vta.), planilla prontuarial (fs. 69), copias del informe de la Escuela Juan Bautista Alberdi (fs. 81/83 vta.), constancia de Exposición de Cámara Gesell (fs. 106), certificado de Cámara Gesell —resumen— (fs. 107/108), acta de registro de vehículo (fs. 119), copias a color de tomas fotográficas (fs. 122/125), copia de certificado de tratamiento psicológico (fs. 135), copia de DNI (fs. 136), constitución en querellante particular (fs. 303/306), 5 CD (fs. 347), sobre papel madera con imágenes fotográficas (fs. 352), informe Unidad de Procesamiento de las Telecomunicaciones (fs. 370/379), constancia del SAC (fs. 472) y certificado del actuario (fs. 473).

3. Prueba relativa al hecho nominado tercero: Denuncia formulada por R. G. G. (fs. 147/148). Testimoniales de: M. A. L. (fs. 194/194 vta.), N. M. Á. (fs. 210/211), P. J. N. (fs. 280/281). Exposición informativa de: L. N. L. (fs. 154/155) y N. S. S. G. (fs. 191/192 vta.), Documental/informativa/pericial: certificado médico (fs. 149), croquis demostrativos (fs. 178, 197), acta de inspección ocular (fs. 159, 179, 196/196 vta.), prohibición de acercamiento (fs. 185), copias del libro de guardia de la Cría. de esta ciudad (fs. 206/208), planillas prontuariales (fs. 212 y 213), informes del Registro Nacional de Reincidencia (fs. 362/364 y 414).

IV. Conclusiones de las Partes: En dicha oportunidad la señora representante del Ministerio Público, tras analizar la prueba recepcionada e incorporada en legal forma al debate, realizó un análisis basado en cinco puntos: ubicación temporal de los hechos; la diferencia de edad del imputado, considerándolo como una persona de confianza de la damnificada; actos de violencia sexual contra la víctima y utilización de medios telemáticos; fuerza e intimidación empleadas; invasión a la integridad sexual de la víctima con acceso carnal y la incapacidad de la víctima para oponerse.

En base a ello, mantuvo la acusación, tuvo por acreditado los hechos y la autoría del encausado bajo las circunstancias contenidas en la Requisitoria Fiscal que sirvió de base a la elevación a juicio. Encuadró el accionar delictivo del prevenido L. en los delitos de "contacto electrónico con menores de edad con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual", "suministro de material pornográfico a menores, producción de imágenes pornográficas de menores de edad reiterada, coacción, en concurso real, y promoción a la corrupción de menores agravada, en

concurso ideal (arts. 45, 131, 128 cuarto párrafo, 128 1° párrafo, 149 bis 2° párrafo, 125 3° párrafo, 54 y 55 del CP) —hecho nominado primero—; por el delito de "abuso sexual con acceso carnal continuado" (arts. 45 y 119 3° párrafo y 55 a contrario sensu del CP) —hecho nominado segundo—; y por el delito de amenazas reiteradas —dos hechos—" (arts. 45, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP); todos estos en concurso real (art. 55 del CP) —hecho nominado tercero—. En síntesis solicitó condena a la pena de diez años de prisión con adicionales de ley y costas. Consideró como atenuantes la edad del acusado, ya que se trata de una persona joven, de veintisiete años, y en especial la ausencia de antecedentes penales. Como agravantes la diferencia de edad con la víctima, y su nivel de educación, ya que según dijo tiene estudios terciarios (Protesista dental).

Tras ello se le concedió la palabra a la querellante particular, quien a través de su letrado patrocinante Dr. Pablo Gorosito, emitió conclusiones en igual sentido que la señora Fiscal de Cámara, adhiriendo en un todo al dictamen acusatorio y a la pena solicitada.

A continuación, alegó la señora Asesora Letrada ad hoc, Dra. Viviana López, en su rol de representante complementaria de la menor damnificada. Destacó la regularidad del proceso en relación a los derechos y garantías de su representada. Igualmente trajo a colación los tratados Internacionales incorporados al derecho constitucional Argentino, sobre la necesidad de juzgamiento de este tipo de hechos que involucran a víctimas mujeres, menores de edad. En síntesis también adhirió a la postura acusatoria de la representante del Ministerio Público.

A su turno los defensores del acusado dividieron su tarea en dos partes, en primer lugar alegó el codefensor Dr. Mosquera, el que puso el acento en la existencia de consentimiento de la víctima, mayor de trece años y menor de dieciséis, lo cual neutralizaba la acusación de Abuso Sexual con acceso carnal. Destacó en este punto los propios dichos de la amiga íntima de la ofendida (L. N. L.) y la pericia psicológica oficial en cuanto a que no se encontraron indicadores de abuso sexual, ni daño psíquico. Respecto a la imputación de corrupción, sostuvo la ausencia de los elementos que tipifican el delito, por cuanto no hubo actos depravados ni excesivos, solo accesos consentidos por vía natural. Por último sostuvo que no existió dolo directo para corromper, admitiendo que solo quiso satisfacer su propia libido, no así el normal desarrollo sexual de la joven. En último término, alegó el Dr. Pérez Moreno, quien puso énfasis en dos puntos que estimó centrales: que el mismo día de uno de los hechos, la joven le envió un mensaje de texto al acusado, que calificó de alto contenido erótico (hot). El segundo punto al que hizo referencia fue el interrogante acerca de que: nadie puede explicar porque la joven salió en una segunda oportunidad con el imputado. En síntesis solicitó se encuadre la conducta de su defendido en la figura penal del art. 120 del CP, del antiguo "estupro" (hoy aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima), y en el delito de Amenazas por el tercer hecho, y su absolución por el resto de las imputaciones.

Por último invocó en el marco de los arts. 40 y 41 del CP como atenuantes la carencia de antecedentes penales, los informes carcelarios en los que L. tiene conducta ejemplar, que el joven tiene muy buen concepto entre sus pares y de sus afectos, que posee capacitación terciaria y arraigo.

V. Mérito de la Prueba: 1. Previo al ingreso del escrutinio probatorio de cada uno de los hechos que integran la acusación, conviene recordar la posición defensiva que esgrimió el acusado. Durante la investigación penal preparatoria, se limitó a negar la acusación (ver fs. 232/236 vta.) incorporada por su lectura a pedido de la Fiscal de Cámara. En el debate, declaró y en lo sustancial admitió que había mantenido relaciones con la joven ofendida, pero agregó que todo lo que hizo fue consensuado con ella. Vale decir adicionó una circunstancia —consentimiento de la víctima— que tiende a mejorar su situación procesal, ubicándose en un hecho menos grave (CP art. 120) con respecto al que fue acusado (CP arts. 119, 3° párrafo).

2. Primer Hecho: Ingresando al examen crítico de los hechos, en el orden en que han sido enunciados más arriba, la prueba de cargo permite adelantar que el designado como primero existió y el imputado debe responder como su autor material. En una sola plataforma fáctica, se describieron distintas conductas delictivas: a. El contacto electrónico con una menor de trece años de edad, con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual; b. El suministro de material pornográfico; c. La producción de imágenes pornográficas con una menor de edad; d. Coacción y e. Promoción a la corrupción de menores calificada. Para sostener la conclusión adelantada, tengo en cuenta, en particular, el panorama que nos brindan los siguientes elementos de prueba: La denuncia (1/2) y testimonio de la madre de la ofendida, R. G. G., la exposición en Cámara Gesell de la víctima: N. S. S. G. (fs. 109/116), la declaración testimonial del policía L. A. C., el Informe Técnico de Policía Judicial sobre el contenido de los teléfonos (fs. 329/347), y la pericia psicológica practicada a la joven N. S. S. G. (fs. 353/356), entre otros. Si recorremos el cuadro probatorio referido, bien podemos afirmar, que del testimonio de la ofendida a la sazón de trece años y que hoy cuenta con dieciséis años (ver partida de nacimiento de fs. 134), y del testimonio de su madre, se desprende que el acusado mantuvo una relación de pareja con la

madre, entre los años 2015 y 2016, que duró alrededor de diez meses.

En dicho período conoció a la menor que vivía en la misma casa, formando parte del grupo familiar. Luego de la ruptura de dicho vínculo que tuvo lugar en el año 2016 el acusado comenzó a contactar a la menor desde su teléfono celular por WhatsApp y luego por Instagram. En los primeros acercamientos se mostró amable preguntándole por su familia, madre y su hermana. Luego comenzó a decirle que era linda, que iba a ser su novio, a lo que ella le respondía que no, que era chica, tenía trece años en ese momento y él veintisiete. Gradualmente siguió contactando a la menor, hasta que comenzó a mandarle fotos de él, que le daban miedo, según la exposición de la joven, porque eran imágenes de sus partes íntimas. A la vez que le decía que no dijera nada, porque ella tenía la culpa, y si se enteraba su madre la iba a matar (cfr. fs. 111/111 vta. Cámara Gesell). Hasta que expuso su verdadero objetivo de claro fin libidinoso, hasta llegar al aporte y producción del propio material pornográfico, con su cuerpo y el de la víctima. Le enviaba fotos de su p... y le exigía a la adolescente que le mandara de su v... y c..., las que se tomaba en el baño. Las expresiones incriminatorias tanto de la joven, como de su madre, la que recogió su versión de los hechos, encuentran plena corroboración a través del Informe Técnico del Gabinete de Equipos Móviles de Policía Judicial —N° 2814024, fs. 329/347—. En esta misma línea probatoria el testimonio del policía L. C., quien analizó el mencionado informe que se encontraba en soporte magnético, en siete discos compactos, confirmó la presencia de la misma imagen de un p... que se extraía de un bóxer verde, que se detectó, tanto en el teléfono del acusado, como en el de la joven, y recíprocamente de una v...

Así también afirmó que por el contenido del celular del acusado era evidente que consumía pornografía. Sostuvo el comisionado, que si bien no aparecían rostros en las imágenes, pudo afirmar que por lo observado, la parte del cuerpo desnudo con el bóxer verde, resultaba compatible con el físico y contextura del acusado. El informe técnico producido por la policía judicial y sobre el que se expidió el policía C., constituye un elemento de indiscutible valor probatorio que viene a corroborar de manera directa la exposición de la menor, en cuanto al contacto, virtual, el suministro y producción de material pornográfico, cuestión que será ampliada al tratar la segunda cuestión. Resta considerar, otro de los sucesos centrales que integran la batería acusatoria en este primer hecho, se trata de la corrupción que viene encaballada en los sucesos pornográficos narrados. Sin mayores esfuerzos se advierte la aptitud de los hechos narrados como suministro y producción de material pornográfico para corromper a la joven de apenas trece años de edad al comienzo de los acosos. Tópico sobre el que me detendré al tratar el encuadramiento legal. En síntesis el hecho primero, existió y tuvo como autor responsable al acusado.

3. Segundo Hecho: El examen del segundo hecho, que a su vez contiene dos abusos sexuales con acceso carnal sobre la joven N. S. S. G., se muestra como el epílogo del suceso precedente. En consecuencia entiendo que también tuvo existencia material y el acusado ha sido su autor. En este análisis, no debemos olvidar la declaración del imputado, quién admitió haber mantenido relaciones carnales con la joven, pero, agregó que fueron con su consentimiento. A los fines de dilucidar el punto dirimente de este hecho —consentimiento de la víctima— es dable destacar que *prima facie*, en un primer examen del *iter criminis*, la ofendida aparece aceptando la invitación a salir con el acusado. Sin embargo, cuando ahondamos con mayor detenimiento la conducta del prevenido, desde que comenzó a contactar a la joven, por entonces de trece años, por vía telefónica (WhatsApp e Instagram), con un permanente acoso pornográfico conforme quedó acreditado al tratar el hecho primero, advertimos que con ello fue minando el camino para llegar a accederla carnalmente con la niña cercada y en contra de su voluntad.

Aún, cuando aceptemos que la joven subió al auto del acusado voluntariamente en las dos ocasiones en que la accedió, el relato de la niña sobre el momento en que fue penetrada, pidiéndole que no lo hiciera porque le dolía, y en la primera ocasión sangraba, fue desoído por el acusado quién lejos de detenerse termino de penetrarla, diciéndole "que no sea cagona", que le "iba a gustar" (ver Cámara Gesell fs. 119/116).

La propia dinámica del hecho, muestra de cuerpo entero al acusado, aprovechándose de una relación asimétrica, de poder, dada la diferencia de edad, entre la joven con apenas 14 años recién cumplidos y 27 él. Existió un aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima a quién había preparado, desde los trece años, al anunciarle que iba ser el primero en penetrarla, según así lo reveló la joven. En este punto corresponde detenernos en la eficacia probatoria de los dichos de la ofendida. Su veracidad ha merecido respaldo a través de la Pericia Psicológica oficial, la que descartó la tendencia a la mentira de la joven (ver fs. 353/356). Además, detecto signos de abuso sexual, tales como: vergüenza, malestar, angustia y tristeza, cambios en su realidad cotidiana, rechazo y bronca hacia el imputado.

La perito oficial, Lic. Eugenia Vega, integrante del Equipo Técnico de esta sede, ha dado las razones que fundamentaron su dictamen. A tal fin ha dividió su examen en diversos ítems. En el primero se expidió

sobre los "Datos relevantes de su historia vital", en el segundo sobre las "características de personalidad y afectividad", para finalmente emitir sus conclusiones, entre otras, y en lo que aquí interesa, sobre la ausencia de indicadores compatibles con: fabulación, confabulación o mitomanía. Debemos recordar, que sobre el valor de la prueba psicológica en hechos de esta naturaleza, por tratarse de la opinión de un experto, existe un grado de aceptación unánime, un consenso general, por parte de la doctrina judicial. En forma pacífica e invariable, venimos sosteniendo desde este tribunal, desde su creación (1992) que es un deber del juzgador tener en cuenta los informes y declaraciones de los peritos que validan los relatos del abuso. "Cuando un experto afirma que una niña ha dicho la verdad y que no ha fabulado, se trata de una prueba de claro valor incriminante y como tal deberá ser tomada" (Cfr. cit. en Sent. Crim. N° 13, del 13/04/2005, caso: "P. R. p.s.a de abuso sexual calificado", Sala Unipersonal, vocal: Serafini, Sent. Crim. N° 54, del 07/12/2004, Sala Unip. N° 2, vocal: Ruiz; pub. en "Jurisprudencia Penal de la Cámara de Deán Funes", de mi autoría, Ed. Advocatus, p. 29, año 2012).

En esta misma línea el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, tiene dicho que: "cuando media una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato de menores víctimas de un delito de las características mencionadas, su lectura debe ir necesariamente acompañada —cual sombra al cuerpo— de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador (o que, disponiendo de ellos, no pueden motivar su decisión por no ser controlables a las partes) y que por ende no pueden motivar su decisión". Aunque el dictamen pericial no obliga al Juez —puesto que este debe someter dicho elemento de juicio a su consideración, a la luz de las reglas de la sana crítica racional— el Magistrado no puede apartarse libremente sino "en la medida en que funde debidamente los motivos por los que disiente con el perito" (v.gr., si el dictamen aparece infundado o vacío de contenido, contradictorio con el resto de las pruebas, inverosímil, viciado de defectos formales o irregularidades que lo nulifiquen, o si el perito carece de la calidad de experto, etc.). Es que si el Juez acude al perito para proveer a determinada constatación fáctica de una base técnica que ante las partes se presente objetiva y controlable, carece de todo sentido prescindir luego de su dictamen sin exponer las razones de tal solución, como así también contraponer a la opinión profesional el parecer individual del Magistrado en un área ajena a su incumbencia específica. Así se interrumpe la posibilidad de contralor externo de la decisión, en tanto las partes no pueden verificar la procedencia, adecuación y objetividad del conocimiento invocado por el Juez y en consecuencia, tampoco pueden objetarlo desde la esfera técnica que es propia a dicha materia" (TSJ, Sala Penal, "Valente", S. N° 234, del 03/06/2016, y TSJ, Sala Penal, "Battistón", S. N° 193, 21/12/2006, "Chavez", S. N° 170, 30/06/2008, "Mendoza", S. N° 21, 27/02/2009, "Pedernera", S. N° 73, 05/04/2010, "Farias", S. N° 36, 28/09/2011, entre muchos otros).

Bajo estas premisas, las conclusiones periciales producidas por la Perito Oficial del Equipo Técnico de esta sede no evidencian en sí misma contradicción, insuficiencia ni dubitación alguna, que autoricen su descalificación. El dictamen en disidencia emitido por la perito de control, Lic. en Psicología Liliana Licitra, (ver 398/402), no enerva las conclusiones a las que arriba la perito oficial. Por ejemplo, la perito de parte, disiente en cuanto la pericia oficial habla de una víctima tímida, introvertida y avergonzada por lo sucedido. Desde su óptica considera que la niña miente, que la relación fue consentida, y que se siente avergonzada frente a su madre por haberle ocultado una relación sentimental con quien fuera su ex pareja. Por ello descarta que la vergüenza sea un indicador de abuso sexual. Entiende que se trató de una relación consensuada, no traumática, y que la víctima se sintió traicionada por el acusado que no dejaba a su novia.

La perito de control, construye un relato fundado en una hipotética situación de celos entre la niña y su madre, fuera de todo contexto de las constancias de la causa. El mencionado informe de parte, entra en contradicción con otros elementos de convicción que ofrece la causa. En efecto, sobre la timidez y el carácter introvertido de la menor, declaró no solo su madre, sino también la testigo L. E. T., preceptora, quién dijo que prácticamente tenía una sola amiga en la escuela que era precisamente la testigo L. N. L. Así también se omite toda referencia a la excelencia en sus estudios, hasta que suceden los hechos, produciéndole una notable baja en el rendimiento escolar. Sin desmerecer el trabajo de la Lic. Licitra (perito de control) no resulta suficiente para poner en tela de juicio la pericia oficial.

Desde otro costado, no podemos desconocer la propia naturaleza jurídica de la figura del Perito de Control, sobre el que tuve oportunidad de expedirme en situaciones similares, señalando: "Conforme ha sido estructurado en la Ley Procesal Penal a partir de la reforma introducida por la ley 8123, que modifico y rediseño los roles de las partes y de sus auxiliares, entre ellos el del perito de control, relevando a estos de la obligación de fidelidad (arts. 233 y 392), de dictaminar, (art. 240), y del régimen de excusaciones (art. 235), "Sincerando su condición de auxiliares de la parte que los propuso (es decir su condición de parciales), incompatible con el juramento y el deber de expresarse con verdad" (Confr. Cafferata, Nores José I., "Introduc-

ción al nuevo Código Procesal Penal", Ed. Lerner, año 1992, p. 62).

Además de la confianza que brinda la pericia psicológica —oficial— sobre la versión de la ofendida, no existen razones objetivas que invaliden su declaración. Por otra parte, la actividad desplegada por el encartado en el hecho primero, que se dio por plenamente acreditado, se convierte una prueba directa de los abusos posteriores que efectivamente llevó a cabo. En aquel primer suceso el acusado, ya le había anunciado a la joven que él sería el primero en mantener relaciones sexuales con ella. Vale decir que todo lo expuesto en ese primer suceso se proyecta de manera concluyente como una prueba de cargo sobre los accesos carnales posteriores. Como corolario de todo lo expuesto, los dos accesos que sufrió la víctima en manos del acusado fueron cometidos en contra de su voluntad, al pedirle al acusado que se detenga, que no siguiera porque le dolía y sangraba.

La explicación de por qué razón salió la menor en una segunda oportunidad si ya había sido abusada en el primer encuentro, tiene respuesta en la relación asimétrica, que existió entre la víctima de apenas catorce años recién cumplidos y el acusado de veintisiete, relación desigual, de poder y dominio, que fue construyendo paulatinamente, frente a la vulnerabilidad de la joven víctima. Entonces el "no" de la víctima, porque le dolía la penetración y porque sangraba, puede parecer débil como resistencia, en la antigua concepción de la fuerza física o intimidatoria que se exigía para encuadrar el hecho en violación.

Sin embargo hoy, la negativa de la mujer es oposición y resistencia, y seguir con la cópula en esas condiciones implica el propósito de acceder carnalmente en contra de la voluntad de la joven víctima con fuerza e intimidación. Por último cabe destacar que la prueba se completó con la incorporación del Informe Médico que da cuenta que la ofendida presentaba: desgarro completo de himen, antiguo, en hora 7 (ver fs. 16); el Acta de Inspección Ocular (fs. 23) y Croquis (fs. 24) que muestran el lugar del hecho, el cual coincide con el indicado por la ofendida. Por todo ello el hecho acreditado resulta sustancialmente coincidente con el descripto literalmente en el resultando que antecede al que me remito y tengo aquí por reproducido a fin de evitar innecesarias repeticiones. De tal forma dejo respondida la primera cuestión con respecto al segundo hecho que integra la acusación.

4. Tercer Hecho: Corresponde ingresar al mérito probatorio del tercer y último de los hechos reprochados. El caso que nos ocupa, también resulta una derivación de los dos hechos anteriores, ya que tras la denuncia que formulara la madre de la víctima N. S. S. G., fueron amenazadas por el acusado, actuando en connivencia con su novia, quien en razón de haber pedido la suspensión del juicio a prueba por la imputación que pesa en su contra se ordenó la separación de juicios (ver fs. 581). En consecuencia corresponde tratar aquí, la participación que tuvo el acusado L. en el mismo. El cuadro probatorio conformado por la Denuncia formulada por la progenitora R. G. G. (fs. 147/148).

Testimoniales de: M. A. L. (fs. 194/194 vta.), Exposición informativa de: L. N. L. (fs. 154/155) y N. S. S. G. (fs. 191/192 vta.), permite tener por acreditado el hecho con el grado de certeza que requiere esta etapa del proceso. En efecto, la testigo presencial L. N. L. (fs. 154) corrobora las amenazas de muerte que el acusado profirió a la joven y a su madre, desde su automóvil, en ocasión en que acababan de salir de la escuela. El plexo probatorio se completó con el certificado médico (fs. 149), croquis demostrativos (fs. 178, 197), acta de inspección ocular (fs. 159, 179, 196/196 vta.), prohibición de acercamiento (fs. 185), copias del libro de guardia de la Cría. de esta ciudad (fs. 206/208), planillas prontuariales (fs. 212 y 213), informes del Registro Nacional de Reincidencia (fs. 362/364 y 414).

En consecuencia el hecho acreditado resulta en lo sustancial coincidente con el descripto al comienzo de esta resolución al que me remito brevitatis causa. De tal forma dejo respondido afirmativamente la primera cuestión en relación a los tres hechos que nos ocupan.

2ª cuestión. — El doctor *Ruiz* dijo:

Encuadramiento Legal de los Hechos

I. Primer Hecho: De acuerdo a la plataforma fáctica de los distintos sucesos que integran esta acusación, la conducta delictiva del acusado configura los delitos de: Contacto electrónico con menores de edad con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual (conocido por el término en inglés de Grooming); suministro de material pornográfico a menores, producción de imágenes pornográficas de menores de edad, coacción y Promoción a la Corrupción de Menores de Edad agravada porque medió intimidación, en concurso ideal (Arts. 45, 131, t.o. por Ley 26.904, —BO 11/12/2013—, 128 primer y cuarto párrafo y 149 bis segundo párrafo art. 54 y 125, 3° párrafo). En el caso concreto que nos ocupa, existió un típico contacto por uno de los medios electrónicos previstos en la ley penal (telefonía celular, vía WhatsApp e Instagram), con una adolescente de trece años de edad con el propósito de cometer un delito en contra de la integridad sexual, lo que efectivamente se consumó según veremos al tratar la calificación legal del hecho subsiguiente (abuso sexual con acceso carnal). Además formó parte de este contacto, el suministro y producción de material pornográfico, que el mismo sujeto activo producía, enviándole fotos de sus partes íntimas (p... erecto) e intimidando a la joven a

que le respondiera con fotos de su v... desnuda, lo que así se concretó. A su vez incurrió en el delito de amenazas coactivas, ya que intimidaba a la víctima con qué si no le obedecía y mandaba sus fotos su madre se enteraría y la iba a matar.

El hecho configuró, además, una típica corrupción de menores agravada por intimidación. Toda vez que, el autor se valió también de aquella relación desigual, de poder y dominio que fue construyendo gradualmente, aprovechándose de la vulnerabilidad de la joven víctima. Cabe aquí recordar que una de las primeras expresiones que tuvo la menor al comenzar su exposición en Cámara Gesell, fue que "Yo tenía trece años...me empezó a mandar fotos de él y a mí me daba miedo...de sus partes íntimas" (ver fs. 109/116). En este contexto el delito de Corrupción de Menores se agrava por el tercer párrafo, en cuanto dispone "...cuando mediare... cualquier otro medio de intimidación".

Corresponde detenernos en este encuadramiento legal (CP art. 125). La defensa del acusado puso especial énfasis para sostener su atipicidad. Para contestar la preocupación defensiva, resulta menester recordar los aspectos salientes que integraron el iter criminis en este sentido. El envío de fotos de su órgano sexual desnudo, y la exigencia a la víctima a que respondiera de igual manera, con evidentes fines libidinosos, iba acompañado de expresiones (mensajes), tales como:..."cuando cumplí los catorce el me empezó a decir que yo con él iba a tener la primera vez y que no le tenía que decir a nadie...".."...cuando me escribía me pedía fotos mías, sino se las mandaba él se enojaba conmigo...fotos de todo mi cuerpo...accedía con miedo...porque me decía que si mi mama se enteraba me iba a matar...". A los fines de apuntalar la configuración del delito de corrupción, resulta oportuno traer a colación la sana doctrina de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en cuanto sostuvo que: "No todo abuso sexual perpetrado en contra de una menor debe traer per se aparejada la concurrencia del delito de promoción a la corrupción...". (Cfr. TSJ, Sala Penal, Sent. N° 259, del 06/06/2019, caso: "Cancellieri", SAC 2156015).

En síntesis, deben tratarse de actos de tendencia depravadora para aplicar el art. 125, lo cual se advierte en el sub examen. Siguiendo la hermenéutica de la doctrina citada: ha definido a la corrupción como una depravación de los modos del acto sexual, por lo perverso, lo prematuro o lo excesivo, y las enseñanzas del recordado Ricardo C. Núñez, en cuanto señaló: "el modo del acto sexual se puede depravar volviéndose perverso en sí mismo, en su ejecución, o volviéndose prematuro por su práctica lujuriosa habitual precoz, despertada antes de lo que es natural, o finalmente volviéndose excesivo por expresar una lujuria extraordinaria" (Núñez, Ricardo C., "Derecho Penal Argentino", Ed. Omeba, Bs. As. 1964, T. IV, ps. 342/343, Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", TEA, Bs. As., 1970, T. III, p. 307, entre otros, cit. por el TSJ en "Cancelleri").

Para mayor fundamentación, en consonancia con la doctrina expuesta, el art. 125 castiga todo acto de contenido sexual con aptitud para modificar o alterar la sexualidad natural-normal de la persona. El acto corruptor implica siempre la búsqueda de la depravación sexual de la víctima (Cfr. Buompadre, Jorge E., "Tratado de Derecho Penal, Parte Especial", T. 1, Ed. Astrea, ps. 450/451, año 2009).

Si bien la redacción actual de la norma penal (art. 125), no describe a los actos corruptores a diferencia de la ley 17.567: actos sexuales prematuros, perversos, y excesivos, entendemos con la doctrina que esta fórmula se halla ínsita en el art. 125, (Cfr. Laje Anaya, "Comentarios al Código Penal, Parte Especial", vol. II, p. 381, Creus-Buompadre, "Derecho Penal, Parte Especial", T. I, p. 224).

Desde esta perspectiva un acto sexual es prematuro (cuestión de tiempo), cuando se lo realiza antes de su debido tiempo, precozmente. Se trata de un concepto relativo, para cuyo juzgamiento deben analizarse, fundamentalmente, las condiciones particulares del sujeto pasivo. Es perverso, el acto sexual que tiene una clara significación depravada o lujuriosa. Es excesivo, (cuestión de cantidad), cuando se manifiesta como una lujuria desmedida, anormal o extraordinaria. En el caso que nos ocupa, no caben dudas que el envío de fotos de un p... erecto, y la exigencia de que la víctima de trece años le reenviara las de su v... y otras partes del cuerpo (glúteos), acompañadas de las frases arriba transcriptas, persiguiendo el acceso carnal, constituyen actos perversos por su contenido lujurioso, o al decir del profesor Víctor F. Reinaldi por "una exagerada lujuria" (Cfr. aut. cit., "Los Delitos Sexuales, Ley 25.087", p. 141, Ed. M. Lerner, año 199).

Desde esta perspectiva la conducta del acusado al suministrar el propio material pornográfico que producía, a una víctima, que por su edad se encontraba en el primer escalón de la adolescencia (Cfr. art. 25 del Cód. Civil) —dijo que tenía 13 años cuando comenzó el acoso sexual y 14 años cuando la accedió según se trató en el segundo hecho— configura también un acto prematuro, que la joven no estaba en condiciones de asumir cabalmente.Además de estos elementos que integran la estructura del tipo objetivo, el acusado conocía la edad de la víctima por cuanto convivió en el mismo hogar como pareja de su madre durante diez meses en el año 2016, sabía cuándo cumplía años, hasta el punto que cuando ya había comenzado el acoso, le regalo dos mil pesos delante

de su propia madre. Y definitivamente conocía que estaba realizando actos prohibidos, prueba de ello es que insistentemente le pedía a la joven que borrara los mensajes que le enviaba por celular (ver Cámara Gesell fs. 109/116). Vale decir que estas últimas circunstancias configuran claramente el tipo subjetivo: basta que el autor conozca la edad de la víctima y que realiza actos que por su naturaleza son susceptibles de corromperla (Cfr. D'Alessio, Andrés, "Código Penal, Comentado, Parte Especial", Ed. LA LEY, p. 192, año 2004).

En síntesis por el nominado primer hecho el acusado debe responder también por el delito de promoción a la corrupción de menores agravada, en concurso ideal con los delitos ya analizados de: contacto electrónico con menores de edad con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual (child groomnig),suministro de material pornográfico a menores continuado, producción de imágenes pornográficas de menores de edad continuada, y coacción, en concurso real, (arts. 45, 131, 128 cuarto párrafo, 128 primer párrafo, 149 bis, 2° párrafo, 125, 3° párrafo, 54 y 55 del CP).

II. Segundo Hecho: En este evento y tal como se fijó la materialidad del hecho al responder la cuestión precedente, el accionar delictivo del acusado, configura el ilícito de abuso sexual con acceso carnal continuado (arts. 45 y 119 3° párrafo y 55 a contrario sensu del CP).

Bien podemos titular el presente hecho como: crónica de un abuso sexual anunciado. En efecto, no podemos desconocer que en el hecho precedente, el acusado le anunció a la víctima que la primera experiencia sexual la iba a tener con él (ver Cámara Gesell fs. 109/116).

Así fue que cumplió la promesa delictiva, y accedió carnalmente a la joven, con ya catorce años cumplidos, en las afueras de la ciudad, en un lugar descampado, pese a su negativa a ser penetrada: "Yo le decía que parara, porque me dolía, y él decía que no sea cagona, que me iba a gustar", empezó a sangrar, y le dio una remera que sacó del baúl del auto para que se limpiara. En una segunda ocasión, al poco tiempo del acceso anterior, el acusado repitió un abuso similar, con la misma víctima y en el mismo lugar. Esta vez la joven dijo que también le pedía que se detenga, ya que no sangró pero sintió mucho dolor. La respuesta al interrogante que propuso la defensa, acerca: que resultaba inexplicable que haya salido en una segunda ocasión, fue respondido al tratar el hecho y la autoría en la primera cuestión. Sin ánimo de ser reiterativo, dijimos sobre este tópico, qué, el primer hecho (grooming) se proyectó de manera inescindible sobre el abuso sexual, porque desde allí el imputado accionó con el objetivo de minar y socavar moral y psicológicamente a la víctima, por entonces de trece años, con el fin de conseguir su control para un posterior abuso sexual, que en el caso de autos se consumó en dos ocasiones. Reafirmando esta posición, expuesta más arriba el autor empleo violencia física y psíquica a través de una relación desigual, de poder y dominio, que fue construyendo paulatinamente, frente a la vulnerabilidad de la joven víctima. La negativa de la ofendida a ser penetrada, puede parecer inconsistente a la luz de arcaicas concepciones acerca de la vis física o psíquica, pero hoy a la luz de los tratados y convenciones sobre los derechos del niño y mujeres víctimas, la negativa de la mujer, queda equiparada a oposición y resistencia, y seguir con la cópula en esas condiciones implica el propósito de acceder carnalmente en contra de su voluntad. De tal forma dejo respondida la calificación legal en relación al hecho segundo.

III. Tercer hecho, calificación legal: La conducta delictiva del acusado G. E. L. en este hecho configura el delito de amenazas reiteradas (arts. 45, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP, en concurso real (art. 55 del C.P). Toda vez que en un mismo contexto, amenazó de muerte primero a la joven víctima de los dos hechos anteriores en circunstancias en que salía del colegio, con expresiones tales como "deja a esa pendeja ya la voy a cagar matando" y tras ello amenazar a la misma víctima y a su madre desde su automóvil expresándoles; "Ya la van a pagar uds. dos", todo como consecuencia de la denuncia que se le había efectuado en su contra. De tal forma dejo respondida la segunda cuestión planteada.

3ª cuestión. — El doctor *Ruiz* dijo:

I. En la etapa de la determinación judicial de la pena, tengo en cuenta el principio de culpabilidad, y los fines de resocialización al que aspira la imposición de la pena y en especial la prevención especial. A su vez que la escala penal conminada en abstracto formada por el concurso delictivo tiene un mínimo de diez años de prisión y un máximo de veintiséis años de igual pena. Bajo las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, valoro como circunstancias agravantes, tomando en conjunto los tres hechos: la modalidad delictiva, el miedo ocasionado a su víctima desde el primer contacto con la remisión de fotos de su órgano sexual erecto y la exigencia de reenvío de fotos similares a la ofendida, el persistente acoso sexual hasta llegar a la consumación de accesos carnales, y el aprovechamiento del conocimiento que tenía de la víctima por haber sido pareja de su madre años antes, conviviendo esporádicamente en el mismo domicilio.

Si bien la pericia psicológica revela que a la fecha del examen no presenta indicadores asociados a daño

psíquico, la adolescente se encuentra bajo tratamiento y se recomendó la continuación del mismo a fin de elaborar y resignificar experiencias y vivencias conflictivas de las que habría sido víctima (ver pericia fs. 353/356). Su nivel de educación, ya que tiene estudios terciarios, según dijo obtuvo el título de protesista dental, lo cual aumenta su culpabilidad para tomar conocimiento del ilícito. Finalmente lo perjudica haber creado y aprovechado una relación asimétrica, la diferencia de edad con la víctima (13 y 27 años), creando un polo de dominancia y autoridad para doblegar su resistencia. A la par de estas circunstancias, lo beneficia, su edad, se trata de un hombre joven de veintisiete años en donde el fin de prevención especial de la pena y básicamente de resocialización, puede lograr mejores resultados en un mediano plazo de tratamiento penitenciario, que se ganaba el sustento trabajando como playero de una estación de servicio. El excelente concepto que gozaba entre sus conocidos y amigos y por último mejora su situación la ausencia de antecedentes penales. Por último cabe consignar que la señora Fiscal de Cámara ha solicitado la aplicación de la pena de diez años de prisión con adicionales de ley y costas, vale decir el mínimo de la escala, petición a la que adhirió la parte querellante.

Pese a las circunstancias evaluadas como agravantes, coincido con la sanción propugnada por la señora representante del Ministerio Público por las siguientes razones. En relación a la pena prevista por el art. 125, 3° párrafo, para la corrupción agravada, entiendo que el mínimo que estableció el legislador, de por sí, es ya de elevada magnitud, que supera, por ejemplo, al mínimo del homicidio simple (CP art. 79). En consecuencia, sobre la base de los hechos y la culpabilidad estimo que corresponde aplicarle la pena de diez años de prisión con adicionales de ley y costas (CP arts. 5, 9, 12, 40,41 y CPP arts. 412, 1° párrafo, 550 y 551).

II. Corresponde en esta oportunidad, ordenar el decomiso del teléfono celular cuyo secuestro y descripción surgen del acta obrante a fs. 38, por haber sido instrumento del delito (Art. 23 del CP); formar el correspondiente legajo personal del condenado y remitirlo al Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Córdoba que por turno corresponda, a fin de cumplimentar con lo dispuesto por la ley N° 22.117 art. 4, Acuerdo Reglamentario N° 896 Serie A del TSJ; oficiar a la UDER - SENAF, delegación local, para que se articulen los mecanismos necesarios a fin de otorgarle a la adolescente damnificada un abordaje integral de contención y un adecuado tratamiento psicológico en caso de que lo requiera; una vez firme la presente, oficiar al Registro de Personas Condenadas por delitos contra la integridad sexual a los fines de que se practique la inscripción prevista en el Art. 6 de la ley N° 9680; diferir la regulación de los honorarios profesionales de los letrados intervinientes para cuando así lo soliciten y acrediten su situación ante la AFIP; fijar la tasa de justicia a cargo del condenado en costas en la suma equivalente a 1 jus y medio, esto es pesos dos mil novecientos setenta y ocho con setenta y seis centavos ($2978,76) —art. 115 inc. 1 y 2 y 116 inc. 18 de la ley impositiva anual y art. 295 del Código Tributario Provincial— emplazándolo para que en el término de 15 días de quedar firme la presente acredite en autos su pago, bajo apercibimiento de certificar la existencia de deuda y emitir el título a los fines de su remisión a la Oficina de Tasa de Justicia del Área de Administración del Poder Judicial para su oportuna ejecución (art. 302 del Código Tributario de la Pcia. Ley 6006); notificar a las partes electrónicamente vía e-cédula, atento al contexto de emergencia sanitaria vigente y lo dispuesto por el Anexo "VI" del AR N° 1622, Serie "A" del 12/04/2020 del TSJ de Córdoba. De tal forma dejo respondida la tercera y última cuestión planteada.

Por lo expuesto y normas legales citadas, el Tribunal en Sala Unipersonal, resuelve: I. Declarar a G. E. L., ya filiado, autor responsable de los delitos de contacto electrónico con menores de edad con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual (child groomnig), suministro de material pornográfico a menores continuado, producción de imágenes pornográficas de menores de edad continuada, coacción, en concurso real, y promoción a la corrupción de menores agravada, en concurso ideal con lo anterior (arts. 45, 131, 128 cuarto párrafo, 128 primer párrafo, 149 bis, 2° párrafo, 125, 3° párrafo, 54 y 55 del CP) —hecho nominado primero—, abuso sexual con acceso carnal continuado (arts. 45 y 119 3° párrafo y 55 a contrario sensu del CP) —hecho nominado segundo— y amenazas reiteradas (arts. 45, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP) —hecho nominado tercero—, todo en concurso real (art. 55 del CP), por los sucesos contenidos en la requisitoria fiscal de fs. 415/460 e imponerle como sanción la pena de diez años de prisión, con adicionales de ley y costas (Arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41 del CP, 550 y 551 del CPP). II. Ordenar el decomiso del teléfono celular cuyo secuestro y descripción surgen del acta obrante a fs. 38, por haber sido instrumento del delito (Art. 23 del CP). III. Formar el correspondiente legajo personal del condenado y remitirlo al Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Córdoba que por turno corresponda, a fin de cumplimentar con lo dispuesto por la ley N° 22.117 art. 4, Acuerdo Reglamentario N° 896 Serie A del TSJ. IV. Oficiar a la UDER - SENAF, delegación local, para que se articulen los mecanismos necesarios a fin de otorgarle a la adolescente damnificada un abordaje integral de contención y un adecuado tratamiento psicológico en caso de que lo requiera. V. Una vez firme la presente, oficiar al Registro de Personas Condenadas por delitos contra la integridad sexual a los fines de que se practique la inscripción prevista en el

Art. 6 de la ley N° 9680. VI. Diferir la regulación de los honorarios profesionales de los letrados intervinientes para cuando así lo soliciten y acrediten su situación ante la AFIP. VII. Fijar la tasa de justicia a cargo del condenado en costas en la suma equivalente a 1 jus y medio, esto es pesos dos mil novecientos setenta y ocho con setenta y seis centavos ($2978,76) —art. 115 inc. 1 y 2 y 116 inc. 18 de la ley impositiva anual y art. 295 del Código Tributario Provincial— emplazándolo para que en el término de 15 días de quedar firme la presente acredite en autos su pago, bajo apercibimiento de certificar la existencia de deuda y emitir el título a los fines de su remisión a la Oficina de Tasa de Justicia del Área de Administración del Poder Judicial para su oportuna ejecución (art. 302 del Código Tributario de la Pcia. Ley 6006). VIII. Notificar a las partes electrónicamente vía e-cédula, atento al contexto de emergencia sanitaria vigente y lo dispuesto por el Anexo VI del AR N° 1622, Serie A del 12/04/2020 del TSJ de Córdoba. Protocolícese y comuníquese. — *Horacio E. Ruiz.*

ABUSO SEXUAL INFANTIL

Producción de pornografía infantil. Principio de congruencia. Inexistencia de lesiones al momento del examen médico.

1. — Como dice la Defensa, al observar la filmación, no se ven los rostros de los protagonistas, pero sí lo que se alcanza a ver es el escenario donde se desarrolla, lo que dicen unos y otros y lo que hace el adulto —abrir los labios de la vulva de la niña y buscar su vagina con su mano introduciendo los dedos de a uno al menos hasta la segunda falange— es conteste con el resto de las probanzas que llevan a tener por acreditado el abuso sexual con acceso carnal.

2. — No sorprende que la víctima no haya presentado lesiones al momento del examen, teniendo en cuenta la contextura anatómica de la vagina de una niña de nueve años y el dedo de un adulto, tal vez, podría haberle provocado un enrojecimiento en la piel, pero en atención al tiempo transcurrido entre el último tocamiento y la fecha del develamiento, resulta normal que no existan lesiones al momento del examen ginecológico.

3. — La pieza acusatoria que reprocha dos delitos y tiene una enumeración conjunta de las pruebas que llevan a acreditar las conductas disvaliosas, pruebas que tanto la Defensa como el imputado conocieron desde un inicio, y no se han sorprendido con "un hecho nuevo", "una prueba nueva".

4. — La producción del material pornográfico, está demostrada con los dichos de la víctima al relatar que la fotografiaba en la vagina, que la filmaba y la explicación de ello, también la brinda con claridad el especialista al decir que las imágenes que se veían a continuación de las identificadas como "Ella" son capturas de pantalla que se han realizado de los videos, donde a medida que avanza el video se van haciendo tomas y generando esas imágenes, con un software de reproducción de video conocido por tener un ícono que se parece a un cono de tránsito de color naranja y blanco que posee esa capacidad.

5. — El hecho que fuera incriminado en el curso del proceso, en la acusación, en los alegatos finales del debate y en la sentencia, no ha variado ni un ápice en la génesis de su construcción e imputación (del voto del Dr. Pitcovsky).

6. — El hecho que fuera incriminado en el curso del proceso, en la acusación, en los alegatos finales del debate y en la sentencia, no ha variado ni un ápice en la génesis de su construcción. Los videos secuestrados de la computadora del imputado con imágenes explícitas introduciéndole los dedos a la víctima y el haberle exhibido imágenes de terceros manteniendo relaciones sexuales con menores de edad, son claras y concretas conductas atrapadas por la producción de pornografía (del voto del Dr. Pitcovsky).

7. — Los videos secuestrados de la computadora del imputado con imágenes explícitas introduciéndole los dedos a la víctima y el haberle exhibido imágenes de terceros manteniendo relaciones sexuales con menores de edad, son claras y concretas conductas atrapadas por la producción de pornografía (del voto del Dr. Pitcovsky).

8. — La declaración especial que realizara la niña en sede judicial fue parca y no ahondó en el acometimiento sexual que sufriera debido a la profunda vergüenza que sufrió la misma cuando la especialista pretendió abordar dichos temas (del voto del Dr. Lucchelli).

CPen. Puerto Madryn, 20/05/2021. - C., R. A. p.s.a. abuso sexual agravado s/ impugnación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/111097/2021]

Expte. N° 05/2021 CPPM

2ª Instancia.- Puerto Madryn, mayo 20 de 2021.

Los agravios formulados por la Defensa y su contestación por parte de la Fiscalía son los siguientes:

En su libelo impugnatorio la defensa esquematiza sus agravios bajo tres títulos, los que entiende interconectados, afirmando que de ellos deriva la arbitrariedad de la sentencia.

En el primero, "Arbitrariedad en la valoración de la prueba, violación a principio de congruencia, afectación al derecho de defensa en Juicio —Arts. 372 inc. 3 y 6 del CPP— ", advierte que el MPF no pudo acreditar el acceso carnal por el cual fue condenado su pupilo procesal. Luego de trascribir el hecho, explica que en el presente la niña víctima declaró en dos oportunidades bajo la modalidad de Cámara Gesell con un año de diferencia entre sí. En la segunda, la menor relató nuevos hechos que llevaron a la fiscalía ampliar la acusación, en base al delito previsto y reprimido por el Art. 128, 1° y último párrafo del CP, y su declaración se centró en la producción y suministros de pornografía, advirtiendo el quejoso que esta es una circunstancia diferente a la del primer hecho enrostrado, todo lo que derivó en la producción de prueba informática a instancia de la fiscalía.

Reclama el recurrente que, a pesar que el acusador público durante la etapa investigativa y en la acusación indicó que el abuso sexual con acceso carnal se probaría con determinadas pruebas, los Magistrados las utilizaron indistintamente para acreditar el acceso carnal, lo que ocasionó sorpresa a esa Parte y un estado de indefensión a su defendido.

Advierte que la rigurosidad del derecho a ser oído carecería de sentido si no se previera que la sentencia solo debe expedirse respeto del hecho y las circunstancias obrantes en la acusación, intimadas al acusado y por las que hubiere tenido la oportunidad de expresarse.

Afirma que en el acápite "Fundamentación" del escrito acusatorio, la fiscal tuvo por acreditado el hecho descripto como N° 1, en base a cuatro elementos: la presentación espontánea del imputado a la comisaría, la denuncia efectuada por la víctima y su madre, el resultado psicodiagnóstico y la Cámara Gesell de la menor; y que en su alegato, la acusadora pública, además de la prueba señalada, con relación al "Hecho 1", lo fundó en el testimonio del padre de la menor, de la funcionaria policial P., del examen médico efectuado por las Dras. B. y G., refiriendo, en cuanto al acceso carnal, que existía la posibilidad que la niña, además de los tocamientos, haya sufrido la introducción en su vagina y cola, sin tener indicios físicos de ello, dejando el imputado huellas imborrables en su psiquis.

Critica el Defensor que, a pesar de ello, la Jueza Flores valoró, para tener por acreditado el acceso carnal, el video identificado como "E.", perteneciente a la carpeta "L", describiendo la Magistrada la imagen que se observa, una niña menor y la mano de un adulto que le baja su ropa e introduce sus dedos, para luego efectuar un análisis, calificado por el Defensor como "pericial", puesto que afirmó observar de la imagen que el abuso ocurre cuando la niña estaba recostada sobre una manta con rayas que se encuentra en el sillón de la casa del imputado, conforme surge del informe fotográfico N° 221/18, y ese razonamiento ni siquiera lo esbozó la acusadora pública, por lo que a su entender la Magistrada efectúa un reconocimiento y comparación de imágenes, la deducción que el diálogo en el video (al que tacha de inteligible) era entre la víctima y C., todo ello sin que existieran pruebas escopométricas que lo acrediten, o de voces, que permitieran a esa Parte contradecir esos extremos a través de alguna experticia.

Similares cuestionamientos formula contra los razonamientos de los Magistrados Orlando y Eizmendi, resaltando, asimismo, la asimetría en la descripción que los tres sufragantes efectúan respecto a la manta mencionada.

En tal sentido, afirma que los Jueces efectuaron actividad probatoria a fin de acreditar el acceso carnal, el que no había sido probado, lo que afecta los principios acusatorio, de imparcialidad del Juez y de congruencia, en detrimento del ejercicio de la defensa, todo por lo que se debe declarar la nulidad de la sentencia y la absolución de su defendido.

En el siguiente punto, bajo el título "Del abuso sexual con acceso carnal - Manifiesta arbitrariedad en la valoración de la prueba", analiza el acta de denuncia inicial y su incorporación por lectura; la declaración de la menor víctima en Cámara Gesell y la declaración de la médica V. B., todo lo que a su criterio prueba la inexistencia de la figura agravada y la revisación médica de la niña.

Refiere la importancia de la denuncia inicial para el órgano acusador, al no aportar otra prueba respecto al acceso carnal, valorando como declaración testimonial a las manifestaciones allí contenidas por la madre de la niña, cuando en realidad tal instrumento solo podría tener el efecto de dar inicio a una investigación, so pena de violentarse las reglas del proceso.

Alega que esa Parte se opuso a la incorporación por lectura de la denuncia, puesto que la denunciante y la empleada policial —que intervino en tal acto— depusieron en el debate, resaltando que del escrito no surgen los dichos de la menor, sino lo que refirieron los adultos escuchar de ella, puesto que las manifes-

taciones de la menor en sede policial requieren el filtro constitucional del derecho de defensa, que su defendido necesitó ver a la niña, escucharla, saber qué preguntas se le hace a la menor y efectuar preguntas, todo lo que se realizó a través de la Cámara Gesell.

Señala como grave que el Tribunal fundamentara la sentencia en prueba de cargo decisiva que la defensa no pudo controlar, puesto que estaba destinada a probar el hecho de pornografía infantil y suministro de material pornográfico.

En tal sentido, explica que en la primer Cámara Gesell efectuada por la niña, el 30/07/2018, estuvo acompañada por la Lic. P. y la guió con preguntas claras, concretas e interrogándola en reiteradas oportunidades con la misma pregunta, ¿qué fue lo que hizo la pareja de su abuela?; y en la segunda —de fecha 03/04/2019—, celebrada para que cuente lo que se había olvidado de expresar la vez anterior, pero en la que nunca refirió que C. le introdujera en la vagina o cola.

También señala como llamativo que la fiscalía no ofreciera como prueba el informe médico de la menor, suscripto por la Dra. V. B., N° 18/2018, aportado finalmente por esa defensa y ratificado por la médica en debate, en el que se sostuvo que la niña presentaba un himen normal sin laceraciones, ni lesiones físicas que certifiquen un abuso sexual. Al respecto, afirma que la Dra. B., al declarar en juicio, indicó que la introducción de dedos en la vagina puede no provocar lesiones, pero que esa duda nunca puede ser utilizada para afirmar un acceso carnal.

Asimismo, resalta que si bien las Lic. P. y S. evalúan la Cámara Gesell con un relato creíble y sin tendencia a la fabulación, debe tenerse en cuenta que la niña solo señaló tocamientos en sus dichos.

Por otra parte, y con relación a la producción de pornografía infantil y suministro de material pornográfico, sindica que la figura de producir implica crear o generar tales imágenes, siendo que de la pericia informática efectuada en el caso surgió que una de las carpetas contenía imágenes de una persona adulta, y las otras tres carpetas contenía material que habría sido descargado de internet, conforme lo explicado por el perito R., siendo descargadas otras de un celular marca LG, de propietario desconocido y que no fuera peritado, por lo que no puede saberse si ellas fueron tomadas con el celular o descargadas de la web, concluyendo el recurrente que no pudo probarse que su defendido haya creado o generado el material pornográfico, ni que se los suministrara a la menor, por lo que postula la absolución de su representado.

Luego, analiza el monto punitivo impuesto a su defendido, denunciando su arbitrariedad, puesto que los sentenciantes partieron del mínimo del monto punitivo, seis años, sin encontrar los fundamentos de los dieciséis años de condena determinados, pena que dice se asemeja a la de un homicidio simple, y con la que se supera por un año el máximo de la pena prevista para el delito de abuso sexual con acceso carnal, (Art. 119, tercer párrafo del CP).

Puntualiza, respecto a los agravantes tenidos en consideración por los Jueces, que efectuaron un análisis engañoso respecto a la naturaleza del hecho, puesto que equipararon tácitamente el tercer párrafo del art. 119 del CP con su cuarto inciso, el que prevé el agravante por parentesco y convivencia. Al respecto, advierte que C. no es abuelo de la menor, ni convivió con esa, por lo que no debería ser tomado en consideración para agravar la pena de la manera que lo hiciera el tribunal. Asimismo, la circunstancia que la menor no haya tenido lesiones físicas, debería ser considerado como un elemento atenuante y para no imponer una pena exorbitante, tal como lo efectuara el Tribunal.

También, critica la sobredimensión que los Magistrados le otorgaron al testimonio de la Lic. C., al analizar la extensión del daño causado, puesto que atendió solo en tres oportunidades a la niña, luego de iniciado el presente proceso, por lo que la niña tenía mucha información e incluso la profesional ya conocía la circunstancia de que la menor había sido víctima de abuso sexual, siendo informada por la propia denunciante. En base a ello, advierte que por la brevísima atención no puede determinarse la extensión del daño causado, lo que implicaría un estudio más profundo, sindicando, por otro lado, que los informes de la Lic. P. dan cuenta de la sintomatología que la niña presentaba al momento de realizarse el psicodiagnóstico, labor limitada a determinar si se encontraba en condiciones de declarar.

Además, con relación al daño causado, tacha de "falsa premisa" lo esbozado por el Tribunal sobre las fotografías encontradas en la PC Lenovo, secuestrada en las presentes actuaciones, respecto a que sean de la niña víctima, extremo que no fuera probado, no debiendo los Magistrados especular a fin de agravar la pena, respecto de la circulación de las imágenes de la menor en la web.

Asimismo, pone en relieve que su defendido carece de antecedentes penales, y a pesar que el informe socioambiental ofrecido por esa Parte señala situaciones de vulnerabilidad de C., esas fueron obviadas por los Magistrados y las utilizaron para agravar la pena, y que la niña pudo desarrollar su vida gracias a la contención familiar y psicológica, no evidenciándose

ninguna secuela física de abuso relacionado al daño causado.

Por otra parte, encuentra que la pena impuesta no tiene como objeto la resocialización de su defendido, sino que C. viva los últimos años de su vida en prisión, solicitando se apliquen seis años de prisión, el mínimo de la escala penal establecida. Finalmente, efectúa la reserva del caso federal.

Por su parte la Fiscalía en su escrito pide se rechace la impugnación por ser la sentencia atacada producto de un razonamiento lógico motivado y con adecuada fundamentación legal. Asimismo, afirma que los agravios vertidos por el recurrente son una reproducción de sus alegatos de clausura, repitiendo argumentos y denotando una disconformidad con la resolución atacada, sin formular críticas específicas.

Luego de transcribir los hechos endilgados al imputado, y relatar in extenso párrafos de la sentencia recurrida, esgrime la acusadora pública que se han respetado, en el presente, las garantías del imputado, así como el debido proceso, estableciendo los Magistrados la eficacia conviccional de los elementos de prueba producidos en debate.

A continuación, afirma que, respecto a la valoración de la prueba, los Magistrados han dado el valor probatorio correspondiente a la denuncia efectuada, reproduciendo ampliamente el voto de la Jueza Eizmendi.

Explica que el Tribunal escuchó a la madre sobre el relato que efectuó la niña en la comisaría: que el imputado la tocaba en sus partes íntimas, vagina y pechos, que le mostraba fotos de gente adulta y menores, lo que acontecía en la casa de su mamá, en el sillón, cuando el resto de la familia se encontraba en el patio o en la casa de la abuela de la progenitora. También, que luego de ello, la niña le contó además que le sacaba fotos de sus partes íntimas, y luego, que le introdujo los dedos en la vagina, que la hacía tocarle el pene y besarlo, todo lo que le daba mucho asco a la menor.

Afirma que la tesis defensista intenta instalar la duda respecto del relato espontáneo de la menor en la comisaría, cuestión que es despejada por el testimonio de la funcionaria policial P., quien recordó que la madrugada del 8 de junio de 2018 se encontraba como encargada de turno, cuando se presentó la denunciante con su hija, relatando la menor que, desde que tenía ocho años de edad, y cuando se quedaba al cuidado de su abuelastro, ese abusaba de ella, en el living, un sillón, acostándola en ese mueble u otras veces quedando parado frente a ella. Asimismo, que a los nueve años el hombre empezó a introducirle los dedos en vagina y cola, que hacía que la besara y él le hacía tocarle el pene, y ante su negativa, él le decía que iba a atentar contra su familia y que la iba a acuchillar, afirmando, la funcionaria policial, que todo ello lo relató la niña.

Posteriormente, entiende que el Juez Orlando desbarata el argumento defensista respecto a la orfandad probatoria de la figura agravada del abuso sexual. En tal sentido replica el voto del Magistrado, en cuanto al análisis de la Cámara Gesell de la niña, la pericia informática a cargo de L. R. y las experticias médicas efectuadas a la menor, concluyendo el Magistrado que de los testimonios escuchados en debate, que no ofrecen contradicciones y son concatenados, pudo corroborar la cronología de los hechos, descartando la tesis defensista respecto a la falta de acreditación del acceso carnal y el suministro de pornografía infantil, toda vez que tales argumentos no logran desacreditar los dichos de la niña.

Con relación a la creación de material pornográfico por parte de C., explica la Dra. H. que el perito R., que intervino en la pericia informática, hizo una copia del disco de la PC y al analizarlo encontró una carpeta escondida, la que contenía cuatro carpetas más con diferente contenido: una con desnudos y tres con desnudos de infantes, fotos y videos, apreciándose en estos últimos la interacción de adultos con menores —penetración con dedos y miembro viril—, conforme lo declarara el perito en debate, quien además explicó, luego que se le exhibieran las fotografías de la carpeta "L", que pudo identificar una fecha de captura (el día 12/08/2017), con un celular LG H 320, que tenía asociado un GPS del lugar en el que fue tomado, arrojando los datos de latitud y longitud y determinándose como ubicación en Puerto Madryn, en cercanías de la calle ... todo lo que fuera valorado por la Jueza Eizmendi, la que cita ampliamente.

Con relación a la calificación legal la Fiscal utiliza igual metodología de transcribir, in extenso, el decisorio de la Magistrada Eizmendi cuando analiza el tipo objetivo y subjetivo del primer párrafo del Art. 128 del CP, concluyendo que la carpeta identificada con la letra "L" fue creada por el imputado C., remitiéndose a lo contemplado en la pericia informática.

Finalmente, la acusadora pública se refiere al monto punitivo, respecto del que considera que la pena impuesta resultó determinada por los Magistrados en base a las pautas legales establecidas, efectuando la reproducción de cada sufragio al respecto.

Concluye razonando que la instancia recursiva requiere de agravios concretos y no la realización de un segundo juicio, tal como pretende el recurrente. Finalmente, afirma que los Jueces efectuaron una

ponderación correcta de la prueba producida, siendo su resolutorio producto del análisis lógico y motivado, todo por lo que solicita se rechace la impugnación ordinaria impetrada, solicitando se confirme la sentencia atacada en todos sus términos.

Llevada a cabo la audiencia que prescribe el art. 385 del Rito la Defensa ratificó su líbelo recursivo en los mismos lineamientos esgrimidos en su escrito. Por su parte la Fiscalía también esbozó similares lineamientos argumentativos tal cual los perfilados en su escrito, haciendo lo propio el representante de la Asesoría, quien adhirió a lo solicitado por la fiscalía; todo lo que consta tanto en el audio como en el Acta respectiva.

La plataforma fáctica traída por la acusación es la siguiente: "Primer Hecho: Desde el mes de septiembre de 2015 hasta fines del mes de mayo de 2018, R. C. tocaba por debajo de la ropa las partes íntimas de la menor L. J. Z. y hacía que esta también le tocara su pene; amenazando a la niña de que no contara nada porque si no la mataría, que la iba a acuchillar y le haría cosas malas. Que el imputado para tocar a la menor, aprovechaba casi siempre las tardes cuando la misma quedaba sola en la casa de su abuela materna A., sita en calle ... ciudad, domicilio donde el también residía por ser pareja de la nombrada. Al cumplir la menor sus nueves años, (Septiembre de 2016) C. siguió con sus tocamientos en las partes íntimas de la menor, pero además comenzó a meterles sus dedos en vagina y cola de la menor, provocando en la niña dolor y temor porque la seguía amenazando con matarla si contaba algo. Todos estos hechos de abuso sucedían en el living de la casa que el imputado ocupaba junto a su abuela A., concretamente sobre los sillones de color gris que tiene una manta de color naranja; y fueron develados por la menor a su madre el día 08/06/2018. Segundo Hecho: Desde el día 27 de abril de 2016 al 29 de octubre de 2017, R. C. creó desde su teléfono celular personal en el interior del domicilio que habitaba sito en calle ..., imágenes pornográficas con la menor L., ya víctima de sus abusos sexuales; como así también le mostraba videos pornográficos de personas adultas y menores de edad, para que la niña los viera. Que dicha información surgió a raíz de la pericia informática realizada sobre la computadora que utilizaba el imputado en ese domicilio, pericia en la cual se pudo hallar una carpeta oculta y protegida con un scrip o subprograma que impedía su acceso, habilitándose solo con una contraseña. Analizada la mismo se pudo ver la existencia de 54 fotografías de contenido pornográfico y casi todas con niñas menores de edad, utilizando el imputado para su creación un teléfono celular marca Huawe G620 y un LG."

Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV N° 9, antes N° 5478).

La doctora *Trincheri* dijo:

Llega la Capeta N° 8005 OFIJU PM a esta instancia de análisis en virtud de la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública Penal con la intervención del Dr. Diego Trad y en la audiencia ante esta Cámara con el nombrado y el Dr. L. B., contra la sentencia N° 423/2021 suscripta por el Tribunal Colegiado integrado por las Señoras Juezas C. Jésica Yamila Flores y Stella Eizmendi bajo la presidencia del Juez Francisco Marcelo Orlando, quienes condenaran al señor R. A. C. a la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas, en orden al delito de Abuso sexual con acceso carnal en la modalidad de delito continuado en concurso real con el delito de Producción de Pornografía Infantil y Suministro de Material Pornográfico en la modalidad de delito continuado (Arts. 119 tercer párrafo conforme Ley 27.352, 128 primer y último párrafos conforme Ley 26.388, 55 y 45 del CP), por los hechos ocurridos en esta ciudad entre setiembre de 2015 al ocho de junio de 2018 los calificados en primer término y, desde el día 27 de abril de 2016 al 29 de octubre de 2017 los calificados en último lugar, en perjuicio de la menor L. J. Z.

Intervino por el Ministerio Publico Fiscal, la Dra. M. Alejandra H. y por la Asesoría de Familia el Dr. Martín Damián Sáenz.

El detalle de los antecedentes de la causa, así como los agravios de la Defensa y su conteste por parte de la Fiscalía, fueron expuestos al inicio de la presente, por los que en honor a la brevedad a ellos me remito.

Realizada la audiencia que prescribe el Código de Rito —385 del CPP— y habiendo deliberado el Tribunal, paso a dar fundamentos respecto de la solución del caso, adelantando que no ha de prosperar la crítica formulada por la Defensa y por tanto propiciaré la confirmación de la sentencia atacada.

Comenzaré mi análisis de acuerdo al orden de los agravios propuesto por la Defensa y volcados en la Audiencia el día seis de mayo del corriente año ante este Tribunal. Iniciando por el primero de los planteos formulados, esto es la afectación al principio de congruencia en relación a la valoración de la prueba que los Magistrados encuentran de cargo para el delito calificado como "Abuso sexual con acceso carnal", advierto que su postulación es errada y ha de desestimarse. Doy razones.

El Defensor afirma vulnerado tal principio en razón que, en primer lugar, desde el ocho de junio de 2018 en la audiencia de apertura de la investigación, se le

imputó a su pupilo "Abuso sexual con acceso carnal" con fundamento en pruebas que la señora Fiscal luego enumeró en la pieza acusatoria y de las cuales se valió al alegar. Meses después, el cuatro de octubre de 2018, de acuerdo al curso de la investigación, se le imputa al señor C. un nuevo ilícito, el hecho calificado como Producción de pornografía infantil y suministro de material pornográfico y, al igual que en el primer hecho, la señora Fiscal se valió de probanzas obrantes en la acusación y al momento de alegar.

La queja del Defensor radica en que la prueba consistente en el material fílmico donde se ve que un hombre adulto introduce sus dedos en la vagina de una niña —utilizado por el MPF para enrostrar el segundo delito— fue ponderado por los miembros del Tribunal para endilgarle el acceso carnal a C., circunstancia esta que la señora Fiscal no había aludido como probanza del acometimiento sexual.

Tal como reseñara al inicio, esta "falta de congruencia" entre la prueba que la Fiscal menciona y la prueba de la que el Tribunal se nutre como de cargo para ese primer delito, no constituye una violación al principio de congruencia como pretende la Defensa.

Sabido es que "El principio de congruencia se centra en una garantía que hace a la esencia de la inviolabilidad de defensa, y "...para que se conmueva la garantía constitucional de la defensa en juicio —dice Ángela Ledesma— es necesario que se haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado produciéndose un menoscabo en la facultad de refutación por parte de los imputados. Tal perjuicio solo ocurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensista. ("La Congruencia Procesal", Guillermo Jorge Enderle, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 342).

En el caso que nos ocupa, lo que se cuestiona es la valoración de una prueba por parte del Tribunal. La pieza acusatoria que reprocha los dos delitos, tiene una enumeración conjunta de las pruebas que llevan a acreditar las conductas disvaliosas, pruebas que tanto la Defensa como el señor C. conocieron desde un inicio, aquí no se han sorprendido con "un hecho nuevo", "una prueba nueva". Los Magistrados, dentro de sus facultades, se valieron de una de esas probanzas para tener por acreditado —como parte del cuadro cargoso presentado por la Fiscalía— el ilícito enrostrado desde la primera audiencia de apertura de la investigación, extrayendo de ella una inferencia positiva en razón que se corroboraba con el resto de las pruebas y que los llevara al estado de certidumbre necesario para arribar a la sentencia de condena. Al decir de la Defensa y aludiendo a la cita reseñada *ut supra*, esta ponderación hecha por los Juzgadores no compromete la estrategia defensista, ellos en su proceso mental llevan adelante una valoración integral del material probatorio. Sin perjuicio de eso, cada una de las pruebas en sí mismas, tiene su confronte, es decir: una filmación, su autenticidad, su peritación, un testimonio y el interrogatorio de todas las partes. La filmación en cuestión y su contenido, la forma de obtención y su peritación, fueron conocidas por la Defensa desde un inicio y, como vengo diciendo, pudieron ser controvertidas.

Como dice la Defensa, al observar la filmación, no se ven los rostros de los protagonistas, pero sí lo que se alcanza a ver es el escenario donde se desarrolla, lo que dicen unos y otros y lo que hace el adulto —abrir los labios de la vulva de la niña y buscar su vagina con su mano introduciendo los dedos de a uno al menos hasta la segunda falange— es conteste con el resto de las probanzas que llevan a tener por acreditado el abuso sexual con acceso carnal —con la modalidad prevista en la última redacción del Art. 119 del CP— y no es un perjuicio, en sentido arbitrario para la Defensa, que el Tribunal lo pondere.

Como vengo diciendo, desde la acusación esta prueba formaba parte del cuadro cargoso de la Fiscalía y luego de la audiencia preliminar, ingresó al debate, correcta y legítimamente, por lo que no hubo sorpresa alguna. Dista la queja de aquello que caracteriza al principio de congruencia, esto es, que hechos o agravantes nuevos ingresen tardíamente al proceso violando dicho principio y consecuentemente ocasionando un perjuicio al derecho de defensa.

Para finalizar, aquí no estamos hablando de mutaciones fácticas que hubieran sido sorpresivas para la defensa, se trata de la valoración de una prueba lícita incorporada al juicio realizada por el Tribunal, dentro de sus facultades. El principio de congruencia, propiamente dicho, no se halla afectado y este embate de la Defensa, debe desestimarse. Así lo voto.

Continuando con el agravio acerca del primer hecho imputado, sostiene la Defensa que la prueba ha sido valorada arbitrariamente, ya que la niña víctima no mencionó puntualmente por parte de C. la introducción de sus dedos en la vagina y el ano y, contrariando la manda del Art. 314 del CPP, el Tribunal permitió la incorporación del acta de denuncia y con ello, habilitó la ponderación de los dichos de la señora C. F. y la funcionaria de Policía A. P. para tener por acreditada tal conducta, siendo que las nombradas son testigos de oídas y en ninguna de las dos Cámaras Gesell que se realizaran con la niña L., esta detalló tal accionar.

Apontoca su argumento acerca de no estar probado este hecho, con el resultado del examen ginecológico efectuado a la menor por la señora médica forense Dra. V. B., quien certifica que la niña presenta un himen normal, sin laceraciones, ni secreciones y su ano, también normal, sin patologías.

El Dr. Trad en su esforzada defensa, tilda de "prueba estrella" la Cámara Gesell de la que se valió el tribunal ponderándola de cargo, cuando dice que en tal declaración, pese a las preguntas de su entrevistadora, la menor L. en ninguna oportunidad dijo que C. le introdujera los dedos en su vagina y ano. Al ver y escuchar la declaración y observar el lenguaje gestual de la niña L., quien contaba con diez años de edad al testimoniar el treinta de julio de 2018, se aprecia la conmoción emocional que experimenta al relatar el accionar de C. sobre su persona. La menor relata todas las circunstancias de tiempo —por lo general los domingos luego del almuerzo familiar—, lugar —en el comedor de la casa de su abuela cuando ella buscaba jugar con la computadora— y modo —él le pedía que se quede, la tocaba, la agarraba, "le hacía todo eso" y la amenazaba con que la iba a acuchillar si contaba lo ocurrido— en que ocurrían los hechos. La menor se quiebra, llora, pide por su madre y no pudo señalar las partes del cuerpo donde era tocada por C., escribiéndolas en un papel por sugerencia de la profesional que la interrogaba.

La veracidad del testimonio de L. J. Z., el trauma sufrido y sus secuelas son explicadas fundadamente por la Lic. M. P., quien mantuvo con ella entrevistas y efectuó el psicodiagnóstico, determinando —entre otras consideraciones que mensuró el Tribunal y no he de reiterar— que presentaba un relato específico de Abuso Sexual Infantil, no observando indicadores compatibles con la fabulación. Tal como ponderó la Dra. Eizmendi a fojas 146 vta. "...el relato de la niña al momento de efectuar la denuncia fue mas detallado, mostrándose en la Cámara Gesell muy cohibida y con dificultades para poner en palabras lo que le venía sucediendo a manos de quien, en un momento nombró como su abuelastro, pareja de su abuela, el imputado de autos, a quien en otras oportunidades y al momento del develamiento lo identifica como A.".

Dicho esto, cabe tener en cuenta lo que efectivamente pudo decirle a la Cabo P. cuando concurrió a la Comisaría y que fue dicho por la personal policial al declarar "que la nena le relató que desde que tenía ocho años, cuando se quedaba al cuidado de su abuelastro, el hombre abusaba de ella, en el living, en un sillón, que a veces el hombre la acostaba en el sillón o se quedaba parada frente a él y que a los nueve años comenzó a introducirle dedos en la vagina y cola, que hacía que lo besara y él la hacía tocarle el pene...". En iguales términos, en otra oportunidad, se lo refirió a su mamá quien así lo testimonió. C. F. explicó que al momento de develar solo le dijo "A. me toca desde que tengo nueve años" y luego L. relató todo lo demás: como se daban los tocamientos, en qué lugar, las amenazas si lo contaba y la introducción de los dedos en su vagina y cola.

Lo consignado, sumado a lo que se ve en el video incorporado como prueba, donde se aprecia el sillón tal como lo describe la niña, cubierto por una manta de color naranja, se escucha a una menor decir "A., A.", "J.", la conducta abusiva de acceso sexual que despliega el adulto mayor y la propia circunstancia de su "entrega" en Comisaría —conf. testimonios de B. A. e I. C.— llevaron al Tribunal de juicio a encontrar a C. autor penalmente responsable del acceso carnal, dándole credibilidad a la versión de la menor víctima.

Fue un razonamiento concatenado al que arribaron luego de ponderar el cuadro probatorio reseñado, sin perjuicio que —tal como reclama la Defensa— la niña de diez años angustiada por lo vivido y debiendo contarlo en ese momento, no dijo con palabras que C. le introducía los dedos en su vagina y ano.

En cuanto a esa circunstancia, también el Defensor sostiene que la menor no tiene lesiones en sus genitales y que si bien, que no haya lesiones no quiere decir que el abuso no haya existido, debió haber primado el beneficio de la duda en relación a su pupilo, toda vez que si el delito fue continuado, se pregunta cómo nunca la lastimó.

Cuando la menor habla en Comisaría con la Cabo 1ª A. P., le relata que el último tocamiento ocurrió "unas tres semanas atrás" y en igual fecha de la denuncia es examinada por la Dra. B. La médica forense al deponer explica que puede introducirse un dedo en la cavidad vaginal y no dejar lesiones. Así fue como el Tribunal lo tuvo por acontecido. Atento el relato esclarecedor de la profesional, no es desacertado concluir que la introducción de un dedo puede no resultar suficiente para desgarrar o lesionar un himen o provocar una secreción vaginal —prueba científica que habitualmente se encuentra en los accesos carnales perpetrados con miembros masculinos—.

Siguiendo tal razonamiento, aquí no sorprende que L. J. Z. no haya presentado lesiones al momento del examen, teniendo en cuenta la contextura anatómica de la vagina de una niña de nueve años y el dedo de un adulto, tal vez, podría haberle provocado un enrojecimiento en la piel, pero en atención al tiempo transcurrido entre el último tocamiento y la fecha del develamiento, a la luz de lo ya explicado, resulta normal que no existan lesiones al momento del examen ginecológico.

Por todo lo dicho y ponderado, el agravio sobre el primer ilícito enrostrado a C., debe también desecharse.

Me ocuparé del segundo hecho compuesto por dos modalidades delictivas, "producir pornografía infantil" y "suministrar material pornográfico". En relación a los mismos, he de adelantar que la Defensa ha esgrimido argumentos que son refutables en su totalidad, con las probanzas ventiladas en juicio.

El Dr. Trad dijo que "crear una imagen" no era bajar producción de la web, que en la vivienda había ocho usuarios de la computadora, que a su pupilo se le hizo un juicio moral al reprocharle tener fotografías de una persona adulta desnuda y que C. era propietario de un teléfono que nunca fue habido ni peritado.

Conforme las pericias realizadas en la computadora que estaba en la vivienda que ocupaba C. con A. O., y tal como diera cuenta el Lic. L. R., se encontró una carpeta identificada con el nombre de "Private" con la particularidad de estar escondida con una rutina informática que permite su ocultamiento y dentro de esa carpeta, había otras cuatro. No cualquier persona puede ingresar a esa carpeta oculta, se requiere de ciertas técnicas para permitir su visualización, difícilmente un usuario normal pueda hacerlo, se necesita un doble proceso para desenmascararla.

Examinada la prueba pude ver en tales carpetas, filmaciones de adultos teniendo sexo explícito con menores de edad. Llegué fácilmente a la conclusión que se trata de menores al apreciar la falta de desarrollo en sus genitales, sin vello púbico y sus cuerpos pequeños notablemente desproporcionados a la humanidad de aquellos adultos que los sometían a prácticas sexuales. En una de estas "sub carpetas" se encontraba señalada como "E." en la que se ve lo ya relatado *ut supra* y que la Defensa, cuestionara su mérito.

La producción del material pornográfico, está demostrada con los dichos de L. J. Z. al relatar que la fotografiaba en la vagina, que la filmaba y la explicación de ello, también la brinda con claridad el Lic. R., al decir que las imágenes que se veían a continuación de las identificadas como "E." son capturas de pantalla que se han realizado de los videos, donde a medida que avanza el video se van haciendo tomas y generando esas imágenes, con un software de reproducción de video conocido por tener un ícono que se parece a un cono de tránsito de color naranja y blanco que posee esa capacidad.

Para completar el cuadro cargoso que señala a C. como el autor de tales filmaciones, la pericia a través de un software tipo Google Maps, determinó que fueron realizadas en la ciudad de Puerto Madryn, en cercanías de la calle ..., coincidiendo con la vivienda que el nombrado ocupaba.

Era el señor C. quien tenía vastos conocimientos sobre informática acreditado con los siguientes testimonios: su pareja la señora O., dice que él estaba mucho en la computadora, que ella solo la usaba para consultar "Facebook", también lo menciona su hija C. F.; los señores R. Z. y P. P. quienes frecuentaban la casa, dieron cuenta que luego de esos almuerzos los días domingos, C. siempre se hallaba en la computadora y por allí circulaban los niños de la familia.

La testigo S., vecina de O., una vez le dio un teléfono a esta para ver si el imputado podía desbloquearlo —teléfono que luego L. le dijo a su madre que C. utilizaba para fotografiarla—. La testigo E. S. también le dio su teléfono para que le recuperara fotos de un viaje, habiendo eliminado previamente unas fotografías íntimas de ella. En la computadora utilizada por C., fueron habidas estas imágenes en cuestión, en la carpeta denominada "E", por lo que el imputado recuperó y guardó el material eliminado. Aquí no se está haciendo un juicio de moralidad al señor C., se están acreditando sus conocimientos en informática, los que le permitieron desplegar las conductas tipificadas, sin poder desplazar ello a otros eventuales usuarios de esa computadora, como pretende la Defensa.

Cabe señalar que la Defensa en su estrategia, cuestiona la pericia que realiza el Lic. R. en lo que respecta al contenido de pornografía infantil, pero parece reconocer que sí captó y se guardó las fotografías de una persona adulta desnuda y tilda a eso de juicio de moralidad.

Con la reseña y ponderación de estas probanzas, es casi irrelevante que el teléfono del encartado no haya sido habido y peritado tal como alude el Defensor. Sindicar a R. A. C. como autor de esas filmaciones, resulta ser una inferencia lógica de todo lo antedicho.

Para finalizar, encuentro que la pena impuesta, mensurando las circunstancias agravantes que llevaron a los Magistrados a alejarse del mínimo de la escala penal, han sido ponderadas en forma correcta. Encuentro ajustados a los parámetros traídos por el Código de fondo en los arts. 40 y 41 que resulte agravante la corta edad de la niña, la defraudación a la confianza por tratarse de su "abuelastro", que la conducta se desplegara en el interior de la vivienda encontrándose los familiares en lugares contiguos, pudiendo C. disimular lo que hacía —inmovilizando así emocionalmente a L.—, la prolongación en el tiempo de todos los acometimientos.

En cuanto a la extensión del daño causado, el mismo quedó demostrado - entre otras probanzas— con el testimonio de la Licenciada P., los dichos de la seño-

ra F. y la misma niña al declarar. Con acierto, además, los Juzgadores ponderaron el permanente estado de alerta —que la Defensa desdeña— que genera en las víctimas del delito de producción y suministro de pornografía infantil, el pensar que imágenes propias tan bochornosas son vistas por personas indeterminadas y circulan por las redes sociales.

Se tuvo en cuenta como atenuante que no tuviera antecedentes condenatorios, y respecto al informe socioambiental que da cuenta de la historia de vida del encartado, los jueces lo mensuraron con justeza, aunque no causara la atenuación esperada por el Defensor.

Por último, en cuanto a los dichos del Dr. L. B. acerca de las penas notoriamente menores impuestas por los tribunales de grado en delitos de igual calificación legal, habiendo citado dos causas puntuales, he de decir que las mismas no se asemejan al presente proceso en cuanto a la edad de las víctimas, la pluralidad de hechos y delitos, solo coincide el acceso carnal; por lo que, se trata de hechos y circunstancias diferentes y en cada caso puntual, estimo que los Jueces dieron razones suficientes de la pena aplicada.

En el presente, a mi criterio, se arribó a una pena justa, sin incurrir en dobles valoraciones y dando razones de la misma.

Conforme se ha expuesto, la prueba rendida en el debate se ha analizado en forma integral y correcta, dando, los jueces de la instancia, razones suficientes y demostrando el camino lógico llevado a cabo para arribar a la certeza positiva requerida en una sentencia de condena, cumpliendo de forma acabada con lo prescripto por el art. 25 del CPP y 169 de la Cons. Prov., por lo que he de rechazar la impugnación ordinaria interpuesta y confirmar en un todo la sentencia criticada. Así voto.

En cuanto a la regulación de honorarios profesionales del Sr. Defensor Público Penal, Dr. Diego Trad, por su labor en esta etapa, Juzgo acertado fijarlos en ... JUS con cargo a su defendido (Art. 59 de Ley V N° 90 antes 4920 y 2200).

El doctor *Pitcovsky* dijo:

Ante la sentencia de condena que obra en la presente Carpeta Penal, llega a esta instancia la Impugnación ordinaria presentada por el Dr. Diego Trad, Defensor Oficial del imputado R. A. C. Los agravios de la Defensa y el responde de la Fiscalía se detallan al principio de este decisorio, los que obran además en el audio de la audiencia correspondiente, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito.

El primer punto de ataque a la sentencia de grado, refiere a la presunta violación al principio de congruencia, por cuanto, estima la Defensa, el Tribunal de juicio valoró prueba en contra del inculpado —en el hecho de abuso sexual con acceso carnal—, que la Fiscalía no hizo mención en el curso del proceso ni en el alegato final del debate; prueba que solo tuvo en cuenta (la Acusadora) para el segundo de los hechos achacados, esto es, la Producción de pornografía infantil y suministro de material pornográfico.

Con esta referencia de materia procesal, la Defensa entiende que fue sorprendida por la sentencia, en tanto no tuvo oportunidad de contradecir en el juicio la prueba fílmica respecto al hecho de abuso sexual con acceso carnal, donde presuntamente el inculpado le introduce sus dedos en la vagina a la víctima, pues ese elemento de cargo fue destinado por la Fiscalía para acreditar el segundo de los hechos imputados, y no el de abuso sexual, para establecer que hubo acceso carnal.

Renglón seguido, el Dr. Trad enumeró los elementos de cargo con que contó el Ministerio Público Fiscal en su escrito de acusación y en el momento de alegar en el debate para tener por acreditado el delito tipificado en el tercer párrafo del artículo 119 del CP, indicando a continuación que los Jueces le agregaron la prueba fílmica antes señalada para confirmar la acaecencia del acceso carnal, no contenida en la acusación.

Paso a resolver.

En primer lugar entiendo necesario señalar, que para atacar de nula una sentencia por presuntamente violar el principio de congruencia, resulta ineludible que dicha petición sea abonada con datos que certifiquen que la variación del hecho que se ha imputado en la sentencia, resulten decisivos en la variación del suceso, objeto central del proceso, y que produzcan, además, una sorpresa de tal magnitud que le resulte a la Parte agraviada ejercer correctamente su defensa.

Es decir, el cambio del hecho incriminado debe ser radical, esencial en su contenido, y categórico en sus consecuencias, donde se tiene que apreciar también, que de haber tenido noticia de dicha variación, hubiera podido el inculpado ejercer una defensa distinta, producir otro descargo y acaso ofrecer otros elementos de prueba a su favor, programa que no fue traído a escena por los Sres. Defensores en la audiencia de impugnación, esto es, indicar cuál hubiera sido la defensa en concreto que se privaron de ejecutar.

En el caso bajo examen, repasado que fue el hecho que fuera incriminado en el curso del proceso, en la acusación, en los alegatos finales del debate y en la sentencia, advierto que no ha variado ni un ápice en la génesis de su construcción e imputación.

La prueba cuestionada fue discutida en el debate y contradicha, fue lícitamente obtenida en el curso del proceso investigativo y correctamente incorporada al juicio, siendo fiscalizada y vigilada en todo tiempo por la Defensa. En resumen, el hecho delictivo, ya sea en cuanto a las circunstancias de acometimiento y sobre la modalidad de comisión no se han visto afectadas, pues se ha dicho que C., desde el mes de septiembre de 2015 y hasta el mes de mayo del año 2018 tocó por debajo de la ropa las partes íntimas de la menor víctima, y, también, que le hacía tocar su pene, bajo amenazas, conductas ilícitas estas que se desarrollaban en el domicilio de su abuela materna, con quien convivía el inculpado. Que, al cumplir 9 años, además de continuar con los tocamientos abusivos, comenzó también a introducirle sus dedos en la vagina y cola de la menor, continuando con las amenazas para que no develara los hechos.

Este fue el hecho de imputación, de acusación, y el mismo que obra en la sentencia de condena.

La prueba, en su totalidad, ingresada al debate, controlada y discutida, queda definitivamente vinculada al mismo. Más luego, "...el juez no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad encuentra un límite infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común," Cafferata Nores, "La prueba en el proceso penal", Ed. Depalma, 1986, p. 42.

En conclusión, la decisión del Tribunal de juicio estuvo estrictamente ligada a los hechos afirmados en el debate. Preexistió, como vasta doctrina lo ilustra, para dar por legitimada la sentencia, una tesis demostrada por la parte Acusadora, que le permitió a la Defensa provocar su antítesis, resultando a continuación, asunto exclusivo y excluyente de los Jueces, producir la síntesis contenida en el fallo de condena, quienes, al decidir, se pronunciaron dentro de los límites de los sucesos constitutivos materia del juicio, sin sobrepasar los hechos que fueran materia de acusación. Conforme ello, entiendo que no hubo ninguna violación al derecho de defensa en juicio como lo propone la Defensa en su intento de lograr la nulidad del decisorio.

Si acaso la prueba documental fílmica que los Sres. Defensores entienden fue arbitrariamente evaluada por el Tribunal, tal como se señala, y que fuera motivo de impugnación conforme consta en el punto V-1 del escrito recursivo, tampoco ha de tener acogida favorable.

En línea con lo establecido en nuestro sistema procesal —Libro IV, medios de prueba, libertad probatoria— claramente se establece que en tanto no se vulnere garantía constitucional alguna, y no se obstaculice el control de dicha prueba, la misma será tenida como legítimamente permitida y autorizada para ser evaluada a sus efectos, por las partes y por el tribunal.

Fue así que los Jueces, en pleno uso de sus potestades, sin estar sujetos a ningún criterio legal ni predeterminado, solo subordinados a la prueba ingresada al debate, y actuando conforme criterios racionales en la selección de los mismos, evaluaron dicho elemento de cargo en forma correcta. Sobre su mérito, haré mención en el acápite siguiente.

Respecto a la pretensión de calificar de arbitraria la valoración de la prueba en el hecho de abuso sexual con acceso carnal, tampoco se hará lugar.

En efecto, de la sentencia puesta en crisis se aprecia que el Tribunal ha hecho un análisis exhaustivo e integral de lo sucedido en el tiempo que la menor denuncia al inculpado como su agresor sexual.

En tal sentido, se ha destacado la ausencia de mendacidad de la niña al declarar en Cámara Gesell, asunto que fue puesto de resalto por las psicólogas que han presentado un dictamen pericial sobre dicho aspecto, cuestión sustancial por cierto, indicándose sobre el tópico, además, que hallaba —Lic. P.— indicadores de abuso sexual.

Este devenir fue antepuesto por la denuncia presentada por la menor junto a su madre en sede policial, resultando elocuente lo descrito en el debate por la nombrada y la agente policial que recepcionó dicha denuncia.

La Sra. F., madre de la niña abusada, dijo que su hija el día del develamiento, previo a realizar la denuncia policial, le narró los tocamientos de carácter sexual a que era sometida por la pareja de abuela, cuando visitaban la casa de estos. Que, en una segunda oportunidad, también le describió que el imputado le introducía sus dedos en la vagina y cola, en ocasiones en que, además, le mostraba videos de índole sexual. En el mismo sentido declaró la funcionaria policial de apellido P., quien en debate depuso lo que había dicho L. J. Z. en Comisaría, tanto como habían sido los tocamientos del inculpado sobre su pequeño cuerpo, como también que le hacía tocar su pene y, que más adelante le comenzó a introducir los dedos en la vagina.

Estos testimonios, prestados en el juicio bajo las reglas de un estricto control de las Partes, aportaron datos concretos de abusos sexuales con acceso carnal, antecedentes recibidos de la propia víctima de cómo, cuándo y dónde sucedían los mismos.

Que si bien la niña no pudo describir en las Cámaras Gesell, que en determinadas oportunidades el inculpado le introducía los dedos en sus genitales, precisamente fue por la angustia y la vergüenza que la aquejaba, conforme dichos de la Lic. P., bien evaluados por los Jueces en la sentencia.

Que si bien no se ha producido lesión alguna, respuesta suficiente de ello ha dado la Dra. B. En ese sentido los sentenciantes evaluaron, que sin perjuicio de la ausencia de heridas en los genitales, el ingreso de los dedos puede ocurrir igual, aún sin romper el himen de la menor.

En lo demás, como he referenciado, se ha probado dichos accesos con los testimonios prestados por su madre y la agente policial antes nombrada, ante la noticia de lo ocurrido traída por la propia menor, quien, indudablemente, la confianza en términos absolutos, como en el caso, se traslada en el relato hacia su madre, y en términos relativos, hacia la psicóloga actuante, desconocida sin dudas para la niña víctima, prestado en el contexto del extraño por infrecuente ambiente judicial, angustiada y con vergüenza, como lo indicara la Lic. P.

Finalmente, las imágenes fílmicas secuestradas de la computadora del imputado, cierran el cuadro de cargo antes ya suficientemente acreditado respecto de la efectiva penetración de los dedos en los genitales de la menor.

En efecto, si bien la Defensa discute que de dicha prueba no se puede acreditar la identidad de víctima y victimario, correctamente los Sentenciantes, pues he observado y escuchado dicho vídeo, han dicho que, previo a señalar que el lugar donde sucede el acto es en el living y sobre el sillón que allí se ubica, de la casa donde residía C., y que en voz de la menor L. se aprecia claramente que nombra a su pequeño hermano J. (J.), y también al condenado, cuando lo nombra como A. (Huelga decir que se llama A.).

En lo demás, si de la segunda declaración prestada en Cámara Gesell por la menor, donde relata que el inculpado le sacaba fotos y le filmaba la vagina, más que le mostraba videos de lo mismo que le hacía a ella (donde se aprecian imágenes explicitas de penetraciones de adultos con menores de edad), va de suyo, que sin perjuicio que no expresara en dicha declaración que le introducía los dedos en sus genitales, la citada referencia denota en forma patente que era víctima de actos abusivos por parte del inculpado en sus genitales, por caso, con la introducción de sus dedos.

Deben además aunarse los indicios de lugar y oportunidad, bien expresados por las Jueces, por cuanto los hechos ocurrieron en el living del domicilio que el imputado compartía con la abuela de la niña, donde asiduamente eran visitados.

Otro elemento de cargo lo aporta la Agente policial I. C., quien recibiera en la comisaría al imputado, luego que la madre de L. le dijera que se retire de la casa donde convivía con O., expresando dicha funcionaria que dicha persona al presentarse manifestó que venía a entregarse porque había abusado de la nieta de su pareja.

Todos estos datos condujeron a los Juzgadores a dictar la sentencia de condena, quienes luego de un atento análisis, serio y concienzudo, coincidieron en determinar que la menor había sido abusada desde los 8 años de edad y accedida carnalmente desde los nueve años, hasta su develamiento en la órbita penal, por parte de R. C.

Vale por cierto la recurrente cita, no por ello menos importante y cardinal para casos como el que nos ocupa, de que "(...) En el régimen de la libre convicción o sana crítica racional que imperan en el sistema de enjuiciamiento vigente, no existen reglas que limiten la posibilidad de convencimiento del juzgador, aquel describe, selecciona y valora la prueba de convicción que toma como relevante y pertinente para fundar la conclusión que en ellas se apoya. Ello así, por cuanto como lo señalaba Vélez Mariconde, en el régimen de la libre convicción el juzgador no está ya aprisionado por el antiguo de prueba legal, sino que debe ajustarse, en la motivación de sus resoluciones, a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia; de tal manera que, por principio general, todo se puede probar y por cualquier medio. Las limitaciones son excepcionales y las normas que las establecen deben ser interpretadas restrictivamente, de lo contrario el sistema se desvirtúa (...)". Causa "Méndez, Oscar R. s/ homicidio r/víctima s/ impugnación."

Conforme vengo de exponer, entiendo que la sentencia atacada de arbitraria cumple ampliamente con los requisitos que la Ley y la Constitución exigen sobre la obligada motivación razonada, lógica y legal de las decisiones judiciales, por lo que también este agravio será rechazado. Así lo voto.

En relación al delito de Producción de pornografía infantil y suministro de material pornográfico, he de adelantar, que también fue suficientemente acreditado, y que el autor material y responsable es el traído a juicio.

En efecto, la figura penal (Art. 128 del CP) exige para sancionar a quien lleve a cabo actos de producción y de suministro —entre otras acciones allí enumeradas— por cualquier medio, de toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.

Los videos secuestrados de la computadora del C. con imágenes explícitas introduciéndole los dedos a la menor L. y el haberle exhibido imágenes de terceros manteniendo relaciones sexuales con menores de edad, son claras y concretas conductas atrapadas por este tipo penal.

El cuestionamiento de la Defensa transitó por indicar que dichas imágenes no habían sido creadas por el imputado con su celular, pues la marca de teléfono que utilizaba no era la que el perito R. había determinado (Samsung), aparato con el que fueron capturados dichos archivos. Fue preclara la menor en su declaración cuando refiriera que su "abuelastro" le sacaba fotos y la filmaba con un celular marca Samsung. Es decir, que el imputado utilizara otros celulares, no era óbice, sin dudas, que para cometer dichas acciones delictivas utilizara el nombrado celular Samsung, tal como certeramente lo explicitara la niña.

En lo demás, dichas imágenes fueron llevadas a la computadora e ingresadas por C., quien tenía suficientes conocimientos informáticos para desplegar tales conductas. No así la Sra. O., que si bien tenía también acceso a dicha computadora, lo era al solo efecto de comunicarse vía Facebook.

Han sido minuciosos en tratamiento de esta cuestión los miembros del Tribunal, quienes con pensamiento lógico desecharon la intervención de terceras personas en la producción y exhibición de las escenas pornográficas a la menor víctima, ellas evaluadas desde un peritaje bien desarrollado, de donde también se pudo determinar que dichas imágenes eran desplegadas en la dirección (cercana en metros) donde residía C.

Esta batería de prueba de cargo, da certeza absoluta a las manifestaciones de la menor, quien, como antes dijera, le había dicho a su madre y luego en Cámara Gesell, que era fotografiada y filmada por el condenado cuando era tocada en sus partes íntimas, más que le mostraba videos de otras personas de claro tinte pornográfico, todo ello en el domicilio de su abuela, donde vivía C.

Como colofón, advierto que la prueba de cargo reseñada por los sentenciantes ha sido amplia y, además, contundente. La crítica traída por los Sres. Defensores no ha sido suficiente para lograr su cometido, por lo que también este delito se ha de confirmar.

Respecto a la pena impuesta, advierto que el Tribunal llevó adelante un análisis correcto de los lineamientos preestablecidos en los artículos 40 y 41 del CP al imponer la pena de 16 años de prisión a C. Del repaso de los votos, se aprecia que han considerado la gravedad de los injustos, particularmente por la duración de su comisión; el patrón conductual del encartado respecto de una niña que visitaba su estancia por ser pareja de la abuela, ocurriendo los hechos en reuniones familiares; el daño psicológico que sin dudas quedará incorporado en la menor por larga data, cuestión que la experiencia y antecedentes en casos similares, más allá que vasta y calificada doctrina lo ha dicho, así lo demuestran; la edad, educación y condiciones socio-culturales del encartado resultan ser también agravantes, en tanto se ha podido motivar perfectamente en la norma, y pese a ello ha actuado en contra de ellas, lo que acrecienta su culpabilidad en los eventos delictivos. Resulta ser la falta de antecedentes penales el único atenuante, no advirtiendo de manera alguna que su edad sea óbice para sobrellevar el encierro dispuesto por el tribunal en ámbito carcelario, y que su posterior reingreso a la sociedad sea en forma activa, por lo que entiendo justa y razonable la sanción que fuera impuesta, con más las accesorias legales y costas del proceso. Así lo voto.

Cabe finalmente, en alusión al trabajo desarrollado en la investigación y a la decisión final de los Jueces, la siguiente cita de la ilustre Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en el epílogo de su artículo "El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio", publicado en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal N° 9, Ed. Ad Hoc, ps. 215/235: "...los conflictos planteados y sus dificultades muestran qué importante es tener una Magistratura sensible, especialmente preparada para responder a los nuevos requerimientos de los tiempos. El legislador debe dictar normas claras y eficaces, pero la interpretación y la aplicación de la ley, fundamentalmente en este tipo de materia no pueden desentenderse de las especiales circunstancias de la causa y de las consecuencias futuras de la decisión. Por eso, el equilibrio solo puede marcarlo el juez; pero para que la decisión cumpla con el famoso recaudo de la proporcionalidad, no solo se requiere sentido común, sino razonabilidad y eficiencia, elementos afanosamente buscados por los destinatarios del sistema de justicia...".

En definitiva, no advierto, como lo proponen los Letrados defensores, que la sentencia sea el producto de un razonamiento arbitrario en el análisis de la prueba de cargo, ni que la misma se encuentre inmotivada, por lo que, conforme dijera al principio, debe

confirmarse el decisorio en todos sus términos en cuanto declara a R. A. C. como autor material y responsable de los hechos de Abuso sexual con acceso carnal y Producción de pornografía infantil y suministro de material pornográfico en la modalidad de delito continuado. (Arts. 119, párrafo 3°, 128 y 55 del CP), ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn, desde el mes de septiembre del año 2015, hasta el mes de mayo del año 2018, en perjuicio de la menor L. J. Z. Así lo voto.

Los honorarios profesionales deben justipreciarse en la suma de ... Jus. Así lo voto.

El doctor *Lucchelli* dijo:

Omitiré realizar una descripción de los agravios vertidos en la presente impugnación, en atención a la detallada relación de los mismos, efectuada al comienzo de la presente sentencia, a cuyos términos me remitiré en su integridad.

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del CPP) deducida por el Defensor del imputado R. A. C., Dr. Diego Trad, contra la sentencia dictada el día 5 de marzo de 2021 y que condenara al nombrado como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en la modalidad de delito continuado en concurso real con el delito de producción de pornografía infantil y suministro de material pornográfico en la modalidad de delito continuado (Arts. 119, tercer párrafo conforme Ley 27.352, 128, primer y último párrafos conforme ley N° 26.388; 55 y 45 del C. Penal) a la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas (Arts. 5, 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP), por los hechos ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn y que fueran descriptos en la acusación, en perjuicio de la niña L. J. Z.

En la audiencia prescripta por el art. 385 del CPP, he podido presenciar, que los Dres. Diego Trad y L. B. ratificaron los agravios postulados y vertidos por escrito, haciendo su responde la Titular de la acción pública, quien ratificó el escrito que oportunamente presentara, como así también se expidió por la Asesoría de Familia el Dr. Sáenz.

La defensa se agravia que, a su entender, ha existido una arbitraria valoración de la prueba por parte de los Magistrados. Asimismo, considera que se habría violado el principio de congruencia y se habría cercenado el derecho de defensa en juicio, habiéndose violado el principio in dubio pro reo. También entiende que —sin pruebas conducentes— se condenó a su asistido por el delito de producción de pornografía infantil y suministro de material pornográfico. Indicando, por último, que los Jueces habrían sido arbitrarios al ponderar la pena que finalmente se le impusiera a su pupilo.

El hecho por el cual fuera condenado el imputado y que fuera descripto en la acusación fiscal es: "Primer Hecho: Desde el mes de septiembre de 2015 hasta fines del mes de mayo de 2018, R. C. tocaba por debajo de la ropa las partes íntimas de la menor L. J. Z. y hacía que esta también le tocara su pene, amenazando a la niña de que no contara nada porque si no la mataría, que la iba a acuchillar y le haría cosas malas. Que el imputado para tocar a la menor, aprovechaba casi siempre las tardes cuando la misma quedaba sola en la casa de su abuela materna A., sita en la calle ... de esta ciudad, domicilio donde él también residía por ser pareja de la nombrada. Al cumplir la menor sus nueve años, (septiembre de 2016) C. siguió con sus tocamientos en las partes íntimas de la menor, pero además comenzó a meterles sus dedos en vagina y cola de la menor, provocando en la niña dolor y temor porque la seguía amenazando con matarla si contaba algo. Todos estos hechos de abuso sucedían en el living de la casa que el imputado ocupaba junto a su abuela A., concretamente sobre los sillones de color gris que tiene una manta de color naranja; y fueron develados por la menor a su madre el día 08/06/2018. Segundo Hecho: Desde el día 27 de abril de 2016 al 29 de octubre de 2017, R. C. creó desde su teléfono celular personal en el interior del domicilio que habitaba sito en calle ... de esta ciudad, imágenes pornográficas con la menor L., ya víctima de sus abusos sexuales; como así también le mostraba videos pornográficos de personas adultas y menores de edad, para que la niña los viera. Que dicha información surgió a raíz de la pericia informática realizada sobre la computadora que utilizaba el imputado en ese domicilio, pericia en la cual se pudo hallar una carpeta oculta y protegida con un scrip o subprograma que impedía su acceso, habilitándose solo con una contraseña. Analizada la misma se pudo ver la existencia de 54 fotografías de contenido pornográfico y casi todas con niñas menores de edad, utilizando el imputado para su creación un teléfono celular marca Huawei G620 y un LG".

La Defensa funda su primer agravio, en que la Fiscalía —a su entender— habría señalado algunas pruebas para acreditar el abuso sexual y otras para establecer la producción de pornografía y, sin embargo, los Magistrados del debate habrían utilizado prueba destinada a acreditar la producción de pornografía para probar el delito de abuso sexual. Ello, a su juicio, ha violado el principio acusatorio, dado que el Tribunal se habría adjudicado una actividad proactiva para comprobar el acceso carnal que no había sido probado, afectando de esa manera, no solo el principio del juez imparcial sino además el principio de congruencia, lesionando el ejercicio de defensa en juicio por el efecto sorpresa que ello significó para el imputado y

su derecho a defensa, solicitando se declare la nulidad de la sentencia atacada.

Con relación a este primer agravio debo señalar que no se ha violado el principio de congruencia ni se ha generado ninguna sorpresa a la Defensa, en la utilización del video cuestionado para probar el acceso carnal, que pudiera revelar indefensión. Doy razones.

En primer lugar, es bueno recordar como enseña Clariá Olmedo que: "...Por aplicación del postulado de la inviolabilidad de la defensa, entre la acusación intimada y la sentencia debe mediar una correlación esencial respecto del suceso, la cual no permite condenar al acusado por un hecho diverso de aquel que fue objeto de la imputación formulada (ne este iudex ultra petita partium).(...) Una cosa es afirmar la existencia de un suceso, de un accionar humano, y otra cuestión distinta es valorarlo, calificarlo jurídicamente, colocarlo en relación lógica con la ley penal, examinar si la situación de hecho planteada como hipótesis encuadra en una hipótesis abstracta de esa ley, para reconocer los elementos constitutivos del tipo penal.(...) Lo realmente importante para destacar es que el juez no puede condenar al acusado por un suceso diverso del que fue objeto de la imputación, o que para ello haga mérito de alguna circunstancia ajena a la acusación y cambie de esa manera el hecho en su propia esencia. Como segunda condición, no es necesario que se requiera una identidad absoluta entre los dos términos de la correlación hasta el punto de que deba referirse a las menores modalidades de la conducta humana, las cuales han de ser excluidas en tanto sean indiferentes o no pueden acarrear restricciones ilícitas a la defensa, es decir, que la identidad en trato es relativa dado que concierne a los elementos de hecho de importancia, a los cuales la defensa no pudo tener en cuenta debido a que no se encontraba dentro de la acusación. El interrogante acerca de si hay modificación o no respecto del suceso intimado debe decidirse en base a los criterios expuestos en cada supuesto por el órgano jurisdiccional, quien tiene la obligación de asegurar al acusado la posibilidad de defenderse plenamente acerca de todo elemento de importancia vinculado a la imputación a fin de excluir cualquier sorpresa. Sin embargo, como indica Bettiol, dicha postura está fuera del suceso, en tanto como regla general se busca hasta dónde es indispensable que exista identidad entre la acusación y la sentencia. No es el propio postulado constitucional sino una regla derivada de él la cual sirve como guía al juez restringiendo el objeto de la sentencia" (Clariá Olmedo, Jorge A., "Tratado de derecho procesal penal", T. VIII, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 796/798).

He dicho que no se violó el principio de congruencia ni se generó sorpresa alguna a la Defensa porque el video en cuestión tiene como protagonista involuntaria a la niña víctima del abuso y dicha circunstancia fue correctamente intimada en la acusación que en la parte pertinente dice: "...Desde el día 27 de abril de 2016 al 29 de octubre de 2017, R. C. creó desde su teléfono celular personal en el interior del domicilio que habitaba sito en calle ..., imágenes pornográficas con la menor L....". Vale decir, la prueba del video es una prueba común tanto para probar el abuso con acceso carnal como para la producción de pornografía infantil. Esto fue cabalmente establecido en la acusación, resultando del todo indiferente que la Fiscal no se haya referido en esos términos al realizar sus alegatos, dado que la filmación ya se había reproducido ante el Tribunal y el mismo estaba obligado a fallar, conforme la prueba que fuera rendida en el debate, acorde al principio de inmediación. Por otra parte, negarles esta posibilidad sería erigir una barrera formal, que no resguarda garantía alguna, y dificultaría —sino imposibilitaría— el arribo a la verdad real a través de prueba legalmente incorporada y producida en el juicio.

El esforzado Defensor pretende debilitar la fuerza probatoria del video, que he tenido a la vista, indicando que no se puede afirmar que su pupilo fuera quien produjo el mismo y que la menor fuera la víctima dado que, a su criterio, el audio resulta inaudible y que no se puede determinar —sin una pericia— que se trata del living de la casa de la abuela de la víctima.

En ese sentido, debo decir, que todos los Jueces hemos podido ver y escuchar lo mismo. Tomaré, en ese sentido, la descripción que hiciera de dicha prueba la Magistrada Eizmendi: "...he de indicar que se observa el lugar, el sillón con una manta, tal como relatara la niña L., donde se escucha su voz que dice: "No quiero que lo tengas, dejalo" haciendo referencia a su hermanito menor, mientras su agresor le dice "Abrite" y ella prosigue: "Se va a caer, se va a ir para la escalera" "Ayy, J., terremoto, él sabe que es un terremoto" (se ríe), y él le dice "tenés pelos" en voz más baja. Y ella "lleváselo a mamá" (en referencia a su hermanito), mientras se observa que él le introduce los dedos en la vagina y ella dice: "Ay, no, no" y él contesta: "No puedo abrirla. Abrilo así para los costados" y le indica cómo hacerlo, tras lo cual L. le dice" A., A., A., se va" (por el hermanito), nombrándolo a él de la misma forma que lo hizo cuando le develó el suceso a su mamá. En dicha escena si bien no se observan los rostros de los protagonistas, se puede colegir claramente que se trata de ambos, la niña L., cuyo hermanito se llama J., tal como lo mencionara en su declaración al comienzo y su abusador C., a quien llama A., en tanto que solo se observa el lugar específico y la zona genital de la niña, en la cual el nombrado introduce sus dedos provocándole dolor". Dable es destacar que para corroborar que efectivamente dicho video fue realizado por el imputado, quien al producir dicho material

pornográfico accedió a la niña, no solo contamos con los dichos de la pequeña (que identifica al agresor por su nombre y a su hermano), sino que también existen los metadatos de la filmación que dan cuenta que fue realizado en el domicilio del mismo, en un día domingo —jornada elegida, generalmente, por la familia de la niña para juntarse en dicha casa— en un horario compatible con los momentos en que se quedaba solo con la niña. Ello sumado al color de la manta y el mobiliario del lugar que ubican la ocurrencia del hecho en el living de la casa - conforme fuera intimado en la acusación— todo lo cual generan la certeza que requiere toda sentencia condenatoria. Como magistralmente lo explica Maier: "Se pretende que la decisión sea materialmente correcta. Y tal pretensión es trabajada por el legislador de manera tal que se confunde con la idea de verdad acerca del acontecimiento histórico y, sobre esa base, fundar la decisión penal.(...) Ciertas formas procesales, como la exigencia que postula el principio de inmediación, la oralidad y la publicidad del procedimiento, trabajan también para la consecución de esta meta y no deberían ser consideradas como derivadas de ella en último término, aunque puedan ser útiles a la realización de otro fin procesal" (Maier, Julio, "Derecho Procesal Penal", T. II, Ed. Del Puerto, ps. 150/151).

Por lo expuesto, considero que este agravio será rechazado. Así lo voto.

Otro agravio indica que ha existido arbitrariedad en la valoración de la prueba al incorporarse el acta de denuncia inicial dándole los Magistrados, a juicio del Defensor, un valor desmesurado frente a lo declarado por la niña en Cámara Gesell, quien en dicho testimonio especial no narra un abuso sexual con acceso carnal, como finalmente fuera condenado.

Como indica la Magistrada Eizmendi en su sufragio: "Al momento de narrar los hechos en la sede policial la niña L. J. dijo "recuerdo que tenía ocho años, que estaba por cumplir nueve años, no recuerdo la fecha pero sé que era a las tardes cuando mi familia iba a tomar mate a la casa de mi bisabuela, yo quedaba sola en la casa de mi abuela materna con la pareja de mi abuela que se llama A. C. y este hombre me tocaba debajo de la ropa, la vagina y la cola, me levantaba la remera y me tocaba en la zona de los pechos y me hacía que yo le tocara el pene a él; intentaba besarme, me decía que no le contara a nadie, me decía que si yo contaba algo a mi familia me iba a matar; que me iba a acuchillar y que iba a ir a mi casa y me iba a hacer cosas malas; algunas veces me insultaba, y yo intentaba no estar sola y de irme y zafar de la situación, porque no quería que me siguiera tocando. Yo cuando cumplí nueve años, recuerdo que este hombre comenzó a meterme sus dedos en la vagina y en la cola y a mí me hacía doler, y él me seguía diciendo que iba a ir a mi casa y que me iba a matar. Esto sucedía siempre en la casa de mi abuela A., y yo nunca se lo conté a nadie porque tenía mucho miedo a que me hiciera algo. Cuando él me metía los dedos en la cola y la vagina lo hacía en el living de la casa de mi abuela, en el lugar hay unos sillones de color gris, que tienen una manta color naranja, a veces me acostaba en los sillones y a veces yo estaba parada frente a él...".

La dedicada defensa, entiende que los dichos de la niña en sede policial entran en colisión con lo que dijera en Cámara Gesell, siendo que, en realidad, los mismos resultan complementarios. Es indudable que la declaración especial que realizara la niña en sede judicial fue parca y no ahondó en el acometimiento sexual que sufriera debido a la profunda vergüenza que sufrió la misma cuando la especialista pretendió abordar dichos temas. Sin embargo, no existe margen de duda que pudiera debilitar el contenido de la denuncia como adecuadamente advierte la Jueza Eizmendi: "La misma actitud de vergüenza y malestar que advirtiera la psicóloga, se pudo percibir en la declaración brindada en la Cámara Gesell. De este modo las máximas de la experiencia, y la psicología respaldadas por el informe de profesionales idóneos en la materia, me permiten inferir que trata de una pequeña que en modo alguno puede inventar esta situación de escenas sexuales con la persona que hacía las veces de abuelo, por algún motivo interno espurio. En primer lugar porque a pesar de todas las dificultades que presentaba, pudo dar detalles de situaciones precisas, también del segundo hecho, como decir que le introducía sus dedos en la vagina y la cola y le dolía, que le daba asco lo que le hacía, que no quería soportar más esas cosas. Resulta ciertamente inverosímil que una niña de corta edad, que no tiene conocimientos de naturaleza sexual imagine que esto pudo haberle sucedido con el imputado, cuando jamás lo vivió. Máxime cuando se muestra avergonzada y culposa por aquello que le tocó vivenciar, que asimismo se comportó del mismo modo ante las autoridades policiales, ante sus padres y la psicóloga e incluso a decir de su madre, en la escuela..."

Por lo dicho considero que este agravio será rechazado. Así lo voto.

Tampoco tendrá acogida favorable el agravio que señala que se habría violado el principio "in dubio pro reo" al valorar el informe médico y la declaración de la Médica Forense, Dra. V. B. Doy razones.

La trabajosa defensa indica que no se encontró en el examen médico ningún signo que pudiera dar cuenta del abuso sexual y que la Dra. B. —a preguntas formuladas por la Fiscalía— habría señalado que la introducción de dedos en la vagina, podría no haber provocado lesiones. En ese sentido, el Dr. Trad,

entiende que se vería vulnerado el principio aludido dado que se habría tomado por veraz esta posibilidad cuando la misma es dudosa.

Sin embargo, si se valora la prueba en su integridad —como lo hicieron los Magistrados del debate— no existe duda alguna del acceso que habría realizado con sus dedos del condenado. Así lo señaló la niña —cuando le contó al personal policial lo ocurrido— incluso lo hemos podido observar a través del video pornográfico que realizara C. Por ello, cuando los Magistrados juzgaron que la introducción de los dedos del imputado no habría producido lesiones físicas, simplemente lo que hicieron fue honrar el principio de razón suficiente, encontrando una explicación al motivo por el cual luego de introducirle los dedos no le produjo lesiones. Como apunta el Magistrado Orlando en su sufragio: "...La valoración crítica racional de la prueba rendida, permite llegar a las conclusiones a las que ha arribado este tribunal de juicio, quedando descartada cualquier otra hipótesis o duda sobre el curso de los acontecimientos que afectaran la integridad sexual de la niña víctima. La prueba, en caso como el presente, debe ser íntegramente valorada, poniendo énfasis en los detalles que la misma permite incorporar, de forma concatenada, de modo tal que se retroalimenten entre sí, siendo que en el marco de dicho examen, no se observan contradicciones, ni posibilidad de manifestaciones de la niña que pudieran ser inducidas, el desencadenamiento de los hechos y la develación por parte de la niña se produjeron en el contexto referido y que he analizado en este voto...". Por las razones invocadas —como ya lo adelantara— este agravio no prosperará. Así lo voto.

Otra queja traída a consideración por el Sr. Defensor, ha sido la producción de pornografía infantil y suministro de material pornográfico por el que se condenara a su ahijado procesal. En ese sentido, la dedicada defensa entiende que no existe manera alguna de probar que C. habría generado y creado las fotos y videos pornográficos que se encontraron en la computadora secuestrada como tampoco existen pruebas que indiquen que el nombrado le habría suministrado esa clase de material a la niña víctima.

Con relación a estas conductas el Magistrado Orlando indica en su sufragio que: "...Ha quedado acreditado con la prueba rendida (Hecho n° 2), que el imputado "sacaba fotos a la niña, filmaba videos, creando de tal modo imágenes pornográficas", en el interior de la casa de su abuela, sita en calle ..., lo que acontecía en el living donde se encontraba la computadora. A partir del relato de la niña, surge que le sacaba fotografías y además le exhibía imágenes pornográficas, de niños, niñas, de similares características a los que la víctima padecía. Por su parte, ello se advierte en forma objetiva de la pericia informática a partir del relato testimonial de R. aunado al testimonio de sus progenitores, por todo lo cual, existe plena certeza de la realización de tales comportamientos por parte del imputado. Estos hechos de acuerdo a la citada pericia tienen origen a partir del día 05 de febrero de 2017, como se verifica de la fotografía existente en la Carpeta L, foto "ella 2" y tal la acusación respecto de los mismos, se extendieron hasta el 29 de octubre de 2017..."

Entiendo que tanto el Juez Orlando —ya citado— como las Juezas que integraron el Tribunal han llegado correctamente a la certeza de la existencia de las conductas de producción de pornografía infantil y la exhibición del material pornográfico, en primer lugar, a través de lo dicho por la víctima. Tenemos que pensar que, debido a la corta edad de la misma, y su consiguiente inexperiencia sexual, no resulta posible que pudiera imaginarse que otros niños —como ella— hubieran sido filmados desnudos, si no lo hubiera visto. Por otro lado, la existencia de material pornográfico en una computadora a la que tenía acceso el imputado, quien poseía los conocimientos necesarios para guardarlos en un archivo oculto, hacen que sea él el único que pudo acceder al material antes indicado. Por otra parte, para establecer la producción del material pornográfico resulta concluyente, como indicaron los Magistrados del debate, además de los dichos de la niña, la experticia realizada por R., quien ilustró a través de los metadatos que se encontraban en dicho material el día y hora en que fueron producidos como así también el lugar donde dicho material fue realizado. Todo lo anteriormente mencionado, hace que se deba rechazar el presente agravio.

Por último, la Defensa se agravia por la determinación de la pena que fuera efectuada. En esa senda, señala que el monto de la pena impuesta a su pupilo resulta arbitraria. En tal sentido, y en apoyo a su tesitura, afirma que la pena finalmente impuesta supera en un año el máximo de la pena contemplada para el abuso sexual con acceso carnal. Indica, al tratar la naturaleza de la acción que de manera engañosa los Jueces han equiparado la situación del imputado con la de la figura calificada establecida en el cuarto párrafo del artículo 119 del CP, siendo que C. no es el abuelo de la niña víctima ni convivía con ella.

Puesto a resolver la cuestión planteada encuentro que la determinación de la pena que han realizado los Magistrados ha sido efectuada conforme los parámetros establecidos por los artículos 40 y 41 del CP. En ese sentido la Magistrada Flores expresa que: "A efectos de determinar la pena, tengo en cuenta como agravante la naturaleza de la acción de cada uno de los delitos imputados, en ese sentido el imputado abusó sexualmente con acceso carnal de la nieta de la pareja, con la convivió durante veinte años, es

decir que a la niña la conocía desde su nacimiento, en la casa en la que convivía con su abuela materna, en el sillón del living, aprovechando la confianza familiar para actuar sobre seguro y mediante amenazas a la niña(...) Valoro también como agravante que el imputado para la niña era su "abuelo", porque era la persona que L. conocía desde toda su corta vida como la pareja de su abuela materna. Lo llamaba "A.". Era considerado por toda la familia en ese lugar del genograma familiar y cumplía la función de tal...".

Con relación a la crítica que realiza el Sr. Defensor sobre la supuesta "equiparación" de la conducta que se le atribuye al imputado con lo señalado en la figura calificada, entiendo que se trata, simplemente, de la realización de una correcta ponderación de la pena. Ello es así, dado que la conducta de la figura simple es más grave cuanto más cerca se encuentre del tipo calificado. Resulta obvio que, si bien no le corresponde la figura agravada dado que el imputado no es ascendiente de la niña, cumplía con ese rol. Al mismo tiempo, si bien no vivía con L. J. Z. tenía fácil acceso a ella dado que convivía con su abuela y la niña la visitaba seguido. También se encuentra debidamente ponderado como agravante de la pena la extensión del daño causado, habiéndose tenido como atenuante la carencia de antecedentes penales. Por todo ello, juzgo que se ha determinado correctamente la pena de 16 años de prisión a R. A. C.

Así las cosas, se deberá confirmar en todas sus partes la sentencia Registrada bajo N° 423/21 OFIJU impugnada ante esta Cámara Penal. Así lo voto.

En cuanto los honorarios profesionales, concuerdo con la estimación efectuada por quien sufragara en primer término, toda vez que han sido justipreciados conforme la ley que regula el asunto.

Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por unanimidad el siguiente fallo: I. Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de R. A. C., a cargo del Sr. Defensor Público Penal, Dr. Diego A. Trad, con costas (Art. 385 del CPP). II. Confirmar la sentencia dictada a fs. 112/169 vta. de fecha 05 de marzo de 2021, registrada bajo el N° 423/2021 OFIJU-PM, en la que se condenara a R. A. C. en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal en la modalidad de delito continuado, en concurso real con el delito de producción de pornografía infantil y suministro de material pornográfico en la modalidad de delito continuado, en carácter de autor (Arts. 119, tercer párrafo —conf. Ley 27.352—; 128, primer y último párrafos —conf. Ley 26.388—, 55 y 45 del CP), a la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas (artículos 5, 12 y 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP). III. Regular los honorarios profesionales del Sr. Defensor Público Penal, Dr. Diego A. Trad, en ... JUS, por la labor desarrollada, con cargo a su defendido (Art. 59 de Ley V N° 90 antes 4920 y 2200). IV. Regístrese, protocolícese, notifíquese mediante sistema informático a las Partes, ello a los fines de su publicidad. La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior de la Dra. Flavia Fabiana Trincheri —Art. 331 último párrafo del CPP—. *Rafael Lucchelli. — Leonardo M. Pitcovsky.*

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

>**SORTEO**
MES ANIVERSARIO DE LA LEY

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO TRATADO EXEGÉTICO

del Dr. Alterini

3ra. edición actualizada y comentada

Completá tus datos

¡Podés ser uno de los 5 ganadores!

El premio incluye los **11 tomos** que conforman el **CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO. TRATADO EXEGÉTICO** en su versión Papel + *eBook*.

Participá.

THOMSON REUTERS®

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam