RDP

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

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

Mayo 2022 | 5

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.: 0810-266-4444

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de abril de 2022, 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

Mayo 2022 | 5

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

¿Puede uno de los progenitores ser sujeto activo del delito de sustracción de menores?
Horacio Santiago Nager 3

JURISPRUDENCIA ANOTADA

ROBO CON ARMAS
Persona que arroja una piedra a otra para sustraer su bicicleta. Agravante. Procesamiento 13

El que esté libre de pecado, que tire la primera piedra
Esteban Jorge Manuel Bagur 15

HOMICIDIO DE HIJO RECIÉN NACIDO
Conductas omisivas. Falta de atención para su supervivencia. Contexto laboral. Estado de necesidad exculpante. Rechazo. Circunstancias extraordinarias de atenuación. Procedencia 201

El delito de comisión por omisión a la luz del caso "R. R.". Una construcción desde la teoría dominante, conforme estereotipos de género e invisibilizando las emergencias obstétricas
María Lourdes Coll 25

JURISPRUDENCIA

HABEAS CORPUS CORRECTIVO
Medidas de aislamiento tomadas en virtud de la emergencia sanitaria. Rechazo 45

PRISIÓN PREVENTIVA
Prórroga. Condena del imputado. Cuestión abstracta 46

REX INADMISIBLE
Procedimiento penal. Ausencia de fundamentación. Cuestión federal. Arbitrariedad 47

RECURSO EXTRAORDINARIO
Reedición de planteos. Ausencia de agravios federales. Inadmisibilidad 48

RECURSO EXTRAORDINARIO
Reedición de agravios. Inadmisibilidad 50

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL
Requisitos. Existencia de una cuestión federal. Reedición de agravios. Inadmisibilidad 51

LEY PENAL MÁS BENIGNA
Recurso de casación. Opinión diversa sobre la cuestión debatida. Inadmisibilidad 52

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL
Desistimiento. Ratificación 53

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL
Falta de demostración de defectos graves. Inadmisibilidad. Disidencia 54

HABEAS CORPUS
Acceso a la educación de los internos. Existencia de falencias. Disidencia 55

ALLANAMIENTO NOCTURNO DE DOMICILIO
Investigación de hechos compatibles con la comercialización de estupefacientes. Validez. Disidencia 60

NARCOTRÁFICO
Tareas investigativas. Facultades del juez. Interceptación de comunicaciones. Validez 68

PUESTA EN CIRCULACIÓN DE MATERIALES PELIGROSOS PARA LA SALUD
Disyuntores y llaves térmicas. Productos evidentemente apócrifos. Procesamiento 70

INCITACIÓN A LA VIOLENCIA COLECTIVA
Expresiones de un médico en relación con la vacunación contra el COVID-19. Legitimación para ser querellante 74

PRISIÓN DOMICILIARIA
Imputada con un hijo menor de edad. Niño que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Interés superior del niño. Concesión. Disidencia 76

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO
Cédula azul apócrifa. Venta regular de automotor. Imposibilidad de hacer la inscripción en el registro. Necesidad de utilizar el vehículo 79

QUERELLANTE
Alcances. Requisitos. Afectación inmediata de un interés o derecho. Propagación de virus. Afectación de la salud pública general. Rechazo 81

PROCEDIMIENTO PENAL
Legitimación para recurrir 82

EXCARCELACIÓN
Persona imputada por el delito de comercialización de estupefacientes. Elevada amenaza de pena. Investigación de una organización delictiva de relevancia. Rechazo 84

EXCARCELACIÓN
Persona imputada por el delito de comercialización de estupefacientes. Elevada amenaza de pena. Riesgos procesales. Rechazo 87

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA
Competencia. Recurso de queja. Falta de legitimación para recurrir 89

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA
Competencia. Recurso de queja. Falta de legitimación para recurrir 91

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA
Competencia. Recurso de queja. Falta de legitimación para recurrir 92

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA
Competencia. Recurso de queja. Falta de legitimación para recurrir 93

EXCARCELACIÓN
Persona imputada por el delito de portación ilegítima de arma de guerra. Elevada amenaza de pena. Riesgo para la investigación. Antecedentes condenatorios. Rechazo 95

PROCEDIMIENTO PENAL
Resoluciones irrecurribles. Diligencias probatorias 97

TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA
Conocimiento de la ilegalidad de la conducta. Requisa. Existencia de una sospecha razonable. Procesamiento. Prisión preventiva 98

ENCUBRIMIENTO
Actitud elusiva del imputado. Procesamiento 103

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA
Oposición del Fiscal. Logicidad y fundamentación. Rechazo 105

EXCARCELACIÓN
Existencia de riesgos procesales. Magnitud de la pena máxima del delito enrostrado. Situación migratoria irregular. Investigación compleja. Rechazo 105

ESTAFA
Contacto con la víctima. Expendio de moneda extranjera falsa. Procesamiento 108

EMBARGO
Características del hecho. Inexistencia de prueba pericial. Defensa pública. Reducción 109

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES
Conducta penalmente típica. Juicio abreviado. Celeridad y economía procesal. Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas 110

REPARACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIO
Contrabando. Adquisición y recepción de camperas chinas. Abandono a favor del Estado. Realización de donativo. Suspensión de la acción penal 119

EMBARGO
Pago de las costas causídicas. Levantamiento 123

DELITOS TRIBUTARIOS
Apropiación indebida de tributos. Cancelación de la obligación fiscal con anterioridad a la ley 27.541 (texto según ley 27.562). Extinción de la acción penal 124

HOMICIDIO POR CONDUCCIÓN IMPRUDENTE
Competencia de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires. Intervención primigenia. Recalificación del hecho hacia una figura pendiente de transferencia. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Economía procesal. Prisión preventiva 127

CRUELDAD ANIMAL
Confinamiento de animal silvestre en peligro de extinción. Reconocimiento como sujeto de derecho. Necesaria intervención de los seres humanos 149

HOMICIDIO *CRIMINIS CAUSA*
Falta de acreditación de la participación del imputado en el hecho investigado. Absolución 152

ABUSO SEXUAL INFANTIL
Falta de intervención de la Asesora de Menores. Debido proceso. Acceso a la justicia. Derechos del niño. Nulidad del procedimiento 167

IMPUTADO ARREPENTIDO
Falta de reglamentación provincial. Nulidad de la resolución que no homologa el acuerdo. Prisión preventiva. Pedido de morigeración. Cuidado de familiar que padece discapacidad. Rechazo..... 170

PASE SANITARIO
Habeas corpus. Alcances. Inadmisibilidad de la vía intentada..... 175

REQUERIMIENTO DE ELEVACIÓN A JUICIO
Deficiente relación del hecho. Determinación de un lugar incierto. Nulidad. Imposibilidad de interrumpir la prescripción de la acción penal 179

INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA
Vencimiento del término legal fijado. Inexistencia de una fundada solicitud de prórroga. Plazo razonable. Violación del debido proceso. Facultades del Ministerio Público Fiscal..... 181

DAÑO AGRAVADO POR PERSECUCIÓN RACIAL Y RELIGIOSA
Pintadas en dos instituciones que pertenecen a la comunidad judía. Intolerancia. Confirmación de la sentencia de condena..... 193

JUICIO ABREVIADO
Rechazo del acuerdo. Adolescente en condición extrema de vulnerabilidad. Necesidad de un proceso que ofrezca opciones que consideren los abusos sufridos a lo largo de su vida..... 217

ABUSO SEXUAL
Querellante particular. Cese de la designación de la progenitora por no asegurar a la víctima menor de edad un acceso efectivo al servicio de justicia. Designación del progenitor aun cuando la solicitud fue realizada fuera del término establecido procesalmente..... 222

RECURSO DE QUEJA POR CASACIÓN DENEGADA
Requisito de admisibilidad. Omisión de acompañar copia del cargo de presentación del recurso de casación. Inadmisibilidad. Disidencia..... 227

DOCTRINA

¿Puede uno de los progenitores ser sujeto activo del delito de sustracción de menores?

Horacio Santiago Nager (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Breve análisis de la ley penal vigente.— III. ¿Puede uno de los padres ser sujeto activo del delito de sustracción de menores?— IV. Jurisprudencia.— V. Palabras finales.

I. Introducción

Históricamente se ha discutido en la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país si es típica en los términos del art. 146 del Cód. Penal la conducta del padre o de la madre que sustrae a su hijo menor de diez años de edad del poder o custodia del otro, controversia que en modo alguno ha sido resuelta mediante la sanción de la ley 24.270 (BO 26/11/1993) que incorporó en sus arts. 1° y 2° el delito impedimento de contacto de un menor con su padre no conviviente. Todo lo contrario, la incorporación de esta última figura legal avivó la discusión, la cual, si bien presenta nuevos matices, mantiene su esencia y vigor original **(1)**.

La importancia del tema no es menor, ya que la consecuencia legal en un caso y otro difiere en forma sustancial, con incidencia en cuestiones de libertad y ejecución de la pena **(2)**. Es por esta razón que no efectuaremos un estudio exhaustivo de los requisitos típicos de ambas figuras, sino que nos ocuparemos casi excluyentemente de la discusión planteada en torno a la admisión o no de uno de los padres como sujeto activo del delito de sustracción de menores.

II. Breve análisis de la ley penal vigente

II.1. El delito de sustracción de menores

El art. 146 del Cód. Penal (según ley 24.410) reprime con prisión o reclusión de cinco a quince años al que "sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare".

En lo que respecta a la ubicación sistemática de esta figura en el catálogo punitivo, debe afirmarse que el bien jurídico tutelado es la libertad individual; sin perjuicio de lo cual, es innegable que nos encontramos frente a un delito pluriofensivo, circunstancia que ha motivado, como veremos, una ardua discusión en punto a la individualización de los bienes jurídicos en juego, como así también, en lo referente a la determinación del sujeto pasivo.

Las acciones típicas son "sustraer", "retener" u "ocultar". Sustrae quien se apodera del menor, despojando a quien lo tenía legítimamente bajo su poder, apartándolo de los lugares don-

(*) Especialista en Derecho Penal (UBA). Magíster en Derecho Penal (Universidad de Sevilla). Profesor adjunto (int.) del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho (UBA). Secretario letrado de la Defensoría General de la Nación.

(1) Es pertinente señalar que tampoco el texto de los delitos de "sustracción de menor" (art. 112) y "obstrucción o impedimento de contacto" (art. 139) propuestos en el "Anteproyecto de Código Penal de la Nación" presentó una solución definitiva a esta cuestión ("Anteproyecto de Código Penal de la Nación", INFOJUS, Buenos Aires, 2014, p. 206. Y lo mismo puede afirmarse respecto del último proyecto de reforma integral del Código Penal presentado el 26/03/2019 (ver arts. 146 y 139.1).

(2) Véanse, por ejemplo, los arts. 26 del Cód. Penal y 316 del Cód. Proc. Penal.

de ejercía su tenencia o logrando que el menor se aparte. Es decir, la conducta disvaliosa consiste en apartar al menor de la esfera de custodia confiada por la ley a los padres, tutores o a otros encargados. Son indiferentes los medios empleados (violencia, fraude o engaño). Asimismo, es indistinto que el niño sea sustraído de su hogar, de la escuela o de la vía pública. Por su parte, retiene quien mantiene consigo al menor y esto exige una prolongación de la conducta en el tiempo porque solo así se ve afectado el ejercicio de la patria potestad **(3)** o tutela. Según la postura tradicional, debe tratarse de un menor previamente sustraído. No obstante, esta posición parece no responder adecuadamente a los siguientes interrogantes: ¿qué pasa con el menor que se fuga (se sustrae de manera voluntaria) y le resulta imposible regresar a la guarda de sus padres por la acción de un tercero? **(4)** ¿Qué pasa con el menor perdido o abandonado? **(5)** Por último, el ocultamiento implica esconder al niño de la vista y conocimiento del tenedor legitimo o de un tercero que pueda propiciar la reanudación de la tutela usurpada, sin que resulte indispensable que se retenga al menor.

Es un delito doloso. Para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, la acción de sustraer requiere dolo directo y la de retener u ocultar, podría admitir el dolo eventual. La conducta debe estar guiada por el fin de quitar o remover la tenencia sobre el menor; de lo contrario, podríamos estar en presencia de otro delito (por ejemplo: rapto, secuestro, etc.). En la modalidad comisiva de retención u ocultamiento, nos encontramos frente a un delito permanente.

II.2. El delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes

La figura básica de este delito se encuentra prevista en el primer párrafo del art. 1° de la ley 24.270, el cual reza: "Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes" **(6)**. Esta conducta, conforme lo establece el segundo párrafo del mismo artículo, se ve agravada cuando "se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado", en cuyo caso, la pena será de seis meses a tres años de prisión. A su vez, en el artículo segundo se prevén otros dos supuestos de agravamiento: a) el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial; y b) el padre o tercero que con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización. En el primer supuesto, le corresponderá al autor una pena de seis meses a tres años de prisión, mientras que, en el segundo caso, la amenaza punitiva será de uno a cuatro años y seis meses de prisión.

El impedimento y la obstrucción se refieren al "contacto"; palabra cuyo empleo ha sido cuestionado atento su vaguedad. Por ello, Donna expresa que "...en tren de hacer de este tipo penal algo lógico y racional se puede entender que fijado un régimen de visitas o de días en que un padre puede ver a su hijo, se le impide u obstruye, en este caso, molestándole y haciendo que lo que debe ser un momento de relación afectiva se convierta en una serie de obstáculos que en definitiva terminan con el fin de ese régimen" **(7)**. En esta inteligencia, es dable afirmar —como lo hace Cuneo Libarona— que el simple impedimento u obstrucción difiere sustancial-

(3) El Código Civil y Comercial de la Nación ha reemplazado esta terminología por la de "responsabilidad parental"; instituto que se encuentra regulado en los arts. 638 y subsiguientes del digesto civil y comercial.

(4) ABOSO, Gustavo Eduardo, "Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia", Bdef, Buenos Aires, 2017, p. 786.

(5) En este sentido, un sector de la doctrina afirmaba que: "A falta de un tenedor o encargado de la persona del menor, el delito no puede cometerse, aunque el niño pueda ser víctima de una privación ilegal de su libertad personal (NÚÑEZ, Ricardo C., "Derecho Penal Argentino", Tomo V, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, p. 62).

(6) La jurisprudencia ha dicho que: "Autor puede ser uno de los padres respecto del otro o un tercero; la característica típica de los sujetos pasivos es la no convivencia, si se impidiere u obstaculizare el contacto del menor con uno o ambos padres convivientes, el hecho tendrá que ser examinado a la luz de los delitos referidos a la sustracción de menores, pero no podrá encuadrarse en la ley 24.270" (CNCC, Sala VII, 18/07/2002, "S., T.", causa N° 18.767).

(7) DONNA, Edgardo Alberto: "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo II-A, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 326.

mente de la sustracción del menor y que "quien sustrae al menor, sí o sí impide el contacto, pero no todo el que impide, substrae" **(8)**.

III. ¿Puede uno de los padres ser sujeto activo del delito de sustracción de menores?

Ahora bien, como hemos anticipado, corresponde abocarnos a continuación al tema central de este breve trabajo; es decir, asumir una posición razonada en relación con la posibilidad de que uno de los progenitores sea sujeto activo del delito de sustracción de menores.

III.1. Argumentos en contra

Soler negaba la posibilidad de que el art. 146 del Cód. Penal fuese aplicable a los padres en virtud de la fuente que tuvo en cuenta el codificador penal al sancionar este delito: el derecho español. Explicaba que, a diferencia de lo que aconteció en Alemania o Italia, donde este delito se concibió como una ofensa exclusiva a los derechos tutelares, en España, se castigaba principalmente el robo de niños, es decir, la conducta consistente en hacerlos desaparecer. De allí, la mayor gravedad de las penas. Por ello, en vista a la magnitud de la pena y la ubicación sistemática del tipo penal, concluyó que los padres no podían ser autores, salvo que se pudiese afirmar en el caso concreto que el progenitor "ha hecho desaparecer al menor" **(9)**.

Fontán Balestra era partidario de esta posición **(10)**, al igual que Quintano Ripollés, argumentando que "...en estos supuestos no hay lesión ni riesgo para la libertad del menor, que deja entonces de ser sujeto material y jurídico de la infracción para proyectarse íntegramente la acción contra el titular legal de la patria potestad o tutelar, o bien contra la autoridad que pronunció la decisión quebrantada" **(11)**.

También se ha dicho en contra de la extensión de la autoría a uno de los padres que "no solo la tradición histórica, la elevada penalidad que prevé y los objetivos de la reciente reforma legislativa (en referencia al dictado de la ley 24.410), sino además la propia redacción del art. 146... parecerían oponerse a ello, pues como expresa Laje Anaya el delito es con respecto a los padres, y no de uno de ellos con relación al otro... el atentado es desde afuera y no desde dentro de la familia..." **(12)**.

Por su parte, Maiza sostiene que "partiendo del bien jurídico protegido, el problema del sujeto activo se vincula a la antijuridicidad, pues es evidente que ella presupone que quien sustrae no tenga derecho de custodia. En consecuencia, para que pueda ser considerado sujeto activo el padre o la madre, es necesario que esté excluido del ejercicio de la patria potestad (privación o suspensión), ya que justamente uno de los derechos inherentes a ella es la custodia de los hijos menores de edad (art. 265, Cód. Civil)" **(13)**.

III.2. Argumentos a favor

Autores clásicos como Molinario, Creus y Núñez admiten la posibilidad de que uno de los padres sea sujeto activo del delito **(14)**. Así, por ejemplo, Molinario señalaba que "si los autores del hecho sustraen al menor impulsados por un propósito de lucro, que exteriorizan con la exigencia de obtener un rescate, incurren en el delito previsto en el art. 170. Pero si sustraen

(8) CUNEO LIBARONA, Christian: "El delito de sustracción de menores versus el de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes", LA LEY, 17/08/2004.

(9) SOLER, Sebastián: "Derecho Penal Argentino", Tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1992, pp. 68/69. En el mismo sentido, véase la nota al art. 182 del Proyecto de 1960. Para conocer el derrotero legislativo y las distintas posturas asumidas por representantes de la doctrina penal argentina, se recomienda el trabajo de PÉREZ LANCE, Adrián: "Arts. 146/149", en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Zaffaroni, Raúl - Baigún, David (directores), Tomo 5, Buenos Aires, 2008, pp. 470/477 y 493/497.

(10) FONTÁN BALESTRA, Carlos: "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", Tomo V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 303.

(11) MAIZA, María C.: "Sustracción de menores" en "Delitos contra la libertad", Niño, Luis F. - Martínez, Stella Maris, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 242.

(12) BERTOLA, María Cristina: "Es típica la conducta del padre no conviviente que se lleva al hijo", publicado en LA LEY, 2006-F, 1306.

(13) MAIZA, María C.: ob. cit., p. 242.

(14) D´ALESSIO, Andrés José (director) — DIVITO, Mauro (Coordinador): "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado", La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 477.

al menor simplemente para sacarlo de la patria potestad de su padre, inspirados en un propósito de venganza o en cualquier otro propósito, incurren en el delito previsto en el artículo que nos ocupa"; y luego, dispersa cualquier duda sobre su posición al ilustrar lo antedicho con el siguiente ejemplo de una conducta constitutiva del delito previsto en el art. 146 del Cód. Penal: "...en un juicio de divorcio, el juez otorga a uno de los cónyuges la tenencia provisoria de los hijos menores del matrimonio. El otro cónyuge por despecho o por cualquier otra causa, procede a secuestrar los menores depositados. El propósito del agente no es, evidentemente, el de lucrar con la sustracción, sino el de sacarlo del poder de la persona a cuyo cargo debía estar, alzándose así contra la resolución judicial que confirió el depósito al otro cónyuge" **(15)**.

En palabras de Eusebio Gómez, "...al menor pertenece el derecho de libertad, tiene el goce de este y hasta cierto punto, el ejercicio; el derecho del padre o del tutor no sustituye al derecho del hijo; lo representa, lo anima, lo hace operante, lo tutela; el padre y el tutor ejercitan, no un derecho propio, sino un derecho del menor, de modo que puede decirse que el suyo, más que un derecho, es un deber" **(16)**.

Para Creus, "sujeto activo puede ser cualquier persona. Se discute, sin embargo, si comete este delito el padre o la madre del menor que lo sustrae de la tenencia que legítimamente ejercía el otro cónyuge o un tercero por él; la doctrina y la jurisprudencia argentinas han negado que esas personas pudieran ser autores del delito, apoyándose en que este es pura ofensa a los derechos familiares de patria potestad o a los nacidos de la tutela o guarda, aunque puedan constituir otros delitos (como el de desobediencia); sin embargo, la actitud del padre que así procede vulnera la libertad del ejercicio de esos derechos, por lo cual aquella solución no es del todo coherente con la inclusión del tipo en los delitos contra la libertad".

A idéntica solución arriba Donna, quien afirma que "el art. 264 del Código Civil expresa que el ejercicio de la patria potestad le corresponde, en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre. Desde esta perspectiva se pueden sacar algunas conclusiones sobre el tipo penal. La ley no distingue en cuanto a quién puede ser autor, y entonces en el caso de que uno de los padres sustrajere al menor del ámbito del otro que lo tiene legalmente a su cargo, no hay duda de que puede ser autor del hecho. Ni el texto de la ley, ni los antecedentes dicen otra cosa distinta, salvo que se quiera forzar la letra del texto" **(17)**.

Orgeira, al tiempo de pronunciarse por la afirmativa en lo atinente a la cuestión planteada, resalta que la Comisión Parlamentaria del MERCOSUR se ha ocupado del tema al adoptar un programa nacional sobre "Prevención, sustracción y restitución de menores", poniendo de manifiesto que la gran problemática es la acción desplegada por alguno de los padres. Así, dentro de los fines perseguidos por dicho programa, se establece la creación de una red para proteger a los menores y prevenir la sustracción de estos por parte de alguno de los padres **(18)**.

Según D'Alessio, "no puede adoptarse un temperamento absoluto, debiendo analizarse cada caso en particular" **(19)**, criterio que es compartido por Pérez Lance, quien aclara que "tampoco hay razón para desechar la autoría de la sustracción incluso por el padre en ejercicio de la patria potestad, siempre que, claro está, lo aparte del poder del otro cónyuge con quien la comparte, para que se dé este otro extremo típico del art. 146. No obstante (...) la mayor restrictividad con que debe evaluarse esta posibilidad, en orden a la intensidad y duración del despojo, para que pueda ser tenida por verdaderamente típica" **(20)**.

Por nuestra parte, tal como hemos expresado en el pasado, adherimos a esta postura, pues entendemos que no existe óbice para que un padre

(15) MOLINARIO, Alfredo J.: "Los Delitos", TEA, Buenos Aires, 1996, p. 82.

(16) GÓMEZ, Eusebio: "Leyes penales anotadas", EDIAR, Buenos Aires, 1955, tomo II, p. 405.

(17) DONNA, Edgardo Alberto: ob. cit., p. 309.

(18) ORGEIRA, Mariano: "El padre como sujeto activo del delito de sustracción de menores", Suplemento La Ley de Penal y Procesal Penal, 25/06/2007, p. 24.

(19) D´ALESSIO, Andrés José (director) - DIVITO, Mauro (Coordinador): ob. cit., p. 478.

(20) PÉREZ LANCE, Adrián: ob. cit., p. 497.

realice la conducta típica en perjuicio del otro, independientemente que detente de hecho o en virtud de una decisión jurisdiccional la tenencia del menor **(21)**. Ahora bien, también compartimos que deberá tenerse en cuenta la casuística para saber si estamos realmente en presencia de una sustracción.

Por otro lado, creemos que esta cuestión guarda relación con la concepción que se tenga sobre los bienes jurídicos en juego, lo que, al mismo tiempo, repercute en la determinación de los sujetos pasivos. Si se considera que la conducta incriminada vulnera exclusivamente la voluntad del progenitor que es usurpada, tal vez resulte más sencillo sostener que ninguno de los padres puede ser sujeto activo del delito, pero si se integra al menor al conflicto, ya no como objeto del delito, sino como sujeto de derechos, se adicionan argumentos a favor de la postura más amplia.

Es que la interpretación de la norma legal debe ser armonizada con los estándares internacionales actualmente vigentes, por lo que resulta incorrecto conceptualizar al bien jurídico como el derecho de tenencia o la voluntad de los padres sobre sus hijos menores. Se trata de un delito pluriofensivo en el cual el menor resulta damnificado ya que se afecta el derecho a la integridad de su vida familiar, como así también, el goce de las medidas de protección que como niño le corresponden.

Desde esta misma perspectiva, el delito vulnera también su libertad individual y, según el caso, puede afectar su identidad, entendida esta no como una cualidad biológica sino como un elemento que se construye en la dinámica propia de las relaciones familiares.

Indudablemente, a partir de la reforma constitucional de 1994 se produjo un cambio de paradigma en la hermenéutica del tipo penal, por lo que resultan inaplicables en el presente aquellos postulados dogmáticos fundados en la idea exclusiva de ataque a las potestades de los adultos respecto de los menores, y en especial, a la voluntad o poder de decisión de los padres sobre los hijos.

En esta línea de pensamiento, en un enjundioso fallo, Luis García explica que el niño tiene derecho a la protección de su núcleo de convivencia (eventualmente con su familia extensa), por lo que "la argumentación que establece como presupuesto de la retención u ocultamiento típicos la existencia de una sustracción previa reposa, probablemente, en el papel central que cierta doctrina asigna a los derechos y potestades de los padres, tutores o guardadores como objeto de protección de la norma, sin advertir que la disposición tiene por objeto, en primer lugar, la protección del niño..." **(22)**.

(21) AMANS, Carla V. - NAGER, Horacio Santiago: "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 200.

(22) CFCP, Sala II, "Rivas, Osvaldo Arturo y otros...", causa N° 9569, rta. 08/09/2009, p. 50. Se explica en dicho fallo que tales derechos encuentran expreso reconocimiento en la CDN: en particular, los derechos del niño a medidas de protección y cuidado exigibles frente al Estado, sin perjuicio de los derechos y deberes de sus padres (art. 3.2), CDN); el derecho del niño de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7.1); el de preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares; a la asistencia y protección apropiadas exigibles al Estado cuando sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad (art. 8.1); el derecho del niño a medidas estatales para asegurar que no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo las excepciones que permite la misma Convención (art. 9.1); el derecho a mantener relaciones personales y contacto con ambos padres (art. 9.3); y el derecho del niño a la protección de su vida familiar (art. 16). También se comprenden allí el derecho y los deberes de los padres y, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle dirección y orientación apropiada para el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (art. 5) y por principio el derecho y obligaciones de los padres en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (art. 18), y el derecho del niño privado de su medio familiar a medidas especiales de protección y asistencia por parte del Estado (art. 20), entre otros. La ley 26.061 ha contemplado y reglamentado esos aspectos, de modo concordante (especialmente arts. 11, 12,13 y 37). Finalmente, la Corte IDH en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina" (2012) que: "El niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas". También dijo que "el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia. El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcio-

A su vez, en dicho precedente, se reafirman algunas ideas relevantes: 1) el carácter pluriofensivo del delito y la determinación del bien jurídico preponderante, delimitado en los arts. 3°, 7°, 8° y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño y en las leyes 23.849 (que aprueba la citada Convención) y 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes; 2) la alternatividad de los verbos típicos, por lo que no se requiere acreditar previamente la sustracción como presupuesto para la comisión de las restantes conductas; 3) la posibilidad de que el mismo agente satisfaga sucesivamente, más de una de las acciones alternativas de la figura legal, y 4) el carácter permanente o continuo del delito.

En consonancia, Pérez Lance expresa que el hecho de que el dispositivo legal exija que el desapoderamiento del niño lo sea del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, significa que no solo tiene importancia el alejamiento en sí, sino también el ámbito del cual es privado. Es que "si fuera solo un delito contra la libertad, bastaría con la descripción típica de la sustracción sin ningún otro elemento circunstancial adicional como el que demanda el art. 146" **(23)**.

En resumidas cuentas, dado que el delito de sustracción de menores no establece ninguna característica especial para su autor no parece razonable limitar el ámbito de protección de la norma, pues, amén de los derechos del progenitor damnificado, la conducta típica vulnera el interés superior del niño y sus derechos de protección y custodia.

IV. Jurisprudencia

En los últimos años se han dictados fallos que admiten la posibilidad de que uno de los padres sea autor del delito previsto en el art. 146 del Cód. Penal. Así, se ha resuelto que:

"Cualquiera de los padres, cuenten o no con la patria potestad o con la tenencia legítima del hijo, pueden ser sujetos activos del delito de sustracción de menores...", ya que "...el hecho de ser padre no legitima ni autoriza ni puede justificar por sí la realización de cualquier acto unilateral y de trascendencia en relación filial, propias de las facultades de la patria potestad" **(24)**.

"Dado que el niño es hijo de ambos padres y, salvo resolución judicial en contrario, los dos tienen derecho razonable a convivir con su hijo, el tipo penal no hace salvedad alguna, y entender lo contrario sería liberar al padre por la simple razón de no haber sido desposeído de la patria potestad. El accionar desplegado por el imputado con la participación de su prima, habría excedido notablemente el marco de un mero conflicto familiar y configuraría el delito de sustracción de menores -en el caso, de su hija- respecto de su mamá, generando de esta forma una extensa y gravísima ruptura del lazo materno filial, en evidente detrimento, no solo de la libertad del menor e indirectamente del derecho familiar, sino también del interés superior del niño, reconocido convencionalmente" **(25)**.

"Para poder responsabilizar a uno de los padres por la conducta tipificada en el art. 146 Cód. Penal, en relación a la sustracción de su hijo menor de diez años, habrá de analizarse en cada caso concreto, si el accionar desplegado por dicho progenitor, reviste la entidad suficiente como para poner en juego aquellos intereses protegidos por la norma que son, no solo la libertad individual del menor —de la cual uno de sus padres opera como representante— sino también el libre ejercicio de los deberes/derechos emanados de la patria potestad por parte del progenitor 'afectado' por la sustracción, así como también la subsistencia de los lazos y vínculos filiales afectivos que todo niño necesi-

nal y, preferentemente, temporal" (Opinión Consultiva OC 17/02, párrs. 67, 71, 72, 75 y 77).

(23) PÉREZ LANCE, Adrián, ob. cit., p. 481.

(24) CFCP, Sala IV, "PYRIH, Luis Aníbal s/ recurso de casación", reg. N° 8276.4, rta. el 26/02/2007 (Hornos, Capolupo de Durañona y Vedia, Berraz de Vidal).

(25) CFCP, Sala IV, "Namoc Díaz, Manuel A. J y Díaz Escalante de Pow Sang, Martha s/ recurso de casación", reg. N° 331/12, rta. el 16/03/2012 (Hornos, Gemignani y Borinsky). En igual sentido: "Meza, Claudio Matías s/ recurso de casación", reg. N° 2618/2012, rta. el 28/12/2012. El Juez Hornos especialmente aclaró en el citado precedente "NAMOC DÍAZ" que "...la lectura de la casuística enmarcada en la corriente que aquí se propicia se observa como común denominador que las circunstancias de hecho en las que se aplicó la figura en estudio constituyeron situaciones graves".

ta mantener y entrelazar con ambos padres, en aras de proteger su interés superior" **(26)**.

"...[L]os progenitores pueden ser sujetos activos del delito de sustracción de menores, porque si el padre, como en el caso de autos, frustró el régimen de visitas fijado en la justicia civil e impidió por el lapso de ocho meses que la niña vea a su madre, y para ello la sacó del país con destino desconocido, ocultó la identidad mientras escondía a la menor en distintos países, tal actitud permite incluirlo dentro de la figura penal que prevé el art. 146 del Código Penal (ver en similar sentido C.C.C., causa N° 20.244 'O., B. J.', Sala I del 15/07/03)" **(27)**.

Especialmente relevante es el reciente fallo de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el caso "Fornerón", donde se dijo que "...ni la interpretación gramatical ni la sistemática del art. 146, Cód. Penal respalda la conclusión defendida en la resolución impugnada que, si bien pudo ser válida al momento en que una de las figuras más señeras de la dogmática penal la formuló, fue superada por la evolución legislativa (ley 24.410, entre otras) y, en particular, con la incorporación de la CDN, vigente ya al momento de los hechos investigados. De esta manera, el tipo penal no reclama que el sujeto activo reúna característica especial alguna, el término 'padres' es empleado como una abreviatura, y no para significar que solo los titulares de la patria potestad en conjunto pueden ser las víctimas o los autores de este delito en particular. 12. Como consecuencia de la conclusión arribada con respecto al significado de la expresión 'padres', también es incorrecta la interpretación del término sustracción efectuada en la sentencia. Es que, ante la vigencia de la CDN, no es posible sostener que el ejercicio unilateral y exclusivo de la patria potestad (según art. 264, inc. 4°, CC vigente en aquel momento) convertía en atípica la conducta, en tanto no era esta la única institución protegida..." **(28)**.

No obstante, también existen pronunciamientos que admiten esta posibilidad con criterio sumamente restrictivo:

"...[S]i bien quien ejerce la patria potestad o tiene el derecho de custodia (art. 265 y cctes. del C.C.) no puede ser autor del delito previsto por el art. 146 del Código sustantivo, cuando sustrae o retiene al menor, respecto del cónyuge que lo tenía, ello no es así cuando se lo ha hecho desaparecer..." **(29)**.

"No es posible que el progenitor sea sujeto activo del injusto de sustracción de menor. La única excepción a este principio es cuando ha sido privado de la patria potestad mediante sentencia judicial, pues entonces quien sustrae ya no tiene derecho de custodia" **(30)**.

Finalmente, hay diversos precedentes que mantienen la interpretación históricamente mayoritaria de esta figura legal:

"...[E]l hecho que se dice de sustracción, retención u ocultamiento del menor B. B. B. por parte de su progenitora (co-titular de la patria potestad, aunque no tuviese la tenencia, según el Código Civil derogado - régimen de responsabilidad parental conforme los arts. 644 y ss. del nuevo Código Civil y Comercial) no es más que un impedimento de contacto con el padre no conviviente en los términos del art. 1° de la ley 24.270" **(31)**.

"...[E]l fin de la norma legal en examen es el de prevenir el robo de niños, llevado adelante, como en el debate que precedió a la sanción de la ley se manifestó, en mayor medida por organizaciones criminales, o individuos ajenos al ámbito familiar, lo que implica que la norma no se encuentra dirigida los padres del menor,

(26) Ibídem.

(27) CCiv. y Com., Sala 7, "L., J", causa nro. 36.991/2017/CA3, rta. 09/04/2018, voto del juez Scotto.

(28) CNCiv. y Com., Sala 2, "T., S. s/ recurso de casación", reg. 270/2020, rta. 04/03/2020.

(29) CCiv. y Com., Sala VI, "S. G. N. s/ competencia", causa N° 42.468, rta. el 19/10/2011. Ver también causa N° 38.793, "P. Q. J. L.", rta. el 16/02/2010, donde se citó, entre otras, la causa N° 37.319, "R. J. M.", rta. el 4/06/2009.

(30) CCiv. y Com., Sala 1, causa nro. 43.919/2012, "B., A. V. s/ contienda", voto del Dr. Bunge Campos.

(31) T.C.P. Pcia Bs. As., Sala de Feria, causa nro. 75.333, caratulada "Balbuena Alzogaray, Melina s/ recurso de casación (art. 417 CPP), voto del juez Ricardo Borinsky, al que adhirió el Dr. Mario Eduardo Kohan).

como posibles autores de ese delito. De modo tal que, también desde la perspectiva de la voluntad del legislador, cabe afirmar el acierto en la hermenéutica llevada a cabo por el a quo, en tanto la finalidad legislativa no se orientó a comprender como sujetos activos de la figura a los padres de la víctima" **(32)**.

En consecuencia, podemos afirmar que, pese a que la conducta descripta en el texto legal no ha sufrido modificaciones desde su entrada en vigor en 1922, subsiste en la actualidad un fuerte debate sobre la cuestión que hemos venido analizando.

V. Palabras finales

Como hemos visto, la discusión centenaria en torno a si uno de los padres puede ser sujeto activo del delito de "sustracción de menores" en detrimento del otro no ha sido superada hasta la fecha.

Así las cosas, ratificamos que en nuestra opinión no existe óbice para que un padre realice la conducta típica en perjuicio del otro, independientemente que detente de hecho o en virtud de una decisión jurisdiccional la tenencia del menor. Es que impedir u obstruir el contacto no es cualitativamente lo mismo que sustraer, al tiempo que los bienes jurídicos en juego y las finalidades político-criminales también difieren, lo que consecuentemente justifica un *quantum* de pena distinto. Amén, debe prestarse especial atención en la materia a los estándares internacionales derivados de los arts. 3°, 7°, 8° y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin perjuicio de ello, entendemos que en pos de la claridad, precisión y organicidad que en una futura reforma al Código Penal debiera finiquitarse este debate, garantizando así el mandato de certeza de la ley penal que nuestra Constitución Nacional reclama. De lo contrario, seguirán dictándose fallos judiciales en un sentido y otro, con la injusticia que ello acarrea, pues la aplicación de una figura u otra en el caso particular dependerá en gran medida del azar.

(32) CNCiv. y Com., Sala 3, causa nro. 28157/2014/TO1/CNC1, "S., M. E. s/ sustracción de menor", Reg. 383/2016, rta. 19/05/2016, voto del juez Magariños, al que adhieren Jantus y Días.

JURISPRUDENCIA ANOTADA

ROBO CON ARMAS

Persona que arroja una piedra a otra para sustraer su bicicleta. Agravante. Procesamiento.

Con nota de Esteban Jorge Manuel Bagur

1. — El imputado ejerció violencia sobre la víctima al arrojarle una piedra a la víctima en la espalda y de ese modo intimidarlo para que le entregara la bicicleta. La agresión tuvo como finalidad intimidar a la víctima y quebrantar su resistencia, para de ese modo intentar consumar el hecho. Así, en tanto la violencia puede tener lugar antes del robo para facilitarlo, durante su desarrollo o después de cometido para procurar su impunidad, la calificación del delito de robo agravado por haber sido cometido con armas en grado de tentativa aparece adecuada.

2. — Una piedra es un objeto con un poder lesivo y fue utilizado por el agresor como un arma, ya que la empleó como medio para atacar a la víctima e incluso poner en riesgo su integridad. Ello conduce a otorgarle la calidad de "arma" a la que se refiere la norma, por tanto, agrava la calificación de base (del voto de la Dra. Laiño).

CNCrim. y Correc., sala I, 19/11/2021. - D., A. G. s/ procesamiento.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/214792/2021]

CCC48500/2021/CA2

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

Considerando:

I. Hecho; Se le atribuye a A. G. D. "el hecho ocurrido el 29 de octubre de 2021, a las 00:10 horas, en ... de esta ciudad, ocasión en la que intentó sustraer una bicicleta de tipo "playera" de color negro, propiedad de U. J. B.

Concretamente, en las circunstancias de tiempo y lugar descriptas, el imputado sorprendió a la víctima mientras cumplía funciones como repartidor de comida en su bicicleta, oportunidad en la que le arrojó una piedra que impactó a la altura de su espalda, al tiempo en que se acercó a su ubicación y de manera intimidante le exclamó "dame la bici" (sic).

Frente a ello, B. se retiró rápidamente del lugar en su bicicleta hasta ingresar a un comercio ubicado en ... de esta ciudad, desde el cual se comunicó con el 911 para dar aviso de lo ocurrido.

Seguidamente, el oficial M. A. M. se constituyó en el lugar del hecho por el desplazamiento ordenado por el Departamento Federal de Emergencias y procedió a la inmediata detención de M. A. D. Asimismo, se procedió al secuestro en su poder de un cuchillo tipo serrucho".

II. Valoración;

El doctor *Lucero* dijo:

Comparto la solución adoptada en la anterior instancia. Contrariamente al criterio de la defensa, el cuadro cargoso reunido, con el grado de provisoriedad que requiere esta etapa, acredita la participación del imputado en el evento bajo análisis.

Es que varios indicios vehementes y objetivos habilitan un eventual debate, para establecer lo ocurrido de manera definitiva, bajo los principios de inmediación y contradicción que lo caracterizan.

En este sentido, se tiene en cuenta el relato preciso y circunstanciado del damnificado, quien dio cuenta de lo ocurrido y sindicó al encausado, como quien minutos antes, había intentado sustraerle la bicicleta, arrojándole una piedra en la espalda y exclamándole de manera intimidante "dame la bici" (cfr. declaración de U. B. en el sumario policial).

Sus dichos a su vez, encuentran respaldo en los del Oficial M. A. M., que fue desplazado por la Central de Emergencias a raíz de que en la calle ..., un "masculino con campera negra y gorra blanca estaba cometiendo un ilícito", y al arribar al lugar, pudo observar a D., que coincidía con dichas descripciones. Por tal motivo, procedió a identificarlo y a palparlo entre sus ropas, encontrando debajo de su campera un cuchillo (ver declaración del oficial en el sumario policial).

De este modo, el cuadro cargoso reseñado enerva el descargo del acusado, el cual luce inverosímil en tanto alegó que simplemente estaba "tirando piedras en cualquier dirección" y que justo en ese momento alguna de las piedras arrojadas habría impactado al damnificado.

Véase además, que tal como señaló el juez a quo, nada lleva a sostener que el damnificado se hubiera pronunciado en forma mendaz con el solo ánimo de involucrar a D. en un hecho ilícito antojadizamente, ni que se "haya sugestionado con el entorno", como aduce la asistencia técnica.

Ahora bien, toda vez que la calificación legal asignada al hecho en cuestión puede tener incidencia sobre la libertad del acusado, corresponde abocarnos a su tratamiento.

Sin embargo, los agravios de la defensa no habrán de tener acogida favorable. En efecto, comparto con el juez instructor que el imputado ejerció violencia sobre la víctima al arrojarle una piedra a la víctima en la espalda y de ese modo intimidarlo para que le entregara la bicicleta.

Nótese que la agresión con aquella piedra, cometida instantes previos a requerirle, de manera imperativa, la bicicleta, tuvo como finalidad intimidar a la víctima y quebrantar su resistencia, para de ese modo intentar consumar el hecho. Así, en tanto la violencia puede tener lugar antes del robo para facilitarlo, durante su desarrollo o después de cometido para procurar su impunidad, la calificación asignada aparece adecuada.

Resta mencionar que, más allá de que no se ha secuestrado la piedra en cuestión, puede deducirse que del modo en que esta fue empleada, basta para dar por satisfechos los extremos que exige la figura contenida en el artículo 166, inciso 2° primer párrafo, del Cód. Procesal.

La doctora *Laíño* dijo:

1°) Comparto la valoración de los elementos de juicio realizada por mi colega en el voto que antecede, pues son suficientes para homologar el procesamiento de A. G. D., el cual se encuentra exento de toda tacha de arbitrariedad (art. 123 CPPN).

2°) En cuanto a la calificación del suceso atribuido al nombrado, también adhiero a lo expresado por el juez Lucero en relación a la existencia del elemento contundente y su utilización en el intento de sustracción.

En lo que concierne a la calificación justamente, de robo con armas (art. 166, inciso 2°, CP) me remito, en honor a la brevedad, a mi voto en la causa N° 40124/18 "Arias, Luciano M." rta.: 10/08/2018, en donde sostuve que para su configuración no se requiere una capacidad ofensiva determinada, basta que el arma tenga el poder suficiente para poder lesionar a la persona contra la que se comete este delito contra la propiedad. De lo expuesto se deduce que la razón de esta agravante no es la intimidación que sufre la víctima sino el mayor poder vulnerante que con el uso del arma —propia o impropia— tiene el agente para lograr el apoderamiento de cosas muebles ajenas, pues con ello le provoca al sujeto pasivo —independientemente de que este se sienta intimidado o no— un mayor peligro para su vida o para su integridad física.

En este contexto, considero que una piedra, que si bien no fue secuestrada en autos, es un objeto con un poder lesivo y fue utilizado por el agresor como un arma, ya que la empleó como medio para atacar a la víctima e incluso poner en riesgo su integridad. Ello conduce a otorgarle la calidad de "arma" a la que se refiere la norma, por tanto, agrava la calificación de base. Tal es mi voto.

III. En consecuencia, y sin perjuicio de que en el eventual juicio se discutirán con mayor precisión los cuestionamientos brindados por la defensa en torno a la calificación que en definitiva corresponda (artículo 401 del CPPN), el tribunal resuelve: Confirmar el auto del 1° de noviembre pasado, en todo cuanto fuera materia de recurso. Se deja constancia que el juez Jorge Luis Rimondi no interviene en la presente por hallarse cumpliendo funciones en la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de esta ciudad. Asimismo, que la jueza Magdalena Laiño interviene como subrogante de la vocalía N° 14, mientras que el juez Mariano Scotto —subrogante de la vocalía N° 5— no interviene en la presente por hallarse cumpliendo funciones en la Sala VII del tribunal y por haber logrado mayoría con el voto de los suscriptos. Asimismo, que en función de la emergencia sanitaria dispuesta por el DNU 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, las prórrogas del aislamiento social obligatorio establecidas por Decretos N° 325, 355 408, 459, 493,520, 576, 605, 641, 677, 714, 754, 792 y 814/2020 y el distanciamiento social, preventivo y obligatorio por Decretos N° 875/2020, 956/2020, 1033/2020, 4/2021, 67/2021, 125/2021, 168/2021, 235/2021, 241/2021, 287/2021, 334/2021, 381/2021, 411/2021, 455/2021, 494/2021 y 678/2021 del Poder Ejecutivo y Acordadas 4, 6, 10, 12, 13, 14, 16, 18, 25 y 27/2020 de la CSJN, se registra la presente resolución en el Sistema Lex 100 mediante firma electrónica. Notifíquese mediante cédulas electrónicas —Acordada 38/2013— y comuníquese al juzgado de origen mediante DEO. Devuélvase con pase digital y sirva la presente nota de envío. *— Pablo G. Lucero. — Magdalena Laiño.*

El que esté libre de pecado, que tire la primera piedra

Esteban Jorge Manuel Bagur

Sumario: I. Objetivo.— II. Los hechos y resoluciones judiciales.— III. El delito de "robo con armas".— IV. La interpretación de la Sala.— V. Conclusión.

I. Objetivo

Este trabajo pretende realizar algunas consideraciones críticas con relación al alcance dado al concepto de "arma impropia" en la resolución de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional **(1)** en el marco de la causa 48500/2021/CA2, caratulada "D., A. G. s/ procesamiento", dictada el 19 de noviembre de 2021.

Para tal fin, se expondrán primero los hechos y la interpretación efectuada por la Sala acerca de la posibilidad de entender a una "piedra" como un "arma impropia", en los términos del art. 166, inciso 2, primer párrafo, primera parte **(2)** del Cód. Penal argentino.

A continuación, sintetizaré la postura doctrinaria del concepto de "arma" que entiende que quedan allí comprendidas tanto las llamadas "armas propias" como las "impropias". A pesar de no compartir dicha concepción, mi análisis partirá desde esta, asumiendo su preeminencia en la doctrina y jurisprudencia, para así poder hacer distintas apreciaciones acerca de la extensión que —en el caso— se le dio.

Por último, de conformidad con dichas observaciones, brindaré una reflexión personal que se enfatiza el hecho de que el hacer uso de esta construcción doctrinaria exige al intérprete un esfuerzo especial en la demostración de que el objeto respectivo, en el caso en particular, puede ser alcanzado por el citado tipo penal del art. 166, inciso 2, primer párrafo, primera parte del Cód. Penal argentino.

II. Los hechos y resoluciones judiciales

Tal como se anticipó, el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional aborda la discusión dogmática que rodea al art. 166, inciso 2, primer párrafo, primera parte del Cód. Penal argentino.

Los hechos del caso sobre los que resuelve el tribunal son los siguientes: el día 29 de octubre de 2021, en horas de la noche, el imputado habría intentado sustraerle una bicicleta a otra persona que se encontraba trabajando como repartidor de comida. Para ello, le habría arrojado una piedra, que habría impactado a la altura de la espalda, mientras que le habría exclamado, de manera intimidante, "Dame la bici". Sin embargo, la víctima logró retirarse rápidamente del lugar e ingresar a un comercio, desde donde llamó a la policía, que, finalmente, detuvo al sujeto en cuestión, sin quedar secuestrada la piedra.

En primera instancia, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Nro. 19 lo procesó por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con armas en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 166, inc. 2º del Cód. Penal de la Nación).

(1) CNCrim. y Correcc., Sala I, integrada en la ocasión por los jueces Pablo Guillermo Lucero y Magdalena Laiño, caratulada "D., A. G. s/ procesamiento", causa n° 48500/2021/CA2, 19/11/2021.

(2) El art. 166, inc. 2°, primer párrafo, primera parte del Cód. Penal, establece que se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años: "Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda".

Frente a esa decisión, la defensa interpuso un recurso de apelación en el que, por un lado, invocaba una distinta versión de los hechos, según la cual, como surge del descargo del acusado, este simplemente habría estado "tirando piedras en cualquier dirección" y que dio la casualidad de que una golpeó al damnificado, y, por otro lado, alegaba que la calificación asignada al hecho era errónea.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ratificó la resolución de primera instancia, dando por ciertos —con los alcances previstos por el art. 306 del Cód. Proc. Penal— los hechos declarados por la presunta víctima que, a su vez, fueron reafirmados por la declaración del personal policial interviniente, y, tal como se desarrollará, confirmó la calificación legal asignada.

III. El delito de "robo con armas"

El tipo penal de "robo", receptado en el art. 164 **(3)** del Cód. Penal, refiere a la apropiación ilegítima de una cosa mueble, total o parcialmente ajena. Se trata, en rigor, de una figura calificada del "hurto" —art. 162 **(4)** del Cód. Penal— que exige como referencia de modo que la acción se lleve a cabo "con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas", lo que justifica la elevación de la escala penal, que es de un mes a dos años de prisión en el hurto, y de a un mes a seis años de prisión en el robo.

Se puede ejercer "fuerza en las cosas o violencia física en las personas", tanto por propia mano del sujeto activo, como a través del uso de herramientas —por ejemplo, usar una tijera para cortar una cadena—. La diferencia reside en la concreta decisión del legislador de agravar ciertos casos en los que se den formas particulares de dicho ejercicio, como lo es el uso de un "arma".

Allí es donde aparece, entre otros, el art. 166, inciso 2, primer párrafo, primera parte del Cód. Penal que agrava el tipo penal para cuando el robo "(...) se cometiere con armas (...)". El fundamento de la agravante consiste en "[e]l mayor poder intimidante que se ejerce sobre la víctima al esgrimir un arma, lo que disminuye sus posibilidades de defensa [y] [e]l mayor peligro que constituye para la vida o para la integridad física del sujeto pasivo la utilización de un arma por parte del agente" **(5)**.

Con relación al alcance del concepto de "arma" existen, en términos generales, dos posturas. La mayoritaria, que entiende que el concepto de "arma" alcanza tanto a las "armas propias" como las "impropias", y la minoritaria que lo circunscribe exclusivamente a las "armas propias".

La postura mayoritaria se puede resumir en que "arma es tanto el objeto destinado a la defensa u ofensa (arma propia), como el que, eventualmente, por su poder ofensivo, puede utilizarse con ese fin (arma impropia)" **(6)**.

Este concepto de "armas impropias" siempre ha estado en tensión con un principio que la doctrina considera derivado del mandato constitucional de legalidad —la máxima taxatividad interpretativa— el cual, ante una dudosa interpretación normativa, le presenta dos posibilidades al juez: "declarar la inconstitucionalidad de la ley; o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa y entender el texto en la forma más restrictiva de poder punitivo posible" **(7)**.

En razón de la extensión que se propone este trabajo, no nos detendremos en la importan-

(3) El art. 164 del Cód. Penal establece que: "Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad".

(4) El art. 162 del Cód. Penal establece que: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena".

(5) VISMARA, Santiago, "Nuevo régimen del delito de robo con armas", LA LEY, 2004-D, 1080, 28/05/2004.

(6) CNCas. en lo Criminal y Correccional, Sala III, caratulada "Zambrano Joriati, Mariano José s/ robo", causa n° 25.074/2009/TO3/CNC1, voto del juez Carlos A. Mahiques, 02/09/2015

(7) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Ediar, 2017, parte general, 2ª ed., 10° reimp., p. 106.

te discusión acerca de su inconstitucionalidad, pero se invita al lector a examinar fallos tales como "Caldas Castillo, Víctor s/ recurso de casación" **(8)**, de la Sala IV de la por entonces denominada Cámara Nacional de Casación Penal —hoy Cámara Federal de Casación Penal—, en especial el voto del juez Augusto M. Diez Ojeda, o el recaído en la causa caratulada "Barrios Gómez, Pedro Adrián s/ recurso de casación" **(9)**, de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, entre otros que han sabido dar importantes argumentos en relación a ello.

Lo que sí nos interesa en este trabajo, es analizar la forma en que, en el caso, la Sala ha concluido que la piedra empleada constituyó un "arma impropia", teniendo en consideración la segunda posibilidad de interpretación antes referida.

IV. La interpretación de la Sala

La Sala I ha seguido la concepción doctrinaria que admite extender el alcance del concepto de "arma" a las llamadas "armas impropias", quedando comprendida allí la piedra arrojada contra el damnificado, la cual, de acuerdo con el voto de la jueza Laiño, debe tener "el poder suficiente para poder lesionar a la persona contra la que se comete este delito contra la propiedad" en tanto así confiere un "mayor poder vulnerante (...) para lograr el apoderamiento de cosas muebles ajenas".

En este sentido, el fallo no es novedoso, pues adhiere a la postura mayoritaria, tal como dijéramos antes.

Ahora bien, en general, puede advertirse que cuando se ha seguido esta concepción se ha buscado realizar un especial énfasis tanto en las características vulnerantes del objeto en cuestión como en la forma en que fue utilizado para poder concluir que se trataba de un arma, aunque "impropia".

Así, por ejemplo, en el fallo "D., M. Á. y otro s/ recurso de casación", se entendió a una tijera como un "arma impropia", pero para categorizarla así, se detalló que contaba "con dos hojas metálicas de seis centímetros de largo", y que además fue "colocada en una zona vital del organismo como es el cuello, con su importante red sanguíneo-linfática, en la que destacan la arteria carótida y la vena yugular externa" **(10)**.

Un similar detalle puede verse en el fallo "A., L. M. s/ procesamiento" **(11)**, de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, donde para justificar la calificación de un trozo metálico como "arma impropia" se realizó una clara descripción sobre sus características, diciendo que era "un trozo metálico de forma cilíndrica de aproximadamente 30 cm de largo, teniendo en uno de sus extremos la punta aplastada".

Es interesante destacar que, en esa causa, intervino también la jueza Laiño, quien en aquella oportunidad afirmó que "tanto el poder ofensivo del arma, como la intimidación que esta genera en la víctima (...) son elementos a tener en cuenta a efectos de aplicar o no la calificante, y que no deben ser estudiados de modo excluyente, sino por el contrario, *evaluados en forma conjunta*" **(12)** (la cursiva me pertenece).

Por último y de suma relevancia para lo aquí examinado, vale traer a colación dos fallos que van en el mismo sentido, pero que, en particular, versaron sobre elementos similares al del caso aquí analizado.

En primer lugar, en el fallo "Alí, Fernando Ezequiel s/ recurso de casación" **(13)**, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal conside-

(8) CNCas. en lo Criminal y Correccional, Sala IV, caratulada "Caldas Castillo, Víctor s/ recurso de casación", causa n° 8.235/2009, 18/05/2009.

(9) CNCas. en lo Criminal y Correccional, Sala II, caratulada "Barrios Gómez, Pedro Adrián s/ recurso de casación", causa n° 57.242/2018, 05/02/2020.

(10) CNCas. en lo Criminal y Correccional, Sala II, caratulada "D., M., Á., y otro s/recurso de casación", causa n° 953/2016, 29/11/2016.

(11) CNCrim. y Correcc., Sala VI, caratulada "A., L. M. s/ procesamiento", causa n° 40.124/2018/CA2, 10/08/2018.

(12) CNCrim. y Correcc., Sala VI, caratulada "A., L. M. s/ procesamiento", causa n° 40.124/2018/CA2, 10/08/2018.

(13) CFed. de Cas. Penal, Sala III, caratulada "Alí, Fernando Ezequiel s/ recurso de Casación", causa n° 210/2013, 12/09/2013.

ró como "arma impropia" a un trozo de baldosa, para lo cual hizo alusión —específicamente— a que este "le provocó un corte en el cuero cabelludo" a la víctima, y que "a raíz del impacto de dicho elemento esta cayó al piso desvanecida".

Asimismo, en el fallo "C., C. A. s/ robo agravado" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional **(14)**, para justificar que una piedra era un "arma impropia", se pormenorizó en que se trataba de "una piedra de trece centímetros por siete centímetros [de] un peso aproximado de 0,25 kilogramos de material a simple vista hormigón [...] con poder cierto e inminente para ocasionar lesiones, al aumentar el poder de agresión, en el caso de ser utilizado como elemento contundente".

A diferencia de estos antecedentes, en el fallo aquí comentado, hay muy pocos argumentos para sostener, fundadamente, que se trataba de un objeto con la capacidad vulnerante aludida.

En el voto del juez Lucero no se alude a mayor prueba que al relato del damnificado, el cual ni siquiera había podido ser corroborado por el personal policial interviniente, y así se concluyó que "más allá de que no se ha secuestrado la piedra en cuestión, puede deducirse que del modo en que esta fue empleada, basta para dar por satisfechos los extremos que exige la figura contenida en el art. 166, inciso 2° primer párrafo, del Código Penal", para luego agregar que habría tenido como "finalidad intimidar a la víctima y quebrantar su resistencia".

En el mismo sentido, en el voto de la jueza Laiño se consideró que, si bien la piedra "no fue secuestrada en autos, es un objeto con un poder lesivo y fue utilizado por el agresor como un arma, ya que la empleó como medio para atacar a la víctima e incluso poner en riesgo su integridad".

Lo cierto es que, en principio, en ninguno de estos votos pareciera posible encontrar una explicación clara acerca de cómo, a pesar de no haber sido secuestrada, la piedra tuvo, en el caso, las características necesarias para ser considerada como un arma impropia. Tal como se ha apuntado anteriormente, la propia jueza Laiño, en otro proceso, mencionó el deber de evaluar en forma conjunta el mayor poder ofensivo junto con la intimidación causada a la víctima, pero del fallo no surge en ningún momento qué hizo que se considere a esta piedra como un instrumento con dicho poder ofensivo, ya sea refiriendo al poder del objeto en sí o a la gravedad de los daños que habría causado. No hay, en el caso, nada semejante al "corte en el cuero cabelludo" aludido en uno de los fallos citados, o alguna referencia específica al tamaño, al filo o al volumen, tal como se había detallado con la tijera, el trozo metálico, el trozo de baldosa y hasta con aquella piedra de los precedentes antes reseñados.

En ese sentido, es de notable relevancia el hecho de que esta ni siquiera se haya secuestrado, ya que esto no solo le dificulta al juez hacer una correcta valoración de los hechos, sino que, peor aún, vulnera el derecho de la defensa a cuestionar que dicha piedra pueda ser considerada como un arma, en tanto no tiene más argumento a rebatir que la vaga asimilación de la piedra a un elemento de verdadera contundencia, como si no fuera la piedra —en abstracto— un elemento de la naturaleza con muchas variedades de tamaños posibles —alcanza con caminar algunos minutos por cualquier ciudad para poder visibilizar la multiplicidad de piedras posibles—. A lo que podríamos sumarle la propia definición que da la Real Academia Española **(15)** de piedra, que en ninguna de sus 10 acepciones posibles sugiere un tamaño normal o estándar. Esto demuestra que no cualquier piedra es apta para causar un daño.

Para finalizar, no quiero dejar de hacer un nuevo llamado de atención que me surge de la lectura de esta resolución. Esto es que la falta de precisión en la descripción de la piedra —en comparación con los otros fallos aquí citados— sumada a la falta de secuestro, también podría significar una posible afectación al principio *in dubio pro reo*, el cual implica que "la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce

(14) CNCrim. y Correcc., Sala Feria B, caratulada "C., C. A. s/ procesamiento, causa n° 79.301/2018, 08/01/2019.

(15) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2001, 22ª ed.

a la absolución" **(16)**. De otro modo: en tanto no se demostró la concurrencia de los elementos necesarios que permitan hablar con certeza de una piedra con "el poder suficiente para poder lesionar a la persona contra la que se comete este delito contra la propiedad", se genera una duda razonable que debe entenderse en favor del imputado, tornando aún menos aplicable dicho criterio.

V. Conclusión

En síntesis, más allá de la dudosa constitucionalidad del concepto de "armas impropias", lo que este comentario me lleva a concluir es que quienes opten por seguir la postura que las incluye en el art. 166, inc. 2°, primer párrafo, del Cód. Penal, no debieran olvidar los demás principios que rigen en el derecho penal, que implican limitar de un modo racional la asimilación de un instrumento que no fuere específicamente creado para atacar o defender a un arma.

Es sobre ese punto en particular que la sentencia bajo examen se encuentra en conflicto, ya que termina afirmándose sobre postulados más bien teóricos, pero que no se correlacionan suficientemente con los extremos fácticos, produciendo ello no solo una afectación al principio de legalidad, sino, además, al principio de inocencia y su derivado del principio *in dubio pro reo* y hasta una posible vulneración del derecho de defensa.

La figura agravada del robo con armas fue una específica decisión del legislador de endurecer el monto de la pena por la utilización de un "arma", y no así de cualquier objeto, ya que, para la amplitud de posibilidades de ejercer violencia, está la figura del robo simple, que no lo limita en razón de algún instrumento. Esto permite pensar que una interpretación contraria pueda significar el vaciamiento de la figura del art. 164.

Por lo tanto, a fin de evitar este riesgo, quien pretenda sostener dicha interpretación, incluso llevándola al punto de entender que una piedra en determinadas situaciones pueda ser considerada un arma en los términos de las armas impropias, se encuentra con una ardua tarea interpretativa, que le exige realizar un mayor esfuerzo explicativo sobre cómo es que esta ha importado para el sujeto activo un mayor poder ofensivo e intimidante, ya sea por su tamaño, su peso, su filo, daños producidos en el damnificado, entre otras circunstancias que así puedan probarlo.

(16) MAIER, Julio B. J., "Derecho procesal penal", Fundamentos constitucionales del procedimiento, Buenos Aires, Ed. Editores del Puerto, 2004, 2ª ed., p. 495.

HOMICIDIO DE HIJO RECIÉN NACIDO

Conductas omisivas. Falta de atención para su supervivencia. Contexto laboral. Estado de necesidad exculpante. Rechazo. Circunstancias extraordinarias de atenuación. Procedencia.

Con nota de María Lourdes Coll

1. — La conducta omisiva que se le reprocha a la imputada consiste en no haberle brindado los cuidados necesarios a su hija para impedir su muerte por hemorragia masiva a través del cordón umbilical. Resulta claro que el deceso de la recién nacida se hubiera evitado si la encartada actuaba de la misma manera que lo hizo para con su persona, pues luego de recuperarse del desvanecimiento y recobrar la conciencia, le solicitó a su hija un cuchillo, se cortó el cordón y le pidió a la niña que se lo atara con un hilo para no morir desangrada. Resulta inexplicable que no haya obrado de la misma manera con la recién nacida.

2. — La circunstancia de haber parido a su quinto hijo descarta una posible inexperiencia de la imputada al respecto, al menos en cuestiones básicas. En su caso también debe reprocharse no haber requerido auxilio médico de forma personal o a través de sus hijas, si la situación se le hubiera tornado inmanejable.

3. — La mujer alegó que luego de dar a luz fue a la cama, despidió la placenta y se quedó dormida hasta las cinco de la mañana. No pudo explicar razones por las que sin conocimiento médico alguno, decidió considerar muerta a su hija, sin ni siquiera intentar brindarle algún tipo de asistencia. Y aún ya muerta enterrar a su hija en el fondo del patio, previo a dejarla durante horas dentro de una bolsa en el baño de la casa.

4. — Sin desconocer las extensas jornadas laborales de la imputada, ese contexto no se puede configurar como una de las justificaciones de su obrar omisivo para con su hija recién nacida.

5. — Cuando se menciona el estado de necesidad exculpante —art. 34, inc. 2 del Cód. Penal— se habla de casos en que no puede exigírsele al agente una conducta distinta al injusto, que puede proceder por falta de comprensión de la antijuridicidad o de la adecuación de la conducta a esa comprensión.

6. — Las vivencias cotidianas de la imputada, sumado a lo manifestado por algunos testigos en el debate, dan cuenta de una dura historia de vida, en donde el denominador común resultó el abandono a su suerte de la procesada por parte de sus exparejas, madre de cuatro hijos de padres ausentes, sorprendida por un nuevo embarazo, lo que la llevó a trabajar durante largas y agotadoras jornadas para el sustento familiar, todo lo cual dan el marco que requiere la figura atenuada. La inminencia del parto, el alumbramiento sin asistencia, los dolores, el cansancio extremo, el temor por su estabilidad laboral han limitado su capacidad de razonamiento, llevándola a obrar de la manera que lo hizo.

TCrim. Nro. 3, Bahía Blanca, 19/02/2020. - R., R. E. por homicidio agravado por el vínculo - en Argerich (Ptdo. de Villarino) Denunciante: Comisaria primera de Villarino.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/18946/2020]

Expediente N° 32

Bahía Blanca, febrero 19 de 2020.

1ª ¿Está acreditada la existencia de los hechos materia de acusación, en su exteriorización material? 2ª ¿Se encuentra acreditado que la encausada R. E. R., resulta autora de los hechos descriptos al tratar la primera cuestión? 3ª ¿Concurren eximentes? 4ª ¿Concurren atenuantes? 5ª ¿Concurren agravantes?

1ª cuestión. — La doctora *Castaño* dijo:

Que al momento de formular su alegato el fiscal de juicio consideró acreditados los hechos traídos a juicio, esto es que en horas de la noche, entre el día 18 y 19 de mayo del año 2005, en el interior de la vivienda ubicada en la calle ..., Partido de Villarino, a sabiendas y con intención, se ocasionó el deceso de una recién nacida, que fuera dada a luz con vida y en término, es decir, luego de habérsela gestado durante aproximadamente nueve meses de embarazo el cual se mantuvo oculto, dándosele muerte mediante conductas omisivas configuradas por la falta de prestación de los cuidados necesarios para evitar su óbito por shock hipovolémico por hemorragia a través del cordón umbilical, según lo consignado en el informe médico de autopsia de fs. 18/22 y, ulteriormente, se introdujo el cuerpo sin vida de la recién nacida en una bolsa de nylon negra, enterrando el mismo durante la jornada siguiente en el patio de la referida finca.

Sostuvo que la imputada ocultó su embarazo tanto a nivel familiar, social y laboral, que cursó el mismo hasta el día que dio a luz. Que tuvo un plan premeditado para su ocultamiento, que culminó con el entierro del bebé en el fondo del patio. Que la justificación

que brindó la acusada en la audiencia del art. 308 del CPP no resulta creíble. Consideró que tuvo un plan para deshacerse de la criatura. Que hay prueba que apoya su tesitura, esto es la autopsia, su ampliación y la declaración del médico T. Que el supuesto desmayo surge únicamente de los dichos de la procesada, no habiendo prueba de ello.

En subsidio, considerando las conclusiones de la pericia psiquiátrica-psicológica, el Dr. Viego peticionó la aplicación de la figura atenuada contemplada en el art. 80 del CP.

Por su parte la defensa criticó la descripción del hecho imputado por del ministerio público fiscal pues endilgó haberle dado muerte a la recién nacida a sabiendas y con intención, mediante conductas omisivas, no brindando la debida atención. Centró la falla en que en la plataforma fáctica no se hizo referencia a cuáles serían los cuidados necesarios que omitió realizar su asistida. Que los tipos omisivos requieren la exteriorización de una conducta distinta a la ordenada y la efectiva posibilidad de realizarla. Que en el presente caso R. perdió la consciencia por el desmayo, lo cual le impidió desarrollar la conducta esperada, resultando atípica. Que no se puede exigir lo imposible. Agregó la Dra. Vannini que debido al desvanecimiento, R. tuvo una ausencia de capacidad para poder realizar la conducta ordenada. Que ello se deriva de las conclusiones de la pericia psiquiátrica, las que a su juicio acreditan que la procesada fue incapaz de evitar el resultado, por incapacidad física y psíquica, por su historia de vida, el cansancio debido a jornadas de trabajo inhumanas.

Reflexionó la Dra. Vannini que en todo caso existió omisión del Estado para con ella y la recién nacida, por las condiciones de vida que llevaba, también sobre la inexistencia de tutela laboral para mujeres embarazadas, que R. no podía realizarse los controles de embarazo pues ello le representaba faltar a su trabajo y no cobrar por dicha jornada. Que se encontraba en un contexto de vulnerabilidad económica y social, y si hacía ostensible su embarazo probablemente fuera despedida, que sus anteriores parejas no se hicieron cargo de sus hijos. Dijo que la imputada se vio obligada por las circunstancias a ocultar su embarazo. Que hoy el Estado no puede reclamarle que no le brindó atención a su hija.

Comenzó la rueda de testigos con el funcionario policial M. J. K., quien en ese momento prestaba servicio en Médanos. Dijo que recibieron la novedad por parte de una psicóloga que se encontraba atendiendo a una menor de edad, quien le había informado sobre una situación acontecida en su casa. Que aparentemente la madre había dado a luz a una criatura y que ese bebé estaría muerto.

Se iniciaron actuaciones con la fiscalía y le tomaron declaración a la menor. Que se ordenó un allanamiento en la vivienda de Argerich, hallando el cuerpo sin vida de un recién nacido. Que recabaron información de los vecinos y ninguno de ellos sabía que la mujer cursaba un embarazo.

Luego declaró la licenciada en psicología P. F. Refirió que atendía profesionalmente a la menor V., quien vino derivada del Servicio Local porque presentaba sintomatología en la escuela que motivó la consulta, la notaban distraída, se alejaba de su casa.

En relación a este hecho, la nena la llamó por teléfono y le contó que había presenciado una escena en su casa, donde su mamá gritaba en el baño, que vio y escuchó cuando tenía al bebé. Que su amigo J. L. también había visto parte de la escena. Que lo que V. le manifestaba conmocionada era que la beba estaba allí, que había visto sangre y todo aquello que implica un parto natural en una casa. Supo que se ordenó un allanamiento en la vivienda de Argerich.

Dijo la profesional que el relato de la menor le resultaba creíble, no fabulado, por eso lo comunicó a la comisaría. Que finalmente encontraron al bebé enterrado en el patio. Agregó que de acuerdo al relato de la niña, como profesional consideró que había menores en riesgo, por lo cual lo puso en conocimiento de la policía. Que el caso ameritaba —eventualmente— romper el secreto profesional porque había menores de edad en situación de vulnerabilidad y desprotección. Que cuando la niña la llamó ya habían pasado algunas horas del hecho.

A continuación declaró J. L. G., quien en ese momento era amigo de V. Dijo que la niña fue a su casa y le contó muy nerviosa lo que había pasado. Que "supuestamente era un feto o algo así" mencionó. Que V. le mostró una bolsa en cuyo interior había ropa sucia manchada con sangre y el cuerpo de la bebé muerta, en el baño de la casa. Que fueron a Médanos y llamaron a la psicóloga que atendía a su amiga y les dijo que fueran a la comisaría a contarlo. En cuanto al hecho en sí, V. le dijo que el día anterior había escuchado ruidos en el baño, aunque no se expresaba claramente, daba a entender que era un feto, agregando el testigo "yo creo que los fetos no lloran". Que cuando le mostró la bolsa, la madre no se encontraba en la casa. Que luego de este episodio no vio a V. hasta unos meses después, estaba viviendo en la casa de una tía, aunque ya no hablaron mucho del tema. Que él no sabía que R. estaba embarazada, y piensa que V. tampoco. Que su madre es compañera de trabajo de R., en el frigorífico.

T. A. C., madre del anterior dijo conocer a R. desde pequeña, pues ambas vivían en el mismo pueblo. Que trabajaban juntas en el frigorífico de pollos, lla-

mado G. Que su hijo le comentó que V. decía que su madre había tenido un bebé y que estaba envuelto en el baño. Que recuerda que R. esa mañana faltó al trabajo, presentándose recién a la tarde. Que nadie sabía que estaba embarazada, salvo otra compañera que sospechaba, pues insistía en que la veía demacrada. Que el día anterior trabajó normalmente, salieron del frigorífico y sus hijos las fueron a buscar. Que se iban riendo, caminando hacia sus hogares, aunque ella lo hacía más despacio. Que la distancia que recorrieron desde el trabajo a sus casas fue de unas siete cuadras.

También declararon dos vecinas de la imputada. E. P. y N. P. Ambas tienen muy buen concepto de su vecina, a quien conocen desde chica. Ninguna de ellas sabía que la imputada se encontraba embarazada y confirmaron que la mujer trabajaba en la G., muchas horas al día.

Hasta aquí la declaración de los testigos que acudieron al debate, algunos de los cuales estuvieron con ella el mismo día y el siguiente al parto.

Adelanto que, del análisis armónico de los elementos de prueba, la hipótesis final de la defensa no puede sostenerse válidamente. Y ello porque al momento de prestar declaración en la instrucción, la imputada sostuvo una versión de los hechos que difiere a la planteada por su defensa en su alegato de cierre.

La versión de R. no respalda la hipótesis de su defensa, pues de los dichos de la procesada a los que luego me referiré, se deduce que no actuó porque creyó que la recién nacida estaba muerta —expresó fría y sin vida— cuando su defensora sostuvo que R. no tuvo capacidad psíquica para llevar adelante las conductas debidas.

Voy a detenerme en la declaración de R. R. Dijo a fs. 106/110 que luego de la jornada laboral, llegó a su casa, se sentía muy cansada, le pidió a su hija que fuera a comprar algo para comer y se recostó en la cama. Que a las 23:30 horas de la noche se despertó por los fuertes dolores que tenía, fue corriendo al baño y sufrió dos intensas contracciones de parto, que expulsó al bebé, llamó a los gritos a sus hijas para que la ayudaran y que cuando los vio corriendo y asustados, sufrió un desmayo. Sin saber el tiempo que permaneció desvanecida, al despertar su hija la observaba y le decía que no se muriera. Que al levantarse vio el cordón tirado en el piso, y preguntó dónde estaba el bebé. Que le pidió un cuchillo a su hija y se cortó el cordón umbilical. Que le dijo a una de las nenas que la atara porque "me iba a ir en sangre". Que alzó al bebé, sintió que estaba frío y sin vida, que antes estaba en el interior del inodoro. Que lo recogió, lo envolvió en un saco, su hija la tomó de su brazo y la llevó hasta la cama donde se acostó. Que sufrió más contracciones y despidió la placenta. Que se quedó dormida hasta las 5:00 horas de la mañana y despertó bañada en sangre.

Más adelante reiteró que cuando se despertó de su desmayo una de sus hijas lloraba, que se levantó del inodoro, vio que le colgaba el cordón. Que le pidió que la ayudara a atarlo porque le salía mucha sangre y una de las nenas se lo ató con un hilo.

La conducta omisiva que se le reprocha a R. R. consiste en no haberle brindado los cuidados necesarios a su hija para impedir su muerte por hemorragia masiva a través del cordón umbilical. Resulta claro que el deceso de la recién nacida se hubiera evitado si R. actuaba de la misma manera que lo hizo para con su persona. Y es allí donde entiendo que tuvo la concreta posibilidad de hacerlo, pues luego de recuperarse del desvanecimiento y recobrar la conciencia, le solicitó a su hija un cuchillo, se cortó el cordón y le pidió a la niña que se lo atara con un hilo para no morir desangrada. Resulta inexplicable que no haya obrado de la misma manera con la recién nacida.

Es inatendible el argumento de la defensa, de que R. no sabía cómo actuar en la ocasión, que su estado psíquico le impidió realizar la conducta ordenada, que le estamos exigiendo lo imposible. Es mi criterio que a R. no se le está exigiendo aquello que no podía realizar o estaba fuera de sus posibilidades, sino simplemente se le recrimina no haber obrado de la misma manera que lo hizo para preservar su salud, pues era plenamente consciente de las consecuencias de no anudar el cordón. Reitero inexplicablemente no actuó de la misma manera con su hija recién nacida. Evitó desangrarse ella, se despreocupó por la situación de la recién nacida.

Tampoco es razonable el argumento de que sintió que la beba estaba fría y sin vida. La autopsia y la declaración del médico José Toubes indican lo contrario. La causal del óbito fue un shock hipovolémico por hemorragia, por lo cual no hay dudas de que la criatura nació con vida y fue perdiendo sangre a través de su cordón hasta fallecer. Que su sobrevida no fue mayor a dos horas —fs. 141— deduciéndose que no murió de inmediato. Que R. ya era madre de cuatro hijos, que transitó cuatro embarazos previos y tuvo la experiencia de cuatro partos, más allá del lugar y las condiciones de alumbramiento. Dijo la imputada en su declaración que desde el primer momento supo que estaba embarazada de la menor fallecida.

Reitero que debe descartarse el argumento de la Dra. Vannini de que a R. se le exigen conocimientos que no tenía porque poseer, lo que resulta contradictorio con los dichos de R., pues le pidió a su hija que

anudara el cordón que tenía unido a la placenta aún no expulsada, para evitar su muerte.

También la defensa cuestionó la falta de determinación de la imputación formulada, pues considera que debieron indicarse todas las conductas que R. omitió cumplir para evitar el desenlace. Entiendo que ello significaría obligar a la acusación a describir un abanico de actos pasibles de ser incluidos en lo que la lógica y experiencia entiende como cuidados necesarios e indispensables. En nuestro caso no hay duda alguna que el reproche formulado a R. es claramente no haber evitado que su hija se desangrara. La circunstancia de haber parido a su quinto hijo descarta una posible inexperiencia de R. al respecto, al menos en cuestiones básicas. En su caso también debe reprocharse no haber requerido auxilio médico de forma personal o a través de sus hijas, si la situación se le hubiera tornado inmanejable.

La mujer alegó que luego de dar a luz fue a la cama, despidió la placenta y se quedó dormida hasta las cinco de la mañana. No pudo explicar en aquella oportunidad —pues en el debate no declaró— las razones por las que sin conocimiento médico alguno, decidió considerar muerta a su hija, sin ni siquiera intentar brindarle algún tipo de asistencia. Y aún ya muerta enterrar a su hija en el fondo del patio, previo a dejarla durante horas dentro de una bolsa en el baño de la casa.

En cuanto a las condiciones laborales que se mencionan en el alegato como una de las razones de deterioro psicofísico, debo decir que no se advierten como extremas ni determinantes para justificar la conducta. La propia imputada manifestó que ese día fue a trabajar como siempre, y que faltaron dos compañeros suyos por lo cual el trabajo iba a ser mayor, pues había que faenar muchos pollos. Que por esta razón ese día se puso a faenar pues su labor consiste por lo general en "trabajos de oficina y entre papeles".

Por su parte el testigo F. A. la consideró excelente empleada, muy trabajadora y responsable. En tanto su vecina T. C., también compañera de trabajo dijo que R. "nos encaminaba, era como capataz, muy buena compañera", teniendo el mejor de los conceptos de ella y que por dichas labores, más allá del extenso horario todos ganaban muy bien.

Sin desconocer las extensas jornadas laborales en la G., no solo de R. R. sino también de la testigo y vecina C. y del resto de los empleados del frigorífico, no puedo deducir que ese contexto laboral se configure como una de las justificaciones de su obrar omisivo aquella noche, tal como lo sostuvo la defensora.

Por último, las conclusiones del informe pericial, donde consta textualmente que "es muy probable que se viera afectada la capacidad sin anularla, de apreciar adecuadamente la situación que vivenciaba y dirigir su conducta en base a esa comprensión", a la luz de lo declarado detalladamente por la imputada, y los demás elementos de prueba recientemente valorados, no permiten fundamentar el planteo de atipicidad por incapacidad psíquica de R., tampoco un obrar culposo deslizado. Eventualmente deberá ser materia de exhaustivo análisis al momento de analizar la petición subsidiaria del fiscal, consistente en encuadrar los hechos en la hipótesis atenuada.

Por todo lo expuesto tengo por acreditada la materialidad ilícita enrostrada por el fiscal, descartando la atipicidad y el obrar culposo solicitados por la defensa. Siendo ello mi sincera y razonada convicción, doy mi voto en ese sentido (arts. 209, 210, 371 inc. 1 y 373 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires).

Los doctores *D'Empaire* y *Casas*, adhirieron por los mismos fundamentos a lo expresado, por ser esa también, su sincera y razonada convicción, votando en idéntico sentido (arts. 209, 210, 371 inc. 1° y 373 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires).

2ª cuestión. — La doctora *Castaño* dijo:

La autoría y penal responsabilidad de R. R. ha quedado plenamente acreditada, no existiendo duda alguna.

De acuerdo a las hipótesis ventiladas en el debate, esta cuestión no ha sido discutida por las partes, pues se han abocado a otros planteos, uno de los cuales me dedicaré a analizar en la siguiente cuestión.

Por todo lo expuesto considero acreditada la autoría y penal responsabilidad de R. R. en los hechos analizados.

Siendo esta mi sincera y razonada convicción, doy mi voto por la afirmativa (arts. 209, 210, 371 inc. 2° y 373 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires).

Los doctores *D'Empaire* y *Casas*, adhirieron por los mismos fundamentos a lo expresado, por ser esa, también, su sincera y razonada convicción, votando en idéntico sentido (arts. 209, 210, 371 inc. 2° y 373 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires).

3ª cuestión. — La doctora *Castaño* dijo:

La defensora también planteó de manera subsidiariamente un estado de necesidad exculpante, fundado en una situación de autopreservación de su asistida, afirmó.

Sin especificar en su alegato en qué habría consistido la concreta situación en la que se vio R., que obligó a actuar de la manera en que lo hizo, soy de la opinión que de las pruebas ya valoradas no se configura ni en lo más mínimo la hipótesis contemplada en el art. 34 inc. 2 del CP.

La jurisprudencia ha sostenido que "Cuando se menciona el estado de necesidad exculpante —art. 34 inc. 2 del CP— se habla de casos en que no puede exigírsele al agente una conducta distinta al injusto, que puede proceder por falta de comprensión de la antijuridicidad o de la adecuación de la conducta a esa comprensión" (TC3 LP 65102 291 S 06/04/2015 SD).

Asimismo que "La no punibilidad de una conducta con sustento en el estado de necesidad exculpante, presente en nuestro régimen legal cuando por una causa de una amenaza de sufrir un mal grave e inminente el sujeto sacrifica o lesiona un bien jurídico de igual o mayor entidad al suyo propio amenazado, encuentra su fundamento en la anulación del ámbito de autodeterminación de ese sujeto, lo cual impide exigirle una conducta distinta de la adoptada" (TC2 LP 30571 RSD-460-10 S 13/04/2010 SD).

Ahora bien. No ha surgido de la causa que la imputada se haya visto frente a una situación extrema que le anulara su autodeterminación al punto de tener que optar entre la propia vida y la de la recién nacida.

Es cierto y así quedó probado que se ocupó de preservar su propia vida, pidiéndole a su hija le atara el cordón para frenar la hemorragia. Pero no había impedimento objetivo ni situación extrema alguna para no obrar de la misma manera con el cordón umbilical de su bebé.

No tenía que optar entre dos posibilidades, no estaba obligada a elegir entre su vida y la del recién nacido. Claramente se le puede exigir una conducta distinta a la adoptada, que fue la de abandonar a su suerte a la beba, en vez de requerir urgente auxilio.

Que no se advierten ni han sido planteadas otras eximentes de responsabilidad.

Por ser esa mi sincera y razonada convicción, doy mi voto en forma negativa (arts. 209, 210, 371 inc. 3 y 373 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires).

Los doctores *D'Empaire* y *Casas*, adhirieron por los mismos fundamentos a lo expresado, por ser esa, también, su sincera y razonada convicción, votando en idéntico sentido (arts. 209, 210, 371 inc. 3 y 373 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires).

4ª cuestión. — La doctora *Castaño* dijo:

Que como atenuante se valora la carencia de antecedentes penales y el buen concepto informado por los testigos.

Por ser esa mi sincera y razonada convicción, doy mi voto por la afirmativa. (arts. 209, 210, 371 inc. 4 y 373 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires).

Los doctores *D'Empaire* y *Casas*, adhirieron por los mismos fundamentos a lo expresado, por ser esa, también, su sincera y razonada convicción, votando en idéntico sentido (arts. 209, 210, 371 inc. 4 y 373 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires).

5ª cuestión. — La doctora *Castaño* dijo:

Fiscal no ha peticionado la valoración de agravantes.

Por ser esa mi sincera y razonada convicción, doy mi voto por la negativa (arts. 209, 210, 371 inc. 5 y 373 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires).

Los doctores *D'Empaire* y *Casas*, adhirieron por los mismos fundamentos a lo expresado, por ser esa, también, su sincera y razonada convicción, votando en idéntico sentido (arts. 209, 210, 371 inc. 4 y 373 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires).

Por esto, y los fundamentos del acuerdo que antecede y conforme a las conclusiones alcanzadas en las cuestiones anteriores, este Tribunal, resuelve: Primero: Que ha quedado acreditado que en horas de la noche, entre el día 18 y 19 de mayo del año 2005, en el interior de la vivienda ubicada en la calle ..., Partido de Villarino, a sabiendas y con intención, se ocasionó el deceso de una recién nacida, que fuera dada a luz con vida y en término, es decir, luego de habérsela gestado durante aproximadamente nueve meses de embarazo el cual se mantuvo oculto, dándosele muerte mediante conductas omisivas configuradas por la falta de prestación de los cuidados necesarios para evitar su óbito por shock hipovolémico por hemorragia a través del cordón umbilical, según lo consignado en el informe médico de autopsia de fs. 18/22 y, ulteriormente, se introdujo el cuerpo sin vida de la recién nacida en una bolsa de nylon negra, enterrando el mismo durante la jornada siguiente en el patio de la referida finca. Segundo: Que autora de los hechos descriptos es R. E. R. Tercero: Que no concurren eximentes. Cuarto: Que se valoran como atenuantes la carencia de antecedentes penales y el buen concepto que registra. Quinto: Que no se valoran agravantes. Hágase saber. *— Daniela F. Castaño. — Eduardo A. D'Empaire. — Eugenio Casas.*

El delito de comisión por omisión a la luz del caso "R. R."

Una construcción desde la teoría dominante, conforme estereotipos de género e invisibilizando las emergencias obstétricas (*)

María Lourdes Coll (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Condena y absolución: "R., R. por homicidio agravado por el vínculo en Argerich (Ptdo. de Villarino) denunciante: Comisaría Primera de Villarino".— III. La configuración en el caso del delito de homicidio en comisión por omisión.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Un orden normativo, para imponerse como derecho y no como mero acto de poder, exige el "reconocimiento del hombre como persona", esto es, como finalidad última y no su conversión en simple cosa **(1)**. De igual modo, para que un fallo judicial no resulte solo una manifestación de poder y por tanto arbitrario, debe estar precedido por un procedimiento que procure asentarse sobre la verdad de los hechos.

Es que el respeto de las estructuras reales del mundo es una condición de cualquier derecho que pretenda tener alguna eficacia sobre este y no convertirse en una falsedad ataviada de ficción **(2)**.

Toda la dogmática penal moderna se ha estructurado sobre la propuesta elaborada por Welzel de la teoría de la acción final. Su idea central consiste en que el derecho debe respetar la estructura lógico-objetiva que se va a regular, y uno de sus elementos es la acción. esta es algo más que una relación causal; dentro de ella existe la finalidad del autor, que dirige, guía, la relación causal **(3)**.

Solo se considera acción —y por ende omisión— todo actuar o no del sujeto, siempre y cuando sea dirigido desde su voluntad. Es decir, tal como sostiene Donna, cuando la persona que actúa u omite sea "señor del acto", y se pueda tanto interior como exteriormente imputarle ese desarrollo de actividad física, incluido el resultado, a su voluntad. Todo lo demás deja ser considerado "acto del hombre", de manera que no se puede considerar ni siquiera si encuadra o no en un tipo del Código Penal.

En materia de delitos de comisión por omisión, sostiene Gracia Martín, la doctrina dominante no examina la voluntad como sí se lo hace en los delitos de comisión (activos), en tanto caracteriza a los llamados delitos de comisión por

(*) Agradezco a Julieta Di Corleto y a Cecilia Hopp por la atenta lectura del presente artículo, y a la defensora oficial Fabiana Vannini, quien puso a mi disposición distintas presentaciones realizadas en la causa "R. R.".

(**) Abogada (UNS). Integrante de Doctrina Penal Feminista (Decyt-UBA). Docente (UBA).

(1) WELZEL, Hans, "Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico", Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013, p. 55.

(2) ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Buenos Aires, Editorial Ediar, 2014, p. 95.

(3) DONNA, Edgardo A., "Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva", Buenos Aires, Astrea, 1995.

omisión simplemente por la "no evitación del resultado por el garante", faltándole a semejante hecho todas las características del tipo de la Parte Especial en el que quiere subsumirse directamente **(4)**.

En el caso que se expondrá, el Tribunal en lo Criminal N° 3 de Bahía Blanca condenó por homicidio calificado por el vínculo cometido por omisión a R. R., quien parió sin ningún tipo de asistencia en el interior de su vivienda, habiendo atravesado por numerosas emergencias obstétricas que derivaron en la muerte de la recién nacida. Luego, la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resolvió absolverla en los términos del art. 34, inc. 1 del Cód. Penal. En la sentencia condenatoria el Tribunal no explicó cuál fue la base dogmática o teórica tenida en consideración para determinar la existencia de un delito de comisión por omisión. Al intentar analizar lo que la sentencia no dijo de manera expresa, se advierte que la tarea de subsunción fue realizada, por un lado, presuponiendo la capacidad de acción de R., y, por otro lado, sin examinar su voluntad de omitir. Por su parte, el Tribunal de Casación la absolvió por considerarla inimputable, a pesar de previamente haber reconocido que la sentencia impugnada había justificado la capacidad de acción —elemento de la tipicidad— realizando abundantes referencias a modelos estereotípicos del rol maternal.

La aplicación del sistema de la teoría del delito no ha resultado suficiente para hacer justicia al caso de R., lo que me permite afirmar que no fue incorporada la perspectiva de género en el análisis. Ello me lleva a examinar el modo en que fueron construidos los elementos típicos del delito omisivo atribuido a R. A la par, me invita a revistar teorías alternativas a la dominante, con la finalidad de encontrar aquellas que permitan reducir el ámbito de punibilidad **(5)**, y evitar así prácticas judiciales discriminatorias que generan una hipertrofia acusatoria y condenatoria de las personas gestantes **(6)**.

II. Condena y absolución: "R., R. por homicidio agravado por el vínculo en Argerich (Ptdo. de Villarino) denunciante: Comisaría Primera de Villarino"

El Tribunal en lo Criminal N° 3 de Bahía Blanca, en fecha 19 de febrero de 2020, resolvió condenar a R. E. R. a la pena de 8 años de prisión por el delito de homicidio calificado por el vínculo, cometido mediante conductas omisivas, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, en los términos del art. 80, inc. 1, última parte, del Cód. Penal.

Al momento de formular su alegato, el fiscal de juicio la acusó de haber ocasionado el deceso, a sabiendas y con intención, de la niña recién nacida, luego de haberla gestado durante aproximadamente nueve meses de embarazo, el cual mantuvo oculto. Sostuvo que ocasionó la muerte de la neonata mediante conductas omisivas, configuradas por falta de prestación de los cuidados necesarios para evitar su óbito por shock hipovolémico por hemorragia a través del cordón umbilical, y que ulteriormente introdujo el cuerpo sin vida de la recién nacida en una bolsa de nylon negra, enterrándola al día siguiente en el patio de la vivienda.

(4) GRACIA MARTÍN, Luis, "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)", en Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 411-481.

(5) El reciente informe titulado "La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina" (Elaborado por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), por el Centro Universitario San Martín (CUSAM), y por María Lina Carrera, Natalia Saralegui Ferrante y Gloria Orrego-Hoyos. Disponible en https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/la-criminalizacion-por-aborto-y-otros-eventos-obstetricos-en-la-argentina/ [enlace verificado el día 14 de enero de 2022]) da cuenta del marco en el que se encuentra el caso bajo estudio. Este informe presenta un análisis acerca de la persecución penal en Argentina de abortos y de los llamados eventos obstétricos.

(6) De acuerdo al art. 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la expresión "discriminación contra la mujer" denota "...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

Según surge de la sentencia condenatoria, R. declaró que "...luego de la jornada laboral, llegó a su casa, se sentía muy cansada, le pidió a su hija que fuera a comprar algo para comer y se recostó en su cama. A las 23:30 horas de la noche se despertó por los fuertes dolores que tenía, fue corriendo al baño y sufrió dos intensas contracciones de parto, que expulsó al bebé, llamó a los gritos a sus hijas para que la ayudaran y que cuando los vio corriendo y asustados, sufrió un desmayo. Sin saber el tiempo que permaneció desvanecida, al despertar su hija la observaba y le decía que no se muriera. Que al levantarse vio el cordón tirado en el piso, y preguntó dónde estaba el bebé. Que le pidió un cuchillo a su hija y se cortó el cordón umbilical. Que le dijo a una de las nenas que la atara porque 'me iba a ir en sangre'. Que alzó al bebé, sintió que estaba frío y sin vida, que antes estaba en el interior del inodoro. Que lo recogió, lo envolvió en un saco, su hija la tomó de su brazo y la llevó hasta la cama donde se acostó. Que sufrió más contracciones y despidió la placenta. Que se quedó dormida hasta las 5:00 horas de la mañana y despertó bañada en sangre. Más adelante reiteró que cuando se despertó de su desmayo una de sus hijas lloraba, que se levantó del inodoro, vio que le colgaba el cordón. Que le pidió que la ayudara a atarlo porque le salía mucha sangre y una de las nenas se lo ató con un hilo".

Cabe agregar que, del recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria, surge que el día miércoles 18 de mayo al llegar R. al frigorífico de pollos conocido como La Gleba —dependiente de la Universidad Nacional del Sur (UNS)—, se enteró que habían faltado dos compañeros suyos y que había mucho trabajo, es decir, muchos pollos para faenar, lo que requería un gran esfuerzo. R. manifestó que empezó a faenar los pollos a las 5:00 y terminó a las 9:00 de la noche.

También surge de dicha presentación que R. expuso que su decisión de no contar sobre su embarazo se debió a que quería que nadie hablara mal de ella y a la necesidad de no poner en riesgo su trabajo.

La votación del Tribunal en lo Criminal N° 3 fue liderada por la jueza Castaño, quien tuvo por acreditados los hechos materia de acusación. De este modo, entendió que la conducta omisiva reprochada a R. consistió en "...no haberle brindado los cuidados necesarios a su hija para impedir su muerte por hemorragia masiva a través del cordón umbilical. Resulta claro que el deceso de la recién nacida se hubiera evitado si R. actuaba de la misma manera que lo hizo para con su persona...". La jueza sostuvo que, luego de recuperarse R. del desmayo, así como le pidió a su hija que le atara el cordón con un hilo para no desangrarse, podría haber hecho lo mismo con la recién nacida, pues ello se encontraba dentro de sus posibilidades y era plenamente consciente de las consecuencias de no anudar el cordón. Al respecto también dijo que ello era una cuestión básica, que debía descartarse inexperiencia por parte de R. por haber ya parido otros hijos, y que la conducta que debió realizar es "...lo que la lógica y experiencia entiende como cuidados necesarios e indispensables...". Asimismo, dijo que el reproche también era por no haber requerido auxilio médico.

Además, la magistrada consideró que lo dicho por R. en cuanto a que sintió que la recién nacida se encontraba fría y sin vida no resultaba creíble, ya que la autopsia y la declaración del médico indicaron que la sobrevida de la criatura no fue mayor a dos horas.

En cuanto a las condiciones laborales de R., señaló que no se advertían como extremas para entender que sufrió un deterioro psicofísico tal que justificara la conducta y que, por tanto, no se podía deducir que el contexto laboral se configurara como una de las justificaciones de su obrar omisivo.

Respecto a la calificación, reconoció la existencia de circunstancias extraordinarias de atenuación, habiendo tenido en cuenta para atenuar la figura el resultado del peritaje psicológico-psiquiátrico realizado a R., su bajo nivel intelectual, el abandono sufrido por parte de sus parejas, la carencia de recursos psicológicos necesarios para asumir los cuidados y responsabilidad materna, la ausencia de un tercero en quien apoyarse, la inminencia del parto, el alumbramiento sin asistencia, los dolores, el cansancio extremo y el temor por su estabilidad laboral.

Mediante el recurso de casación presentado contra la sentencia condenatoria, la Defenso-

ra Oficial a cargo de la Unidad de Defensa N° 4 solicitó la revisión integral de la sentencia. Siguiendo la misma línea de argumentación, la Defensora Adjunta a cargo interinamente de la Defensoría de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, presentó memorial solicitando la absolución de R. R. A continuación, en una ajustada síntesis, expondré cuáles fueron los argumentos defensistas.

Primeramente, la defensa expuso sobre la ausencia de determinación fehaciente de la causa de la muerte de la bebé. Entre otras cuestiones, mencionó que el informe que amplió la autopsia expresó que resultaba imposible determinar con exactitud el tiempo de sobrevida desde el momento del parto, que solo se sabía que, como hipótesis máxima, pudo haber sobrevivido hasta 2 horas. A partir de ello, se expuso que, si R. se desmayó en el momento del parto, al no poderse determinar cuánto tiempo estuvo desmayada y cuál fue con exactitud el tiempo de sobrevida de la recién nacida, no había razones para inferir que no es razonable el argumento de que cuando despertó la neonata estaba fría y sin vida. También señaló que la autopsia concluyó que la muerte de la bebé habría ocurrido *posiblemente* por *shock* hipovolémico, mientras que la sentencia tomó como verdad absoluta que la recién nacida murió por ese motivo. Asimismo, resaltó que no fue medida la volemia en el cuerpo de la recién nacida, que sirve para indicar cuál fue el nivel de sangre perdido.

De seguido, se argumentó acerca de la falta de elementos para determinar que se trataba de un embarazo a término y la viabilidad de la recién nacida. Así, indicó que el Tribunal omitió considerar un certificado médico extendido el día 19 de mayo de 2005 por un médico del Hospital Subzonal Especializado de Médanos, que consignó que R. refirió cursar un embarazo de 7 meses aproximadamente. Luego, resaltó que el Tribunal omitió advertir que la autopsia concluyó que era una recién nacida a término simplemente por el peso y el tamaño, sin haberse analizado el percentil. A su vez, manifestó que, en virtud de la ausencia de controles prenatales, no se pudo determinar si R. era una mujer con diabetes gestacional, enfermedad que provoca que los fetos sean grandes. También puso en crisis la afirmación de que la bebé hubiese respirado, ya que explicó que el primer llanto del bebé puede ser un acto reflejo, pues transita de un ambiente líquido a un ambiente aéreo. A continuación, sostuvo que, aun en el caso de que haya respirado, ello no necesariamente permite concluir acerca de la viabilidad fuera del vientre materno. Sobre esta cuestión, explicó que las pruebas de docimasias pulmonares realizadas no prueban la viabilidad del bebé, pues solo indican que al nacer realizó un primer llanto, y que para ello debió realizarse la denominada prueba de Apgar **(7)**, la cual determina la viabilidad del recién nacido y su adaptación a la vida extrauterina. Además, se dijo que no fue debidamente examinada la placenta ni el diámetro del cordón umbilical, lo que resulta de considerable importancia para la comprensión de los factores involucrados en la muerte de recién nacidos (como una posible enfermedad preexistente, preclamsia materna, infecciones fetales intrauterinas, mala evolución del feto).

Luego, la defensa se dedicó a cuestionar la existencia de la conducta endilgada a R. Así, se refirió a la ausencia de tratamiento por parte del Tribunal del alegado desmayo de R. que le impidió realizar la acción ordenada. Al no tratar esta circunstancia, la sentencia no analizó el caso a nivel pretípico e ingresó directamente en el análisis de la tipicidad omisiva. Al respecto, se destacó que, en el informe técnico perinatal realizado por obstetras acompañado a la causa, las especialistas explicaron que veían posible que R. hubiese sufrido una descompensación posparto derivada de una hemorragia, que podría haber sido generada por diferentes causas que detallan.

Más adelante, la defensa ingresó en el análisis de la capacidad. Para argumentar sobre la falta de capacidad, mencionó la conclusión de la pericia psicológica psiquiátrica —en la que se dijo que era muy probable que R. viera afectada su capacidad sin anularla de reconocer afectiva y cognitivamente lo vivido—, el cansancio físico, la mala calidad de sueño y los dolores de par-

(7) Conforme se explicó en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria de R., la prueba de Apgar es un examen rápido que se realiza al primer y quinto minuto después del nacimiento del bebé. El puntaje del minuto 1 indica qué tan bien toleró el bebé el nacimiento. El puntaje al minuto 5 indica al proveedor de atención médica qué tan bien está evolucionando el bebé por fuera del vientre materno.

to. Asimismo, se expuso con cita del Dr. Mariano Castex, acerca de las alteraciones que se producen durante el estado puerperal en el campo de la emotividad, la conducta y la conciencia.

En cuanto a las capacidades técnicas exigidas a R., la defensa sostuvo que deducir que correspondía cortar el cordón y anudarlo de ambos lados es muy distinto desde una situación de cómoda contemplación a la situación de un parto a altas horas de la noche, en soledad y con un desmayo de por medio. Además, dijo que R. carece de dicha experticia médica y que, de hecho, le pidió a su hija que cortara el cordón y no recuerda cómo lo anudó. Sobre el particular, se aclaró que el corte de cordón no necesariamente produce hemorragia y que además los cordones umbilicales cicatrizan solos. Por último, destacó que en una nota dirigida al Tribunal Criminal confeccionada por numerosas organizaciones que promueven los derechos humanos perinatales y los derechos de las mujeres en su salud sexual y reproductiva, se mencionó que la sentencia se basa "...en creencias populares acerca de la ligadura y corte de cordón umbilical".

Sobre la conducta exigida de solicitar auxilio, la defensa señaló que R. parió a las 23:30 hs, con cuatro menores de edad en un pueblo donde los centros de salud están alejados, y que carecía de una línea telefónica para requerir ayuda.

En cuanto a la ausencia de capacidad de R., se concluyó que "...el actuar que exige el tribunal resulta sumamente descontextualizado y conforme a un estándar elevado y estereotipado respecto del deber de cuidado de las mujeres a sus hijes. La mujer que no cumple con ese estándar es una 'mala madre', y ese solo rótulo basta para imponer una condena a una justicia claramente patriarcal...".

Sobre el dolo requerido por el tipo penal, se resaltó que la sentencia no lo trató y que pareciera que dedujo la construcción de un plan criminal y maquiavélico por parte de R. a partir del ocultamiento del embarazo. En este aspecto, resulta interesante la pregunta que realizó la defensa: "...¿Por qué se espera que una madre quiera dar la noticia a todo el mundo?...". Asimismo, explicó que la razón por la cual no hizo público su embarazo en el ámbito laboral fue por el temor a perder su única fuente de ingresos —temor que resulta lógico en una sociedad sexista en la que es una práctica muy frecuente despedir a las mujeres que quedan embarazadas—, que no comentó sobre su embarazo a sus vecinas es porque sencillamente no eran sus amigas, y que no se lo dijo a su familia por miedo a la reacción de su padre y de su hija V.

De modo subsidiario a los planteos realizados respecto de la ausencia de conducta y de la atipicidad del hecho, se postuló que R. debía ser absuelta por existir duda sobre su inimputabilidad.

Uno de los últimos planteos trató sobre la ausencia del Estado nacional y provincial en la vida de R. **(8)**, a partir de lo cual sostuvo que el aparato estatal no contaba con superioridad ética para reprocharle a R. que no había brindado los cuidados necesarios a su hija recién nacida y que había ocasionado intencionalmente su muerte. Por último, la defensa se dedicó a exponer acerca de la motivación de la sentencia de condena en estereotipos de género **(9)**, manifestando que el estereotipo de género que subyace a la decisión es el de "mala madre" y su correspondencia con la expectativa de género que implica que toda buena madre tiene "instinto materno".

---

(8) Se señaló especialmente el art. 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que reza: "los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombre y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de mujeres y hombres". También se señaló el fallo "Sisnero" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que el Máximo Tribunal se refirió a la existencia de los síntomas discriminatorios de la sociedad y destacó que los principios de prohibición de toda discriminación resultan estructurales del orden jurídico argentino e internacional. También, subrayó las obligaciones estatales asumidas con la incorporación de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

(9) Explicó el concepto a partir de la letra de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y de lo resuelto en la sentencia "Campos Algodonero" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Tribunal de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, integrado por los jueces Daniel Carral y Ricardo Maidana, el 17 de junio de 2021, resolvió absolver a R. R. en los términos del art. 34, inc. 1 del Cód. Penal.

El fallo comenzó describiendo el contexto sociocultural de R., resaltando que creció y se desenvolvió toda su vida en un contexto de vulnerabilidad, a lo que se suma su condición de madre soltera y avergonzada de mostrar un nuevo embarazo sin padre, en una zona rural de la provincia de Buenos Aires. De seguido, se refirió a la normativa internacional **(10)** de la que surge el concepto de "perspectiva de género" y la necesidad de aplicarla desde la administración de justicia. Al respecto, señaló que la aplicación de una perspectiva de género en el análisis de la normativa se trata de una pauta interpretativa constitucional que persigue el fin de crear un derecho igualitario e inclusivo.

Entendió que en el caso hubo una contextualización sociocultural y de género insuficiente en referencia a la acusada, que resultó en el descreimiento del relato de R. sobre lo ocurrido. Siguiendo esta línea, se dijo que en la sentencia impugnada para justificar la capacidad de acción y descartar la atipicidad, se realizaron abundantes referencias a modelos estereotípicos del rol maternal, desentendiéndose de la contundente información reunida en torno a la falta de posibilidades reales de actuar conforme al modelo.

No obstante este reconocimiento acerca de que el Tribunal Criminal supuso la capacidad de acción en base a estándares en abstracto sobre cómo debe actuar una "buena madre", el Tribunal de Casación Penal entendió que el veredicto absolutorio debió haberse fundado en los términos del art. 34, inc. 1 del Cód. Penal. Consideró que, la declaración de R. y las conclusiones periciales (pericias psicológicas **(11)**, informes sociales y socio ambientales y la autopsia), debían llevar a concluir que la capacidad de R. de comprender la criminalidad del accionar acusado se vio notablemente disminuida por la escasez de recursos personales y el contexto de vulnerabilidad.

En la última parte del desarrollo del fallo se dijo que la falta de consideración de la violencia habitual a la que se encontraba expuesta R., la precarización laboral, las obligaciones familiares que debía afrontar (ser el único sostén de sus cuatro hijos menores, criarlos sola en una zona rural, con pautas sociales rígidas, sin contención afectiva y habiendo transitado previas experiencias de violencia intrafamiliar), el no acceso al servicio de salud, los nulos controles médicos, el parto en soledad y sin asistencia de una persona adulta, y el hecho de vivir alejada de un centro urbano y sin línea telefónica, fueron ignoradas en la valoración jurisdiccional, construyendo una expectativa de cumplimiento de un rol que no estaba al alcance de R., y por tanto no le era exigible en sus condiciones reales y concretas de vida. Asimismo, se resaltó que fue ignorado que R. nunca antes se había encontrado sola al momento de un parto. Luego, se sostuvo que los criterios abstractos de "buena madre" se traducen en una ampliación extraordinaria de sus deberes que resultan discriminatorios, pues imponen la renuncia a derechos básicos, subordinándolos a rol maternal. A su vez, afirmó **(12)** que esta forma de aplicar

(10) Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979); Convención Belém Do Pará (1994).

(11) El peritaje psicológico realizado a R. en el mes de noviembre de 2007, concluyó: "...de acuerdo con las características de personalidad antes señaladas y ante la situación de tener que afrontar un parto imprevisto, sin apoyo de un tercero contenedor y orientador, no se puede descartar la posibilidad de que, al momento de parto, R. R. no se encontrara en condiciones afectivas y emotivas adecuadas para comprender la criminalidad de sus actos y dirigir adecuadamente sus acciones". Hubo una segunda pericia psicológica realizada sobre R., en febrero de 2020, que, entre otras cuestiones, dictaminó: "...durante un embarazo, además de las circunstancias de personalidad, interviene un sistema fisiológico-hormonal, acorde al estado de gestación que modifican la emocionalidad de la gestante...". A ello, se le sumó que "...es una persona con una gran pobreza reflexiva, con un perfil comportamental poco asertivo con escasa competencia para desempeñarse en situaciones conflictivas. La examinada con esa estructura psíquica, asociada a cansancio físico, mala calidad de sueño y dolores de parto es muy posible que no haya podido apreciar adecuadamente la situación que vivenciaba y sus consecuencias...".

(12) Dicha afirmación fue hecha citando el texto HOPP, Cecilia, "'Buena madre', 'buena esposa', 'buena

el derecho penal importa atribuirle a la mujer una atribución objetiva del resultado.

En suma, se dijo que "...la descontextualización de la real situación de R. R. sumado a la atribución de un modelo estereotípico de 'buena madre' creó exigencias ideales no alcanzables por R...". Por otro lado, se puntualizó que se advertía claramente el reproche ético a partir de la inclusión en la materialidad del ilícito del hecho de haber introducido el cuerpo sin vida de la recién nacida en una bolsa de nylon negra, enterrándola durante la jornada siguiente en el jardín de la vivienda.

III. La configuración en el caso del delito de homicidio en comisión por omisión

De la lectura del fallo condenatorio en cuestión cuesta advertir en qué teoría se ha enrolado el Tribunal, y sobre todo cómo es que arribó a la conclusión de la existencia de capacidad de acción de R. y cuáles son los presupuestos que consideró para tener por configurado el aspecto subjetivo de la omisión.

Antes de continuar con el desarrollo de este punto, debo precisar un concepto médico que resulta crucial para arrojar luz sobre el hecho por el cual fue juzgada R. Me refiero a las *emergencias obstétricas*, las cuales atravesaron la gestación y el parto de R. Tal como explicó el perito salvadoreño Ortiz Avendaño **(13)** en el marco de la causa "Manuela y otros vs. El Salvador" de la Corte IDH, son aquellas situaciones que presenta la gestante o el feto que requieren una atención inmediata, de lo contrario pueden ocasionar daños irreparables en su salud o la muerte, como ser: un parto extrahospitalario, un parto precipitado, hemorragia posparto. Definió el parto extrahospitalario como aquel que sucede sin la atención de personal calificado. Sobre el parto precipitado, expuso que son aquellos que ocurren de forma intempestiva y en menor tiempo del esperado. Cuando normalmente el trabajo de parto es de 12 a 18 horas, en estos casos duran 3 horas o menos. Ello lleva a la mujer a tener un estadio de completa ansiedad e impotencia ante una situación que está en descontrol. Agregó que en el momento en que se va a dar el parto, la sensación es igual a la de ir a defecar porque la cabeza del feto ocupa la porción del recto **(14)**. La sensación es incontrolable, de no retorno. Sobre la hemorragia posparto **(15)**, dijo que causa cambios en el estado hemodinámico y falta de oxigenación en todos los órganos, especialmente en el cerebro. El tener una baja oxigenación en el cerebro causa confusión, letargia e inconsciencia, lo que le imposibilita tener una respuesta coherente en su actuar.

Frente a ello y con el objeto de dilucidar el marco dogmático con el que contamos para determinar la imputación de un delito cometido por omisión, cabe recordar que las posturas tributarias del concepto causal de acción se enfrentaron con un gran problema en la omisión, pues si lo primordial era la enervación muscular que desataba un curso causal que culminaba en el resultado, ante la pasividad se quedaban sin respuestas **(16)**. Ello va a encontrar solución cuando Nagler postula que hay omisiones que representan manifestaciones del delito comisivo si existe una relación de deber especial, en virtud de la cual la persona obligada se convierte "en instancia de protección para el valor jurídico protegido", siendo calificada la persona obligada por el autor como "garante jurídico de la intangibilidad del valor protegido" **(17)**.

La posición de garante terminó por resultar para la doctrina dominante el elemento determinante para la configuración del delito impropio de omisión, mientras que el requisito de la igualdad de la omisión y de la acción correspon-

mujer': abstracciones y estereotipos de la imputación penal", Género y Justicia Penal, 2017, p. 16.

(13) Médico ginecólogo y obstetra con especialidad en embarazos de alto riesgo. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=PPOkQEQugkk.

(14) Cuando no hay preparación para el momento del parto, es usual que el comienzo del trabajo de parto se confunda con necesidad de defecar (COLL, María Lourdes - MERCURIO, Ezequiel - MAERO SUPARO, Vanesa, "Infanticidio en la Argentina. Consideraciones legales y aportes psicopatológicos a partir de los fallos "Trapasso" y "Tejerina", en Estudios sobre Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, 2019).

(15) Expuso el perito que en los casos severos equivale a una pérdida de 1.5 litros de sangre o más.

(16) CILLERUELO, Alejandro R., "Delito de omisión", Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2015.

(17) KAUFMANN, Armin, "Dogmática de los delitos de omisión", Madrid, Marcial Pons, 2006.

diente quedó minimizado y relegado al plano de la superficialidad retórica **(18)**. Así, para esta posición, a los tipos de comisión por omisión le faltan elementos sustanciales del tipo original (la causalidad real, la finalidad, así como la producción positiva del resultado), y cuentan con otros elementos adicionales ajenos por completo al tipo original (la posición de garante, la causalidad hipotética y la no evitación del resultado) **(19)**.

En el caso bajo análisis, si bien el Tribunal Oral no explicitó cuáles son los elementos que a su criterio permiten equiparar una conducta omisiva dolosa a una comisiva, del escueto desarrollo del fallo se advierte que se ha enrolado en la doctrina dominante ya que, identificó una omisión (no atar el cordón de la recién nacida) y en subsidio otra (no haber requerido auxilio médico en forma personal o a través de sus hijas) **(20)**, y luego las puso en relación con el resultado producido simplemente por considerar que dichos comportamientos por parte de la madre de la recién nacida —garante— hubieran evitado su muerte. Ello le bastó para responsabilizar a R. por haber cometido un homicidio en los términos del art. 80, inc. 1 del Cód. Penal.

Esta doctrina dominante, a nivel nacional, se encuentra representada por ejemplo por Maximiliano Rusconi, quien coloca en el centro de la escena el deber especial de garante y entiende que en los modelos de imputación propios de las infracciones omisivas no se verifica la instancia de dominabilidad del riesgo que caracteriza a la autoría activa, razón por la cual no es posible producir una imputación subjetiva como se da en el dolo del ilícito comisivo **(21)**.

En esta misma línea, Eugenio Zaffaroni caracteriza a los impropios delitos de omisión como "omisiones de los garantes". Si bien este autor entiende que en dicho elemento radica la equiparación con las acciones, considera que, tanto desde la intuición del público como desde la valoración jurídica, no puede asignarse igual desvalor a poner en funcionamiento una causalidad que a no interrumpirla. Cabe destacar en cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos impropios de omisión, puntualmente respecto del aspecto volitivo o conativo, que si bien Zaffaroni entiende que con el conocimiento efectivo de la situación típica y de una posibilidad de representación de la vía de realización de la acción ordenada no basta, el aspecto conativo lo reduce a una diferencia entre la conducta que la persona concretamente realizó y la que debía realizar para evitar el resultado, es decir, adopta la tesis del *aliud agere* u *otro hacer* **(22)**. En consecuencia, desde esta perspectiva, resulta casi imprescindible que la persona realice otras acciones para facilitar la obtención de la omisión por diferencias, siendo que en realidad la persona omitente puede realizar o no otras acciones. Además, esta perspectiva según Cilleruelo muestra que se precisa de algo externo, un punto de apoyo desde el cual partir, que se debe al hecho de no reconocerse la existencia ontológica de la omisión, lo que conduce a no analizar la voluntad final de quien omitió **(23)**.

Ahora bien, la teoría del *aliud agere* no tiene ninguna utilidad ni en este caso ni en ningún otro en el que se le impute a una mujer la muerte del/de la hijo/a recién nacido/a en un contexto de alumbramiento, pues difícilmente se encuentre que la mujer realizó una acción paralela siendo que todo su cuerpo está involucrado o comprometido en ese proceso obstétrico, caracterizado por cambios abruptos, intensos e

(18) SCHÜNEMANN, Bernd (con Prólogo de Gracia Martín), "Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia", Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

(19) GRACIA MARTÍN, Luis, "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)", en Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 411-481.

(20) Según KINDHÄUSER, Urs ("La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión" en SILVA SÁNCHEZ, QUERALT JIMÉNEZ, BIDASOLO y CASTIÑEIRA PALOU (coords.), Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2017, pp. 651-659), una omisión no es un no actuar, sino un comportamiento que resulta caracterizado por la no-adopción de una alternativa de comportamiento.

(21) RUSCONI, Maximiliano, "Derecho Penal. Parte general", Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2016.

(22) ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Buenos Aires, Editorial Ediar, 2014.

(23) CILLERUELO, Alejandro R., "Delito de omisión", Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2015.

imprevisibles **(24)**. De este modo, al no contarse con una acción paralela **(25)**, esta construcción dogmática queda desprovista del único elemento que pretendía otorgarle realidad y efectividad.

Por fuera de la doctrina dominante encontramos al autor español Luis Gracia Martín, para quien no basta con la identificación de una omisión que ponga en relación con el sujeto con el resultado producido, pues ello nada dice aún acerca de si el omitente debe ser o no responsabilizado. Esto obedece a que, a su juicio, la doctrina dominante erróneamente cree que la infracción del deber de evitar el resultado por el garante es un hecho equivalente a la realización de la acción de producir el resultado típico, es decir, que el contenido material de los delitos de comisión por omisión lo proporcionaría la infracción del deber específico de evitación que lleva aparejado la posición de garante. Y es que entiende que la posición de garante —que describe la *situación* concreta en que se encuentra un sujeto con determinadas personas y objetos— tiene en definitiva la naturaleza típica de un "elemento objetivo de autoría", ya que se trata de una característica *personal* y *objetiva* o del estatus formal de un sujeto, como puede ser el estatus de funcionario/a, director/a de un establecimiento. A raíz de ello, concluye que las características especiales de la autoría no son conceptos apropiados para explicar el fundamento de lo injusto, pues con tales descripciones solo se hace referencia a las condiciones objetivas de que están investidos, pero no a lo *que hacen y omiten en cada situación concreta* tales sujetos especiales.

Según Gracia Martín, la posición de garante no desempeña ningún papel en el fundamento por el que una omisión alcanza la categoría de comisión por omisión, más sí podrá ser un elemento que suponga una mayor gravedad de lo injusto (como sucede si el sujeto es funcionario/a público/a). Para el autor, la constitución habrá que encontrarla en la omisión misma en cuanto *conducta*, y como la omisión es la no realización de una acción determinada que puede realizar cualquiera, con tal que tenga capacidad de realización, ahí es que hay que buscar el elemento constitutivo y fundamentador de lo injusto de la auténtica comisión por omisión **(26)**.

El análisis realizado por este autor me lleva a reflexionar acerca del lugar en el que el Tribunal Oral colocó en su análisis a la posición de garante investida por R.: mientras Gracia Martín, en un extremo, sostiene que la posición de garante no puede ser en absoluto un elemento constitutivo del injusto como sí lo es la capacidad de acción, en el otro extremo, el fallo condenatorio le otorgó a la posición de garante de R. un absoluto protagonismo, es decir, primó este status por sobre la capacidad de acción, la cual fue analizada de manera superficial y sesgada por estereotipos de género.

Tal es así que, en cuanto al hecho de no haber anudado R. el cordón umbilical de la recién nacida, el Tribunal Oral dio a entender que la conducta debida era una obviedad, sin dar mínimas razones de por qué lo era para R. siendo que se trata de un procedimiento médico. Si bien el Tribunal habló de la "experiencia" de R., tal término resultó completamente vacío ya que en definitiva no da cuenta de la capacidad de acción en el caso concreto. Y es que en ningún

(24) Explican DA ROCHA PEREIRA, Raquel - FRANCO, Selma Cristina - BALDIN, Nelma ("El Dolor y el Protagonismo de la Mujer en el Parto", en Revista Brasileira de Anestesiología, vol. 61, N° 3, Mayo-Junio 2011, pp. 204-210), que "El parto, a diferencia del embarazo, en que un largo período favorece la adaptación gradual de los cambios, se caracteriza como siendo un evento que provoca cambios abruptos e intensos, que marcan algunos niveles de simbolización, como la intensidad del dolor y la imprevisibilidad, causando el sufrimiento, la ansiedad y la inseguridad".

(25) En el fallo "Viera, Rocío Soledad s/ Homicidio doloso" de fecha 6 de julio de 2020, el juez Falkenberg del Colegio de Jueces Penal de Primera Instancia del Distrito Judicial Nro. 1 de la ciudad de Santa Fe sostuvo que la supuesta conducta omitida (consistente en no haber tomado los recaudos tendientes a evitar que el parto ocurriera en condiciones de soledad) no podía reprochársele a la imputada al momento comenzar el trabajo de parto, pues "...ante la circunstancia de encontrarse el bebé "coronado", nada más pudo hacer porque era inminente el nacimiento, circunstancia inmanejable para la joven, que estaba en evidente estado de shock...".

(26) GRACIA MARTÍN, Luis, "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)", en Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 411-481.

momento el Tribunal se detuvo a analizar cuáles fueron los conocimientos que pudo haber adquirido R. por vivencias previas ni en qué habrían consistido, por ello, la supuesta experiencia en parir y en qué hacer ante esos sucesos no es tal, pues el Tribunal la dedujo directamente de su estatus de madre. De este modo, la "experiencia" de la que se habla en el fallo condenatorio no se vincula con la capacidad de acción, sino con el rol de garante.

Así se advierte cómo el Tribunal Oral, al examinar la capacidad de acción, ha realizado, como explica Cecilia Hopp, una operación que es usual en los casos en los que una mujer es juzgada en su rol de madre, la cual consiste en reemplazar las experiencias que la persona efectivamente vivió por un dispositivo ideológico **(27)** que considera a las gestantes y a las mujeres madres como capaces en materia de cuidados en términos casi absolutos. De este modo, capacidad de acción terminó resultando un sinónimo de estatus de madre.

Resulta acertado lo postulado por Gracia Martín en cuanto a que una determinada posición formal no es un concepto apropiado para explicar el fundamento de lo injusto en tanto solo da cuenta de las condiciones objetivas de las que está investido un sujeto, como por el contrario sí podría serlo la capacidad de acción. Sin embargo, advierto que la diferenciación entre capacidad de realización y rol de garante resulta especialmente dificultoso de hallar en casos donde como en el aquí analizado se juzga a una mujer en su estatus de madre, ya que su capacidad de acción se termina presuponiendo. Con ello me refiero a que, al considerar que por encontrarse una mujer en el estatus de madre debe saber y poder reaccionar ante diversas situaciones en las que corre peligro un/a hijo/a o la vida en gestación que lleva, no termina existiendo prácticamente la distinción que plantea Gracia Martín. Y es que la capacidad de acción pasa a ser un elemento que se diluye, o se convierte en un pequeño estrato de análisis con poca relevancia dentro de una posición que es la de garante —que casi no requiere examen ya que se entiende como una característica personal y objetiva de un sujeto—, o sencillamente se deduce del rol de garante. Por lo tanto, explicar el fundamento del injusto desde el rol de garante o desde la capacidad de acción, en los casos en que se juzga a una mujer con el estatus de madre, es al fin de cuentas, lo mismo.

A continuación, me referiré a un autor central en el desarrollo de la teoría de los delitos de comisión por omisión, Armin Kaufmann **(28)**, quien considera que los delitos de omisión impropia son *sui generis*, vinculados a los tipos comisivos únicamente por la referencia al mismo bien jurídico y por la misma conminación penal.

Si bien dicho autor coloca en el centro de la escena a la capacidad de acción, pues entiende que la ficción de la "voluntad de omisión" solo es posible de mantener con la capacidad de acción referida a la acción omitida, nos resulta de todos modos útil su teoría en tanto los elementos o requisitos intelectuales o cognoscitivos que atribuye a la capacidad de acción pueden ser utilizados para examinarla con mayor detalle e intentar evitar así su configuración automática.

El primer elemento de la base cognoscitiva es el conocimiento del fin de la acción o del objeto de la actividad, no conformándose Kaufmann con el poder darse cuenta del objeto de la acción. Nótese que la defensa de R. argumentó sobre la ausencia de este requisito, ya que planteó que R. no percibió un concreto objetivo de acción pues sintió que la bebé estaba fría y sin vida. Así, se pudo haber producido **(29)** según la defensa de R. y en los términos de Kaufmann, una representación errónea con respecto al propio objetivo de la acción. El Tribunal en lo Criminal descartó de plano este planteo en base a la pericia médica que dictaminó que la recién nacida tuvo una sobrevida no mayor a dos horas.

El segundo requisito intelectual de la capacidad de acción es según Kaufmann, la cognoscibilidad de la vía de realización. Postula que los *medios* de salvación deben ser *cognoscibles* para

(27) HOPP, Cecilia, "Buena madre", "buena esposa", "buena mujer": abstracciones y estereotipos en la imputación penal", en DI CORLETO (comp.). Género y Justicia Penal, Buenos Aires, Didot, 2017, pp. 15-46.

(28) KAUFMANN, Armin, "Dogmática de los delitos de omisión", Madrid, Marcial Pons, 2006.

(29) Utilizo el potencial ya que la Defensa lo que plantea en primer término es la ausencia de determinación fehaciente de la causa de la muerte de la bebé.

la persona haciendo uso de sus facultades mentales. Ello le es posible cuando "posee el necesario saber causal y, sirviéndose de él, puede advertir, tener presentes y supradeterminar los factores reales decisivos a través de la correcta elección de los medios...Quien cuenta con la posibilidad de realizar la acción que conduce al fin conocido, o quien puede contar con tal posibilidad, es capaz de acción" **(30)**. El Tribunal en lo Criminal no solo dio por sentadas capacidades médico-ginecológicas y obstétricas de R. al considerar que sabía qué procedimiento debía realizar respecto del cordón umbilical de la niña **(31)**, sino que además obvió el hecho de que la conducta activa pretendida debería haberla llevado adelante luego de recuperarse de un desmayo, de haber sufrido una hemorragia posparto y con el dolor a cuestas que puede ocasionar parir. De mínima ello debería haber generado una seria duda en la jueza y jueces en cuanto a las facultades de R. para darse cuenta acerca de los medios adecuados para la consecución del objetivo, y para luego elegirlos y emplearlos, esto es, dudas en cuanto a la cognoscibilidad de la vía de realización. La Defensa de R. también argumentó en este sentido, apoyándose en presentaciones realizadas en la causa por organizaciones que promueven los derechos Humanos Perinatales y los derechos de las Mujeres en su Salud Sexual y Reproductiva.

También, según Kaufmann, podría concluirse acerca de la ausencia de capacidad de acción no por falta de los requisitos intelectuales, sino por ausencia de posibilidad física de acción, punto sobre el cual Kaufmann entiende que "... reina en doctrina y jurisprudencia casi absoluta unanimidad, el de que ha de existir la posibilidad física (externa, objetiva) de la acción en concreto". Lejos estuvieron quienes juzgaron a R. de analizar su posibilidad o imposibilidad física del modo pretendido por Kaufmann, dado que apartaron completamente de su foco las emergencias obstétricas que atravesaron el hecho: durante el parto sufrió una descompensación posiblemente derivada de una hemorragia post parto, y este se llevó adelante sin atención de personal calificado.

La defensa cuestionó en primer lugar la existencia de la conducta a raíz del desmayo de R., pero ni el Tribunal en lo Criminal ni el Tribunal de Casación analizaron este punto. De igual modo, tampoco fueron analizadas por los Tribunales las consecuencias de una hemorragia posparto —como la confusión o la letargia— a los efectos de indagar sobre la posibilidad física de acción. En cuanto a las implicancias del parto extrahospitalario y sin asistencia, el Tribunal que la condenó solo las valoró para resolver aplicar el atenuante de las circunstancias extraordinarias de atenuación, y el Tribunal de Casación las valoró para concluir acerca de la reducida o nula capacidad de culpabilidad de R. en los términos del art. 34, inc. 1 del Cód. Penal. Sin embargo, ambos Tribunales, podrían haber considerado el parto en soledad como un factor de la hemorragia post parto, y a partir de ahí ponderar todas las implicancias de esta emergencia obstétrica. Además de la desconsideración de estas emergencias obstétricas, tampoco fue considerado en punto a la posibilidad física de acción, el cansancio de R. y los dolores que puede ocasionar un parto **(32)**. Evidentemente, en la mirada de los tribunales sobre el hecho protagonizado por R., se encuentra un estereo-

(30) Encuentro punto de contacto entre el presupuesto de la cognoscibilidad y el presupuesto de la actualidad, requerido para la configuración del aspecto cognoscitivo del tipo subjetivo de los delitos comisivos dolosos. Según explica Zaffaroni el dolo siempre requiere cierta medida de actualización del conocimiento y que existen ciertos contenidos de la consciencia que si no se actualizan en el momento de actuar no pueden orientar la finalidad de la acción —como la persona que se distrae y deja la llave de gas abierta—.

(31) El procedimiento médico que se realiza sobre el cordón umbilical luego del nacimiento se denomina pinzamiento y clampeo (Guía para la Atención del Parto Normal en Maternidades Centradas en la Familia, Disponible en: https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2018-10/0000000239cnt-g09.guia-atencion-parto-normal.pdf [Enlace verificado el día 14 de enero de 2022].

(32) El "dolor de parto" se trata de una experiencia multidimensional, de respuesta fisiológica a una causa orgánica, inmersa en un contexto mucho más amplio que modifica su significado. Existe evidencia científica acerca de que el dolor es experimentado en cada mujer de forma distinta, pues depende de factores psicológicos, de las experiencias previas, de la preparación que haya tenido como gestante, de la cultura y la étnica, la educación y las habilidades de la mujer (MALLÉN-PÉREZ, Laura - JUVÉ-UDINA, María Eulàlia - ROÉ JUSTINIANO, María Teresa - DOMÈNECH-FARRONS, Ángela, "Dolor de parto: análisis del concepto", en Matronas Profesión, 16[2], 2015, pp. 61-67).

tipo que presupone la capacidad de acción ante ciertas situaciones, sin evaluar las exigencias que implicarían actuar de ese modo en un momento concreto.

En otro orden, cabe mencionar que el Kaufmann no reconoce las comisiones "queridas", "dolosas" o "finales", pues considera que falta una auténtica voluntad de realización o voluntad de operar fácticamente en el sentido de dirigir o manejar el acontecer causal externo a un fin. Así es que considera que podría hablarse de una omisión impropia cuasidolosa, requiriéndose el conocimiento de la situación típica, es decir, la representación de la lesión del bien jurídico que amenaza producirse y de las circunstancias fundamentadoras de la posición de garante; por lo demás entiende que basta la cognoscibilidad de la vía de salvación. Concluye que no se trata de si el omitente ha tomado una decisión de omitir —ello dice que solo cabría planteárselo en un sentido totalmente distinto al del delito comisivo—, sino de si el garante capaz de acción ha adoptado y puesto en práctica, o no, una decisión de actuar para evitar el resultado.

Kaufmann dice que con omisión "querida" en realidad la posición dominante quiere decir omisión "consciente" y que en tal caso el omitente ha llegado a ser *consciente del objetivo* posible de la acción, se ha percatado del camino que conduce al objetivo de la acción, ha *captado* la posibilidad de alcanzar el objetivo, es decir, ha desplegado un *plan del hecho* —aun cuando tras este a menudo no haya existido *ninguna voluntad* con poder fáctico—. Sostiene que el dolo aquí no sería un dolo de omitir, sino el dolo, no realizado, de actuar. este "dolo de omitir" de la teoría dominante dice que llevaría a excluir el dolo de omitir en aquellos que, por indiferencia, insensibilidad o porque están conformes con el curso de los acontecimientos, ni siquiera caen en la cuenta de su intervención o de la posibilidad de su intervención.

Entiendo que en un primer momento parece que el Tribunal en lo Criminal se enroló en la postura dominante tal como la entiende Kaufmann, ya que al afirmar que R. "era plenamente consciente de las consecuencias de no anudar el cordón" parecería estar diciendo que era consciente sobre el objetivo de desarrollar una conducta activa y del camino para llegar a ese objetivo. Empero, el Tribunal no se manifestó de manera categórica como el Fiscal, quien dijo que la acusada llevó adelante un plan premeditado para el ocultamiento del embarazo, y que a sabiendas y con intención ocasionó el deceso de la recién nacida. En un segundo momento, el Tribunal varió su postura ya que terminó sosteniendo que R. se "despreocupó por la situación de la recién nacida", lo que a las claras no implica el despliegue del rendimiento intelectual que requiere el conocimiento de la posibilidad de acción.

Tratar como dolosa la "despreocupación", "indiferencia" o "insensibilidad" perjudica especialmente a las mujeres madres, respecto de quienes recae un estereotipo en el que tales sentimientos o actitudes no tienen lugar. Así, una "buena madre" será quien, despojada de todo sentimiento de egoísmo, logre incluso dar su vida para proteger a sus hijos. Sumisa, humilde, generosa, fiel, asexuada, ama de casa, aunque educada en temas de salud, solícita, serán alguno de los rasgos que deberá exhibir para ser juzgada "aceptable" con los parámetros socialmente activos **(33)**. En consecuencia, a raíz de este estereotipo plagado de exigencias es que termina calificándose con mucha soltura y facilidad a las mujeres, gestantes y madres, como "indiferentes", "insensibles" o "despreocupadas", concepto último que le ha bastado al Tribunal para tener por configurado el aspecto doloso del delito por el que se condenó a R.

Por fuera de la doctrina dominante, resulta importante el aporte de Schünemann **(34)** por sostener una mirada crítica respecto de la posición de garante, que, como se ha dicho, trae como consecuencia la suposición de la capacidad de acción cuando el rol es de gestante o madre.

Sobre el problema de la equiparación entre la omisión y los delitos de resultado, el autor remarca que no la entiende en el sentido de "igualmente merecedora de punición", sino que

(33) KALINSKY, Beatriz - CAÑETE, Osvaldo, "Madres frágiles. Un viaje al infanticidio", Buenos Aires, Editorial Biblos, 2010.

(34) SCHÜNEMANN, Bernd, "Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia", Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

postula que resulta del carácter común que poseen en la esfera ontológica, el cual es, el dominio actual (no posible o potencial) sobre el fundamento o causa esencial del resultado. Así, el estatus formal o fáctico del omitente no puede resolver la cuestión de la igualdad. Con esta directriz, dice que pretende cerrar el paso a la creación desbocada de deberes de garante en función de percepciones de merecimiento de pena.

Resulta interesante que el autor solo toma en consideración las *condiciones actuales, "reales"*, y por ello entiende que la posibilidad de alertar no es una condición positiva del resultado, sino solo en principio una causalidad potencial **(35)**. A su vez, caracteriza al dominio no como algo puramente psíquico, pues para él lo decisivo es el dominio de la voluntad sobre el acontecer.

Las condiciones reales y actuales con las que nos encontramos en este caso a simple vista son: un parto en soledad y sin asistencia profesional, un alegado y muy posible desmayo provocado por una hemorragia post parto sin conocerse su tiempo de duración, ausencia de peritajes médicos que brinden certeza acerca de la causa de la muerte y del tiempo de sobrevida, así como falta de conocimiento del entorno de R. sobre su embarazo. Todas estas condiciones deberían haberle permitido al Tribunal enmarcar los acontecimientos para luego analizar, en palabras de Schünemann, el dominio de R. sobre la causa esencial del resultado en lugar de simplemente aventurar su voluntad o directamente omitir analizarla.

También es importante destacar que este autor entiende que el dominio de la persona sobre el cuerpo resulta decisivo para la equiparación, de hecho, habla de que la persona "psíquicamente intacta" debe dominar sus movimientos corporales. Dicho requerimiento me permite reflexionar acerca de cómo en ciertas etapas del proceso de gestación a las mujeres se les niega el dominio sobre sus cuerpos, mientras que en otras se les exige un dominio absoluto. Con ello me refiero a que, la criminalización del aborto que impone el embarazo forzado implica expropiar durante la etapa de gestación el cuerpo de las mujeres en pos de intereses de la sociedad o estatales, haciéndoles perder así el control o dominio sobre sus cuerpos. Por el contrario, cuando la mujer se encuentra transitando el parto, se le asigna tal aptitud de dominio sobre su cuerpo **(36)** que no se concibe que no haya estado dentro de sus posibilidades físicas ni cognoscentes llevar adelante los procedimientos médicos necesarios para salvar la vida del recién nacido.

A pesar del acertado diagnóstico y análisis que este autor realiza a los fines de hallar el elemento ontológico que permitiría igualar la omisión a la acción, en el tema que aquí interesa adopta una postura que él mismo define como existencialista, pues entiende que "está existencialmente dado el poder de la madre sobre el embrión que crece en su seno". Considera que uno de los niveles de concreción del dominio viene formado por el desamparo connatural de la víctima, en tanto "...[l]a solidez e intimidad insuperables de esta relación [madre-embrión] se desprende de que el dominio se garantiza aquí como en las acciones realizadas con el propio cuerpo y por tanto con el medio más efectivo... El dominio,

(35) El autor explica que por omitir avisar sólo puede imputarse el resultado a aquel que ejerció un dominio adicional sobre el fundamento del resultado, brindando el siguiente ejemplo: si en el Mar del Norte no se iza la boya roja que alerta acerca del peligro de muerte que supone la marea y hay bañistas que se internan en el agua y la corriente les arrastra, cómo esté la boya es una condición actual y positiva del resultado. De existir la posibilidad de salvar con una lancha a los bañistas en peligro, ello sólo conforma una causalidad potencial que no fundamenta la equivalencia, de manera que sólo se imputa el resultado a aquel poseedor de lancha que ejerció dominio sobre el especial desamparo de las víctimas.

(36) Para profundizar este punto véase FEDERICI, Silvia, "Calibán y la bruja", Buenos Aires, Tinta Limón, 2015, donde la autora explica que en los siglos XVI y XVII en Europa se adoptaron nuevas formas de vigilancia para asegurar que las mujeres no interrumpieran sus embarazos. Como consecuencia, las mujeres comenzaron a ser procesadas en grandes cantidades como asesinas de niños. A su vez, la sospecha también recayó sobre las parteras en este período —por miedo de las autoridades al infanticidio, y no por una preocupación por su competencia médica—, lo que condujo a la entrada del doctor masculino a la sala de partos. Así fue como, con la marginación de la partera, comenzó un proceso por el cual "...las mujeres perdieron el control que habían ejercido sobre la procreación, siendo reducidas a un papel pasivo en el parto, mientras que los médicos hombre comenzaron a ser considerados como los verdaderos "dadores de vida"...".

con base existencial, de la madre se prolonga hasta que el hijo pierde su desvalimiento connatural... Merecen, pues, aplauso, las sentencias citadas supra que se ocupan de los deberes de garantía de la madre para con sus hijos pequeños...". De este modo, el autor termina entonces dejando de lado toda su teoría en torno al dominio sobre el fundamento del resultado, lo cual es dicho por él mismo en los siguientes términos: "...a excepción de la vinculación existencial entre madre e hijo, es siempre la libre voluntad propia la que genera deberes de garantía para el ciudadano...".

Entonces, de guiarnos por este autor, la mujer que termina dando a luz sin asistencia profesional y sufre la muerte del feto o bebé no puede esperar más que la imputación como autora de dicha muerte por la base existencial que le da al dominio. A pesar de que la teoría desarrollada por Schünemann tiene por directriz el dominio sobre el fundamento del resultado y por tanto la virtud de igualar la omisión a la acción desde la esfera ontológica y no desde el estatus formal o fáctico del/de la omitente **(37)**, en el punto que aquí nos interesa adopta un criterio esencialista que coincide con el adoptado en el fallo bajo análisis, el cual desemboca en la atribución de responsabilidad objetiva a la mujer.

Por último, y en línea con lo postulado por Schünemann, me referiré a la postura de Cilleruelo **(38)**, quien pretende alejar a la voluntad del terreno de lo hipotético y por tanto de lo irreal. Así, sostiene que resulta esencial para comprender la estructura de planeamiento del ser humano atender a lo real o a aquello que hace y no a lo que puede hacer, y que la esencia de esa estructura es la voluntad final, y no la capacidad de actuar, pues el ser humano interactúa con su mudo circundante por medio de su voluntad la que contiene una finalidad.

Luego, explica que el proceso que transcurre en la esfera intrasubjetiva de proponer un fin, es de decir seleccionar un objetivo, luego elegir el modo de alcanzar lo propuesto y la puesta en marcha de la voluntad final así estructurada, se da tanto en los casos de acción como en los casos de omisión. Sin embargo, reconoce que sus estructuras presentan diferencias, pues la inacción es en la omisión el medio para alcanzar el perjuicio al bien jurídico imperceptible en el mundo exterior, mientras que la puesta en marcha de factores causales para alcanzar el perjuicio que será perceptible en el exterior es lo que ocurre en la acción. El autor pretende demostrar que la omisión no es un concepto-valor obtenible por la diferencia entre la posibilidad de hacer algo y su falta de concreción. Por ello, dice que lejos de existir entre acción y omisión la relación A y no-A, lo que existe es una relación del tipo A y B.

Entonces, para este autor, capacidad de acción aún no es exteriorización de la voluntad final, es decir, aún no es inactividad propia sometida a la voluntad para alcanzar un fin. Así, en el caso que el agente carezca de capacidad para llevar adelante una acción interruptora del curso causal, en definitiva, no puede influir en él y, por tanto, se trata de un supuesto de exclusión de la omisión a nivel pretípico. Es decir, en tales condiciones, el sujeto carece de toda posibilidad de dominar el curso causal y, por lo tanto, es irrelevante la decisión de omitir.

Conforme este esquema propuesto, la ausencia de capacidad de acción de R. conduciría a afirmar la exclusión de la omisión, de modo pretípico. Y es que la supuesta capacidad de acción de R. (consistente en realizar los procedimientos correspondientes sobre el cordón umbilical de la recién nacida luego de recuperarse ella del desmayo sufrido) para este autor no es un elemento constitutivo del concepto de omisión,

(37) En el Prólogo a la edición española del libro "Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia" de Bernd Schunemann, Luis Gracia Martín brinda el siguiente ejemplo en el que aplica la teoría desarrollada por el autor: explica que, para la doctrina tradicional, realizarían el tipo de homicidio por omisión, el cónyuge que ante la repentina y letal indisposición del otro cónyuge no solicita el auxilio de los servicios de atención médica. Sin embargo, ni el cónyuge tiene dominio ni del (hipotético) curso salvador (le falta capacidad de acción, pues no es médico/a) ni del curso causal que se desarrolla en dirección a la muerte (por ejemplo, desencadenado por el ataque de peritonitis o por el infarto),y respecto de este curso causal, por cierto, la falta de dominio se debe tanto a la falta de capacidad de acción como también la ausencia de un acto de asunción voluntaria del dominio.

(38) CILLERUELO, Alejandro R., "Delito de omisión", Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2015.

sino solo una hipótesis y un presupuesto a considerar en el plano ontológico para excluir la posibilidad de influir en el curso causal en marcha.

Tener en cuenta que la capacidad de acción no es conducta sino una conjetura de ella, es decir, algo que pertenece a la esfera de pensamiento y no de la realidad y que por tanto no puede someterse a la dirección final, resulta clave a los fines de limitar el uso de las hipótesis y conjeturas como herramienta.

Esta advertencia que el autor realiza deviene fundamental en los casos de mujeres madres o gestantes imputadas por omisión de conductas presuntamente debidas respecto de hijos, pues sobre ellas pesan además las conjeturas que derivan de las expectativas idealizadas en cuanto su rol materno. Estas expectativas no son más que estereotipos de género, que se refieren a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados **(39)**. Son estas conjeturas o suposiciones de conducta y no los datos empíricos o de la realidad las que terminan construyendo hipótesis sobre cómo debería haber actuado la mujer-madre en el caso concreto. De ahí la imperiosa necesidad de poner especial foco en el modo de construir la capacidad de acción de las mujeres, ya que a las conjeturas que resultan propias de este elemento —tal como sostiene Cilleruelo—, se le suman las que derivan de los estereotipos de maternidad.

Con el objeto de respetar la esencia ontológica de la omisión, donde la finalidad ocupa un rol central, Cilleruelo postula que el dolo omisivo estará constituido por el conocimiento de la situación fáctica peligrosa, del proceso causal en marcha, de la inminencia del peligro para el bien jurídico, y la posibilidad física de intervención con relativa eficacia para neutralizarlo, en el marco de la obligación adicional especial que apunta a la conservación para el bien jurídico amenazado que emergerá de la ley y la libre aceptación. También, según el autor, estará constituido por la voluntad de perjudicar al bien jurídico, lo cual se logrará mediante un doble dominio: el dominio del propio cuerpo como medio para que se produzca el resultado y asumiendo el dominio que se le ofrece al agente respecto de la supervisión de la situación fáctica peligrosa.

Siguiendo el esquema que propone Cilleruelo sobre el elemento cognoscitivo del dolo omisivo, puede afirmarse que el Tribunal que condenó a R. afirmó en virtud de las ficciones creadas por los estereotipos que recaen sobre la mujer-madre, el conocimiento de R. sobre la situación fáctica peligrosa, sobre proceso causal en marcha y sobre la inminencia del peligro para el bien jurídico. También fue analizado conforme estos mismos parámetros la posibilidad física de intervención, en tanto se menospreciaron sus padecimientos producto del parto sorpresivo en su hogar.

En cuanto al elemento volitivo del dolo omisivo, este no fue estudiado ni tampoco fue mencionado en el fallo. Así, el Tribunal que condenó a R., en palabras de Cilleruelo, no afirmó la voluntad de R. de perjudicar el bien jurídico, en tanto la construcción de la punibilidad la hizo nacer desde la posición de garantía y su consecuente deber jurídico. De este modo, el salto argumentativo que no se hizo en el fallo fue, de la mera posibilidad de evitación de la muerte de la recién nacida a poder afirmar que la inactividad corporal de R. fue dirigida por su voluntad, como medio para obtener como fin la muerte de la recién nacida.

El Tribunal no pudo construir que el resultado haya sido producto de la voluntad final de R., con lo cual puede decirse que se enfrentó a una insuficiencia de elementos probatorios para lograr equiparar el disvalor de la omisión de R. con la conducta activa de dar muerte, olvidándose que tal supuesto correspondía ser resuelto aplicando el principio de *in dubio pro reo* que rige en la materia.

Debe mencionarse que el Fiscal que formuló la acusación sí afirmó la configuración del dolo de dar muerte por parte R. R., apoyándose en el

(39) Véase la sentencia del 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, apartado 401.

presunto "ocultamiento" **(40)** del embarazo. Al respecto, corresponde resaltar que la defensa sostuvo que simplemente R. no contó sobre su embarazo a su familia por temor a la reacción de su padre y de su hija, así como tampoco se lo contó a sus vecinas porque no tenían un vínculo de amistad. Luego, reflexionó preguntándose acerca de por qué se espera que una madre quiera dar la noticia a todo el mundo.

Hasta aquí, resalté en un primer momento la distinción que realiza Gracia Martín entre el rol de garante y la capacidad de acción, haciendo hincapié en que en el caso aquí analizado dicha distinción no se efectuó. Luego destaqué la caracterización de Kaufmann en torno al elemento cognoscitivo o intelectual que la imputación por los delitos de comisión por omisión requiere, así como la directriz material del dominio sobre el fundamento del resultado propuesta por Schünemann. Por último, me detuve en lo postulado por Cilleruelo en atención a que entiendo de utilidad considerar los términos en los que propone analizar el elemento volitivo.

IV. Conclusión

Me planteo el interrogante de si el Tribunal en realidad dimensionó que la no evitación del resultado muerte por la garante resultó de menor gravedad que la producción del resultado mediante una acción, y fue por eso por lo que intentó corregir la medición judicial de la pena recurriendo a la atenuante de las circunstancias extraordinarias, para violentar así lo menos posible el principio de proporcionalidad.

La maternidad, o su potencialidad, introduce externalidades negativas que solo las mujeres asumen. Aquí se ha hecho evidente que uno de dichos costos surge del hecho de presumir su capacidad de acción en todo lo relativo a la gestión del parto y nacimiento. Y es que, si aplicando la teoría dominante a los casos de comisión por omisión las posibilidades de llevar el caso al límite con la responsabilidad penal objetiva son altas, cuando quien es juzgada es una mujer en su rol de madre, las posibilidades son aún mayores pues la capacidad de acción —elemento central de la construcción teórica de la omisión según la doctrina dominante— se puede llegar a construir, como en el caso de R. sucedió, de un modo artificioso. Ello, en tanto los y las operadores judiciales, y aquí la y los integrantes del Tribunal que condenaron a R., construyeron dicha capacidad echando mano a expectativas sociales de conducta de R. por su género.

Entonces, correr como único protagonista de la teoría de la omisión a la capacidad de acción resulta más crucial aun cuando hablamos de mujeres-madres acusadas. Para ello, considero que incorporar estratos de análisis al estudiar el aspecto cognoscitivo o intelectual del delito como lo han hecho alguno de los autores aquí citados, así como incorporar el concepto de dominio sobre el fundamento del resultado y sobre todo el aspecto conativo o volitivo con foco en el dominio sobre el propio cuerpo y sobre la situación fáctica peligrosa, permitiría complejizar el análisis dogmático al momento de discutir la aplicación de un tipo penal en comisión por omisión.

Esto me lleva a sostener que no solo la inclusión de las figuras de género específicas puede generar un efecto positivo inmediato **(41)**, también desde la dogmática puede realizarse un esfuerzo a fin de mostrar los momentos en los que se filtran los estereotipos de género, siendo una herramienta para ello el desglosar estratos de análisis de la estructura del delito para dificultar o al menos poner en evidencia la intromisión de estos estereotipos.

(40) El Fiscal parece también desconocer que el ocultamiento del embarazo puede configurar una operación psíquica para cursar un embarazo no bienvenido, y que ello tiene implicancias durante toda la gestación y en el parto mismo. Por ejemplo, en el apego con el feto, en terminar por malinterpretar las contracciones previas al parto por falta de registro sobre el embarazo o en desestimar el acercamiento de la fecha posible de nacimiento (COLL, María Lourdes - MERCURIO, Ezequiel - MAERO SUPARO, Vanesa, "Infanticidio en la Argentina. Consideraciones legales y aportes psicopatológicos a partir de los fallos "Trapasso" y "Tejerina", Estudios sobre Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, 2019, p. 22).

(41) LAURENZO COPELLO, "¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?", en Estudios Penales y Criminológicos, XXXV, 817, 2015, pp. 783-830.

En el caso analizado nos hemos encontrado ante la utilización de la analogía, prohibida en el Derecho Penal, cuya configuración estuvo determinada por exigencias discriminatorias debido al género. Con ello me refiero a que al resolverse la aplicación del tipo penal en comisión por omisión no se trabajó en la equiparación estructural y material al tipo (escrito) de la acción, sino que se fundó la equivalencia en una semejanza en los hechos alimentada por exigencias al género que se entendieron por no alcanzadas.

JURISPRUDENCIA

HABEAS CORPUS CORRECTIVO

Medidas de aislamiento tomadas en virtud de la emergencia sanitaria. Rechazo.

> La eventual demora en la asignación de turnos por parte de los distintos nosocomios de la provincia de Buenos Aires, para la realización de prácticas galenas, la suspensión de la visita de la esposa del peticionante y la reprogramación de talleres y actividades intramuros, no implican per se un agravamiento en las condiciones de detención de los internos; situación que resulta atendible en el marco de la emergencia sanitaria generada por el virus COVID-19.

CFCasación Penal, Sala de Feria, 26/01/2022. - Sandoval, Mario Alfredo s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/8595/2022]

Expte. n° FSM 000200/2022/1/CFC001

Buenos Aires, 26 de enero de 2022.

Considerando:

Los doctores *Gemignani* y *Mahiques* dijeron:

I. La presente acción de hábeas corpus se inició por pedido Mario Alfredo Sandoval, quien se encuentra alojado en el Instituto Penal Federal de Campo de Mayo, Unidad nº 34, a disposición del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 5 de la Ciudad de Buenos Aires, en el marco de la causa nº 2791, registro del TOF 14217/2003/TO8.

En dicha oportunidad, manifestó que efectuaba petición de habeas corpus por el agravamiento en las condiciones de su detención. Puntualmente señaló que las disposiciones referidas al aislamiento por casos de positivos de Covid19 en la unidad provocaron graves consecuencias, tales como la suspensión de: 1) salidas médicas extramuros (canceló turnos del 4 y 5/1/22 en las especialidades de neurología y oftalmología); 2) actividades internas (talleres, actividades físicas al aire

Poder Judicial de la Nación libre, contacto con otros pabellones, sala de gimnasia, videoconferencia con su familia dos veces por semana) y 3) la visita de la esposa del nombrado.

II. Así pues la causa quedó radicada en el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nº 1 de San Martín, el cual resolvió, rechazar in limine la acción interpuesta, por no encuadrar el planteo en los supuestos previstos en el art 3º de la ley 23.098.

Para ello, entendió que "...las objeciones formuladas por el presentante, su desacuerdo en cuanto a la forma en que se gestiona la crisis para evitar la propagación del virus no alcanzan para configurar la segunda hipótesis prevista en dicho artículo. Esto es, no se verifica en el caso agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple su privación de la libertad".

En ese sentido, destacó que "...más allá de las limitaciones o incomodidades que pueda generar el aislamiento impuesto, la decisión no resulta ser la derivación caprichosa o arbitraria de las autoridades a cargo de la unidad, sino por el contrario se encuentra específicamente prevista por la normativa vigente emanada de la Dirección Nacional del S.P.F. que fuera precedentemente enumerada, sumado a que conforme el relato del propio denunciante además se realizan controles médicos diarios de 'TA, oxigenación, temperatura y FC'".

Asimismo, señaló que "...las disposiciones fueron dictadas en el marco de una emergencia sanitaria mundial sin precedentes que lejos está de haber concluido y que claramente tienen como único objetivo la protección de la salud y evitar la propagación del virus que va mutando".

Finalmente, sostuvo que "...de las constancias arrimadas, en nada surge el agravamiento de las condiciones de detención de Sandoval; ni conculcación de derechos. Por el contrario, entiendo que las diligencias adoptadas por el personal del Poder Judicial de la Nación Unidad 34 SPF se basan en disposiciones vigentes y tienden a preservar su salud".

Dicha decisión fue confirmada por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín, Provincia de Buenos Aires y motivó la interposición del recurso de casación a estudio.

III. De las constancias traídas a conocimiento de esta instancia surgen elementos que justifican la habilitación de la feria para tratar el presente recurso (Acordada 7/09 de la C.F.C.P.).

IV. De esta manera, apreciamos que en el particular, el recurrente no consigue demostrar el vicio jurídico que alega, toda vez que no se ha hecho cargo de rebatir adecuadamente los argumentos en los cuales se sustentó el rechazo de la acción interpuesta.

Por cierto que las cuestiones alegadas por el recurrente no encuadran en los supuestos del art. 3 de la ley 23.098 propios de esta acción excepcional y expedita.

En suma, la resolución impugnada se encuentra razonablemente sustentada y los agravios solo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (C.S.J.N. Fallos 302:284; 304:415); decisión que cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888).

Por lo demás, debemos poner de resalto que la eventual demora en la asignación de turnos por parte de los distintos nosocomios de la provincia de Buenos Aires, para la realización de prácticas galenas, la suspensión de la visita de la esposa del peticionante y la reprogramación de talleres y actividades intramuros, no implican per se un agravamiento en las condiciones de detención de los internos; situación que resulta atendible en el marco de la emergencia sanitaria generada por el virus Covid-19.

Poder Judicial de la Nación

Finalmente, en lo que hace al principio de doble instancia, tal extremo se halla debidamente garantizado, por cuanto han recaído pronunciamientos concordantes del juez federal de primera instancia y de la cámara respectiva, y toda vez que no se observa la existencia de cuestión federal o la verificación de un supuesto de arbitrariedad en el pronunciamiento criticado, corresponde declarar inadmisible el recurso de casación deducido por la defensa particular, sin costas (arts. 444, 530 y ccdtes. del C.P.P.N.).

Tal es nuestro voto.

El doctor *Riggi* dijo:

Por compartir en lo sustancial las consideraciones efectuadas por los distinguidos colegas que nos preceden en el orden de votación, doctores Juan Carlos Gemignani y Carlos Alberto Mahiques, habremos de adherir a la inadmisibilidad del recurso de casación articulado, pero con imposición de costas (arts. 530 y 531 del CPPN).

Tal es nuestro voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal,

Resuelve:

I. HABILITAR la feria judicial para resolver la presente causa.

II. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Mario Alfredo Sandoval, -por mayoría- sin costas (arts. 444, 530 y ccdtes. del CPPN).

III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 5/19) y oportunamente remítase, mediante pase digital, a Secretaría General donde deberá reservarse para su remisión a la Sala correspondiente, una vez transcurrida la feria judicial. Sirva la presente de atenta nota de envío. — *Eduardo R. Riggi.* — *Juan C. Gemignani.* — *Carlos A. Mahiques.*

PRISIÓN PREVENTIVA

Prórroga. Condena del imputado. Cuestión abstracta.

> Si surge del expediente principal que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal condenó al imputado a la pena de 6 años y 6 meses de prisión, atento a lo previsto por el art. 2° de la ley 24.390 y su modificatoria 25.430, el planteo relativo a la prórroga de la prisión preventiva perdió virtualidad y, por ello, la cuestión se tornó abstracta.

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 25/10/2021. - Rojas, Juan Carlos s/ legajo de prórroga de prisión preventiva.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/166752/2021]

Expte. n° FTU 000883/2019/TO01/5/CFC004

Buenos Aires, 25 de octubre de 2021.

Considerando:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero en fecha 19 de mayo de 2021, resolvió: "1º) PRORROGAR LA PRISIÓN PREVEN-

TIVA- en su modalidad domiciliaria- impuesta a JUAN CARLOS ROJAS D.N.I. [...] por el término de TRES MESES a contar desde el 19 de mayo de 2021- fecha en que opera el vencimiento de la prórroga de tres meses dispuesta por auto dictado el 7 de abril de 2021 (fs. 4/7)-; o hasta que recaiga sentencia definitiva (art. 1 Ley 24.390)" (el destacado y las mayúsculas pertenecen al original).

II. Que, contra esa decisión, la defensa pública oficial del nombrado interpuso el recurso de casación el que fue oportunamente concedido por el a quo.

III. Que, llegado el momento de resolver, corresponde señalar que, según jurisprudencia inveterada de nuestro máximo Tribunal de Justicia, resulta un principio ineludible en la teoría de los recursos aquel que ordena que las presentaciones recursivas sean resueltas de conformidad con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su interposición (cfr. Fallos: 285:353, 310:819 y 315:584, entre muchos otros).

En la misma línea, es criterio de esta cámara que sus decisiones deben atender a las circunstancias existentes al momento de su pronunciamiento, aunque sean distintas a las verificables en oportunidad de la interposición del recurso respectivo (cfr. de esta Sala, causas FMZ 14282/2016/47/CFC009, caratulada "Cantoni, Gabriela Cristian s/incidente de excarcelación", rta. 22/11/19, reg. 2067/19; FCT 10809/2018/1/CFC1, caratulada "Ramírez Ramos, Carlos German s/ recurso de casación", rta. 22/11/19, reg. 2068/19; FRO 009491/2013/TO01/7/CFC004, caratulada "Tabares, Darío Héctor Oscar s/ legajo de casación", rta. 5/11/19, reg. 1981/19; CPE 16/2016/TO2/42/CFC25, caratulada "Tolos, Matías Sebastián s/ recurso de casación", rta. 1/11/19, reg. 1968/19; entre muchas otras).

IV. Que, conforme surge del expediente principal al cual tuvimos acceso a través del Sistema de Gestión Judicial (LEX100), el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, en fecha 7 de julio próximo pasado, condenó a Juan Carlos Rojas a la pena de 6 años y 6 meses de prisión (cfr. legajo Nº FTU 883/2019, caratulada "ACOSTA, Tomas Alberto y otro s/infracción Ley 23737").

V. En virtud de lo expuesto y atento a lo previsto por el art. 2 de la Ley 24390 y su modificatoria 25430, el planteo en estudio perdió virtualidad y por ello, la cuestión sometida a inspección jurisdiccional se tornó abstracta, lo que ASÍ SE DECLARA. 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. Nota: para dejar constancia que el doctor Diego G. Barroetaveña se encuentra en uso de licencia (art. 109 RJN). — *Ana M. Figueroa.* — *Daniel A. Petrone.*

REX INADMISIBLE

Procedimiento penal. Ausencia de fundamentación. Cuestión federal. Arbitrariedad.

El recurso extraordinario no puede prosperar formalmente, pues no contiene agravios federales debidamente fundados que permitan habilitar la jurisdicción excepcional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La inadmisibilidad del recurso de casación declarada por la Cámara se fundó en la falta de idoneidad de los agravios para cuestionar el criterio que razonablemente adoptara la instancia anterior. El recurso tampoco contenía una cuestión federal debidamente fundada. La postulada arbitrariedad de la sentencia tampoco está fundada de modo tal que pueda constituir un agravio idóneo.

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 26/10/2021. - Zabala, Cristian Daniel y otros s/ incidente de recurso extraordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/167300/2021]

Expte. n° FLP 039370/2016/TO01/21/3/1

Buenos Aires, 26 de octubre de 2021.

Considerando:

La doctora *Figueroa* dijo:

I. Que, el 13 de mayo de 2021 -en lo que aquí interesa-, esta Sala I resolvió: "DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de (...) Cristian Daniel Zabala (...) con costas" -destacado presente en el original-.

Que, contra esa decisión, el defensor público oficial, doctor Guillermo Todarello, interpuso el recurso extraordinario en estudio.

Que, del recurso presentado se corrió traslado al fiscal general, doctor Raúl Omar Pleé, quien solicitó que el remedio federal sea declarado inadmisible.

II. Que, el recurso intentado no puede prosperar formalmente, pues no contiene agravios federales debidamente fundados que permitan habilitar la jurisdicción excepcional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículo 14 de la Ley 48).

En este sentido, corresponde indicar, en primer término, que la inadmisibilidad del recurso de casación declarada por esta Cámara se fundó en la falta de idoneidad de los agravios presentados por la defensa para cuestionar el criterio que razonablemente adoptara la instancia anterior. Se puntualizó, asimismo, que el recurso tampoco contenía una cuestión federal debidamente fundada.

En su intento de acceder a la instancia federal de excepción, la defensa insiste con los planteos que ya había expuesto ante el tribunal a quo y esta Cámara, y ello resulta insuficiente a los fines de la admisibilidad del recurso extraordinario, defecto que no puede ser suplido por la sola invocación de principios constitucionales. En tal sentido debe recordarse que "la mera reedición de los planteos introducidos en las instancias anteriores, no suple la crítica concreta y razonada que requiere el remedio federal" (Fallos: 315:59; 318:2266; 331:2799; entre muchos otros).

Por otra parte, la postulada arbitrariedad de la sentencia tampoco está fundada de modo tal que pueda constituir un agravio idóneo para su estudio por el Alto Tribunal,más allá de las discrepancias expresadas por la recurrente con lo resuelto. En tal sentido, debe recordarse que la doctrina de la arbitrariedad de sentencias es de aplicación estrictamente excepcional y tiene por objeto suplir defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento que impidan considerar a la sentencia como un acto jurisdiccional válido (Fallos 326:3939; 330:717; 334:541, entre otros).

En razón de lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa no puede prosperar.

El doctor *Petrone* dijo:

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

Por lo expuesto, el Tribunal *Resuelve:*

DECLARAR INADMISIBLE el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa pública oficial de Cristian Daniel Zabala, con costas (arts. 14 y 15 de la Ley 48 y 68 y 69 del CPCCN). Regístrese, notifíquese y comuníquese al Centro de Información Judicial –CIJ- (Acordada 5/19 CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. *— Ana M. Figueroa. — Daniel A. Petrone.*

RECURSO EXTRAORDINARIO

Reedición de planteos. Ausencia de agravios federales. Inadmisibilidad.

1. — El recurso extraordinario no puede prosperar formalmente, pues no contiene agravios federales debidamente fundados que permitan habilitar la jurisdicción excepcional de la CSJN en los términos del art. 14 de la ley 48.

2. — La defensa insiste con los planteos que ya había expuesto ante el tribunal a quo y la Cámara, y ello resulta insuficiente a los fines de la admisibilidad del recurso extraordinario, defecto que no puede ser suplido por la sola invocación de principios constitucionales.

3. — La defensa no logra demostrar, ni tampoco se advierte, que se haya vulnerado el derecho al recurso de su defendido. Esto es, más allá de que se haya resuelto la inadmisibilidad de la impugnación, la Cámara efectuó un análisis de los argumentos invocados por la parte en su presentación y se han brindado fundamentos para sostener que, en el caso, el recurso no superaba el test de admisibilidad de acuerdo con lo dispuesto por el art. 444 del Cód. Proc. Penal (del voto del Dr. Petrone).

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 26/10/2021. - Flores Salcedo, José Walter s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/167301/2021]

Expte. n° FMZ 000316/2017/TO01/30/1

Buenos Aires, 26 de octubre de 2021.

Considerando:

La doctora *Figueroa* dijo:

I. Que, el 17 de agosto de 2021, esta Sala I resolvió: "declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de José Walter Flores Salcedo, con costas (arts. 444, 530 y ccds. del CPPN)" -destacado presente en el original-.

Que, contra esa decisión, el defensor público oficial, doctor Enrique María Comellas, interpuso el recurso extraordinario en estudio.

Que, del recurso presentado se corrió traslado al fiscal general, doctor Raúl Omar Pleé, quien solicitó que el remedio federal sea declarado inadmisible.

II. Que, el recurso intentado no puede prosperar formalmente, pues no contiene agravios federales debidamente fundados que permitan habilitar la jurisdicción excepcional de la CSJN (artículo 14 de la Ley 48).

En este sentido, corresponde indicar, en primer término, que la inadmisibilidad del recurso de casación declarada por esta Cámara se fundó en la falta de idoneidad de los agravios presentados por la defensa para cuestionar el criterio que razonablemente adoptara la instancia anterior. Se puntualizó, asimismo, que el recurso tampoco contenía una cuestión federal debidamente fundada.

En su intento de acceder a la instancia federal de excepción, la defensa insiste con los planteos que ya había expuesto ante el tribunal a quo y esta Cámara, y ello resulta insuficiente a los fines de la admisibilidad del recurso extraordinario, defecto que no puede ser suplido por la sola invocación de principios constitucionales. En tal sentido debe recordarse que "la mera reedición de los planteos introducidos en las instancias anteriores, no suple la crítica concreta y razonada que requiere el remedio federal" (Fallos: 315:59; 318:2266; 331:2799; entre muchos otros).

Dicho óbice formal debe aplicarse asimismo, y por lógica consecuencia, a la pretendida inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, inc. 10 del CP, pues la apelante vincula directamente estos con la alegada afectación de la doble instancia, aunque sin aportar más fundamentos que los ya expuestos y evaluados en las distintas instancias de impugnación.

Por otra parte, la postulada arbitrariedad de la Cámara Federal de Casación Penal sentencia tampoco está fundada de modo tal que pueda constituir un agravio idóneo para su estudio por el Alto Tribunal, más allá de las discrepancias expresadas por la recurrente con lo resuelto. En tal sentido, debe recordarse que la doctrina de la arbitrariedad de sentencias es de aplicación estrictamente excepcional y tiene por objeto suplir defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento que impidan considerar a la sentencia como un acto jurisdiccional válido (Fallos 326:3939; 330:717; 334:541, entre otros).

En razón de lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa no puede prosperar.

El doctor *Petrone* dijo:

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

Solo habré de agregar que, no obstante su invocación, la defensa no logra demostrar, ni tampoco se advierte, que se haya vulnerado el derecho al recurso de su defendido. Esto es, más allá de que se haya resuelto la inadmisibilidad de la impugnación, esta Sala ha efectuado un análisis de los argumentos invocados por la parte en su presentación y se han brindado fundamentos para sostener que, en el caso, el recurso no superaba el test de admisibilidad de acuerdo con lo dispuesto por el art. 444 del Código Procesal Penal de la Nación -CPPN-.

Por lo expuesto, el Tribunal *Resuelve:*

Declarar inadmisible el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa pública oficial de José Walter Flores Salcedo, con costas (arts. 14 y 15 de la Ley 48 y 68 y 69 del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y comuníquese al Centro de Información Judicial –CIJ- (Acordada 5/19 CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ana M. Figueroa. — Daniel A. Petrone.*

RECURSO EXTRAORDINARIO

Reedición de agravios. Inadmisibilidad.

1. — El recurso extraordinario federal no puede prosperar, ya que la parte recurrente ha basado su impugnación en la reedición de agravios que han tenido adecuada respuesta y que consisten juicios discrepantes con el criterio adoptado, lo que no implica de suyo acreditar la relación directa e inmediata entre la materia del pleito y la cuestión federal invocada.

2. — La defensa no logra demostrar, ni tampoco se advierte, que se haya vulnerado el derecho al recurso de su defendido. Esto es, más allá de que se haya resuelto la inadmisibilidad de la impugnación, la Cámara efectuó un análisis de los argumentos invocados por la parte en su presentación y se han brindado fundamentos para sostener que, en el caso, el recurso no superaba el test de admisibilidad de acuerdo con lo dispuesto por el art. 444 del Cód. Proc. Penal de la Nación (del voto del Dr. Petrone).

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 26/10/2021. - Carrasco, Miguel s/ incidente de excarcelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/167316/2021]

Expte. n° FRO 048093/2018/73

Buenos Aires, 26 de octubre de 2021.

Considerando:

La doctora *Figueroa* dijo:

I. Que el 6 de julio de 2021 esta Sala I resolvió, por mayoría, "I. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial en favor de Miguel Carrasco, con costas (arts. 444, 530 y ccds. del CPPN)", el destacado obra en el original.

Que, contra esa decisión, se presentó la Defensora Pública Oficial coadyuvante, María Ivana Carafa interpuso recurso extraordinario federal en favor del imputado.

Que por el plazo de diez días, se confirió traslado del recurso extraordinario interpuesto a la fiscalía general (art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –CPCCN-), el que fue contestado oportunamente por el fiscal general ante esta instancia, Javier Augusto De Luca, quien solicitó que el remedio federal sea declarado inadmisible.

II. Que pese a la discrepancia manifestada por la suscripta en el decisorio ahora recurrido, lo cierto es que como lo ha sostenido en jurisprudencia reiterada la CSJN, el recurso extraordinario federal exige entre otros requisitos para su procedencia que la sustancia del planteo en que se funda implique el debate de una cuestión federal, lo que en la especie no ocurre (Fallos: 306:136; 305:1694 y 147:371, entre otros).

Además, no corresponde hacer lugar a la excepción de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, por cuanto en atención al carácter restrictivo de la admisión de la aludida doctrina, para que prospere la impugnación con ese respaldo, es menester que se demuestren defectos graves en la decisión recurrida, que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido, lo cual la defensa no ha conseguido probar en autos (Fallos: 311:1695).

Por otro lado, la parte recurrente ha basado su impugnación en la reedición de agravios que han tenido adecuada respuesta y que consisten juicios discrepantes con el criterio adoptado, lo que no implica de suyo acreditar la relación directa e inmediata entre la materia del pleito y la cuestión federal invocada (Fallos: 295:335; 300:443; 302:561 y 303:2012, entre otros).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, el recurso extraordinario federal"

Cámara Federal de Casación Penal extraordinario federal interpuesto por la defensa no puede prosperar, con costas.

Tal es mi voto.

El doctor *Petrone* dijo:

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

Solo habré de agregar que, no obstante su invocación, la defensa no logra demostrar, ni tampoco se advierte, que se haya vulnerado el derecho al

recurso de su defendido. Esto es, más allá de que se haya resuelto la inadmisibilidad de la impugnación, esta Sala ha efectuado un análisis de los argumentos invocados por la parte en su presentación y se han brindado fundamentos para sostener que, en el caso, el recurso no superaba el test de admisibilidad de acuerdo con lo dispuesto por el art. 444 del Código Procesal Penal de la Nación -CPPN-.

Por lo expuesto, el tribunal *Resuelve:*

Declarar inadmisible el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa de Miguel Carrasco, con costas (arts. 14 y 15 de la Ley 48 y 68 y 69 del CPCCN).

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. Nota: Para dejar constancia que el doctor *Barroetaveña* se encuentra en uso de licencia (art. 109 del RJN). — *Ana M. Figueroa.* — *Daniel A. Petrone.*

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Requisitos. Existencia de una cuestión federal. Reedición de agravios. Inadmisibilidad.

1. — Pese a la discrepancia manifestada por la recurrente en el decisorio ahora recurrido, lo cierto es que, el recurso extraordinario federal exige entre otros requisitos para su procedencia que la sustancia del planteo en que se funda implique el debate de una cuestión federal, lo que en la especie no ocurre.

2. — No corresponde hacer lugar a la excepción de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, por cuanto en atención al carácter restrictivo de la admisión de la aludida doctrina, para que prospere la impugnación con ese respaldo, es menester que se demuestren defectos graves en la decisión recurrida, que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido, lo cual la defensa no ha conseguido probar.

3. — La parte recurrente ha basado su impugnación en la reedición de agravios que han tenido adecuada respuesta y que consisten juicios discrepantes con el criterio adoptado, lo que no implica de suyo acreditar la relación directa e inmediata entre la materia del pleito y la cuestión federal invocada.

4. — La defensa no logra demostrar, ni tampoco se advierte, que se haya vulnerado el derecho al recurso de su defendido. Esto es, más allá de que se haya resuelto la inadmisibilidad de la impugnación, la Cámara efectuó un análisis de los argumentos invocados por la parte en su presentación y se han brindado fundamentos para sostener que, en el caso, el recurso no superaba el test de admisibilidad de acuerdo con lo dispuesto por el art. 444 del Cód. Proc. Penal (del voto del Dr. Petrone).

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 26/10/2021. - Rodríguez, Tatiana Vanesa s/ incidente de excarcelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/167354/2021]

Expte. n° FRO 048093/2018/69

Buenos Aires, 26 de octubre de 2021.

Considerando:

La doctora *Figueroa* dijo:

I. Que el 6 de julio de 2021 esta Sala I resolvió, por mayoría, "I. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial en favor de Tatiana Vanesa Rodríguez, con costas (arts. 444, 530 y ccds. del CPPN)", el destacado obra en el original.

Que, contra esa decisión, se presentó la Defensora Pública Oficial coadyuvante, María Ivana Carafa e interpuso recurso extraordinario federal en favor de la imputada.

Que por el plazo de diez días, se confirió traslado del recurso extraordinario interpuesto a la fiscalía general (art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –CPCCN-), el que fue contestado oportunamente por el fiscal general ante esta instancia, Javier Augusto De Luca, quien solicitó que el remedio federal sea declarado inadmisible.

II. Que pese a la discrepancia manifestada por la suscripta en el decisorio ahora recurrido, lo cierto es que, como lo ha sostenido en jurisprudencia reiterada la CSJN, el recurso extraordinario federal exige entre otros requisitos para su procedencia que la sustancia del planteo en que se funda implique el debate de una cuestión federal, lo que en la especie no ocurre (Fallos: 306:136; 305:1694 y 147:371, entre otros).

Además, no corresponde hacer lugar a la excepción de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, por cuanto en atención al carácter restrictivo de la admisión de la aludida doctrina, para que prospere la impugnación con ese respaldo, es menester que se demuestren defectos graves en la decisión recurrida, que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido, lo cual la defensa no ha conseguido probar en autos (Fallos: 311:1695).

Por otro lado, la parte recurrente ha basado su impugnación en la reedición de agravios que han tenido adecuada respuesta y que consisten juicios discrepantes con el criterio adoptado, lo que no implica de suyo acreditar la relación directa e inmediata entre la materia del pleito y la cuestión federal invocada (Fallos: 295:335; 300:443; 302:561 y 303:2012, entre otros).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa no puede prosperar, con costas.

Tal es mi voto.

El doctor *Petrone* dijo:

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

Solo habré de agregar que, no obstante su invocación, la defensa no logra demostrar, ni tampoco se advierte, que se haya vulnerado el derecho al recurso de su defendida. Esto es, más allá de que se haya resuelto la inadmisibilidad de la impugnación, esta Sala ha efectuado un análisis de los argumentos invocados por la parte en su presentación y se han brindado fundamentos para sostener que, en el caso, el recurso no superaba el test de admisibilidad de acuerdo con lo dispuesto por el art. 444 del Código Procesal Penal de la Nación -CPPN-.

Por lo expuesto, el tribunal *Resuelve:*

Declarar inadmisible el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa de Tatiana Vanesa Rodríguez, con costas (arts. 14 y 15 de la Ley 48 y 68 y 69 del CPCCN).

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.NOTA: Para dejar constancia que el doctor Diego G. Barroetaveña se encuentra en uso de la licencia (art. 109 del RJN) — *Ana M. Figueroa*. — *Daniel A. Petrone.*

LEY PENAL MÁS BENIGNA

Recurso de casación. Opinión diversa sobre la cuestión debatida. Inadmisibilidad.

> La impugnación se ha limitado a cuestionar una fundamentación que no comparte, sin lograr controvertir el criterio esgrimido en el fallo cuestionado que sostuvo que la ley 27.430 constituye una ley penal más benigna que debe ser aplicada retroactivamente por imperio constitucional conforme los arts. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 26/10/2021. - Energo SA s/ infracción ley 24.769.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/167441/2021]

Expte. n° FGR 023558/2019/CFC001

Buenos Aires, 26 de octubre de 2021.

Considerando:

I. Que, en fecha 18 de febrero de 2020, la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, integrada por los señores jueces Mariano Roberto Lozano, Richar Fernando Gallego y Ricardo Guido Barreiro, resolvió: "I. Rechazar el recurso deducido (...) por el Ministerio Público Fiscal (...)" contra la decisión que dispuso el sobreseimiento de Marcelo Oscar Gasser en su carácter de presidente de la persona jurídica Energo SA.

Contra esa decisión, el fiscal general Mario Sabas Herrera interpuso recurso de casación, el que fue concedido por la Cámara de mérito en fecha 9 de marzo de 2020 y mantenido ante esta instancia.

II. Que, si bien el recurso de casación ha sido interpuesto contra una resolución de carácter definitivo (art. 457 del CPPN), la impugnación se ha limitado a cuestionar una fundamentación que no comparte, sin lograr controvertir el criterio esgrimido en el fallo cuestionado, que se ajusta a lo resuelto por esta Sala en las causas nº FMP 61007576/2008/TO1/CFC1, "Panadero, Pedro Oscar s/ recurso de casación", Registro nº 1292/18 del 2/11/2018; nº FRO 51000822/2010/TO1/3/CFC1, "Isso, Claudio Fabián y otro s/ recurso de casación", Registro nº 1255/18 del 31/10/2018; y nº FCR 1160/2016/CFC1, "Leiva, Silvia Anahí s/ recurso de casación", Registro nº 1254/18 del 31/10/2018 -entre otras-; en las que se interpretó que la Ley 27430 constituye una ley penal más benigna que debe ser aplicada retroactivamente por imperio constitucional (cfr. arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH-, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCyP-, y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional -CN-) y de las prescripciones legales pertinentes (cfr. art. 2 del Código Penal -CP-), razón por la cual corresponde declarar inadmisible el recurso interpuesto.

A ello, se agrega que no se introdujeron argumentos o una crítica razonada que logre conmover la decisión adoptada por la Cámara de mérito; máxime teniendo en consideración que el auto impugnado se encuentra fundado, circunstancia que impide que sea descalificado como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 303:449 y 303:888, entre otros).

En ese orden, cabe concluir que solo se evidencia una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta por la instancia anterior, sin demostrar que haya existido un apartamiento de la solución normativa y doctrinaria prevista para el caso o que se avizoren deficiencias de razonamiento o fundamentación, lo que impide la procedencia de la vía deducida.

Por ello, el Tribunal *Resuelve:*

I. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 444, segundo párrafo, 530 y Fechasgtes. de firma: 26/10/2021 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.*

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Desistimiento. Ratificación.

El recurso extraordinario federal debe tenerse por desistido, ya que la defensa particular del imputado, desistió oportunamente de conformidad con lo normado por el art. 443 del Cód. Proc. Penal, el que fue posteriormente ratificado por el nombrado.

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 26/10/2021. - Administración Federal de Ingresos Públicos c. Martínez, Pablo Rubén s/ incidente de recurso extraordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/167447/2021]

Expte. n° CPE 001561/2018/TO02/7/1

Buenos Aires, 26 de octubre de 2021.

Considerando:

I. Que el 30 de julio de 2021 la Sala de Feria resolvió, en lo que aquí interesa "II. Por mayoría, DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto, sin costas (artículos 444, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal." -el destacado pertenece al original- (reg. n° 220/21).

II. Que, contra esta decisión, la defensa particular de Pablo Rubén Martínez interpuso recurso extraordinario federal, cuya admisibilidad corresponde evaluar.

III. Que se confirió por el plazo de diez días traslado del recurso extraordinario interpuesto a la fiscalía general (art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –CPCCN-), el que fue contestado oportunamente.

IV. Que en fecha 15 de octubre del corriente y por los motivos expuestos en la presentación que obra incorporada al presente legajo digital, la defensa particular de Pablo Rubén Martínez, desistió del recurso oportunamente interpuesto de conformidad con lo normado por el artículo 443 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), el que fue posteriormente ratificado por el nombrado.

En atención a ello, el Tribunal *Resuelve:*

TENER POR DESISTIDO el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa de Pablo Rubén Martínez, con costas (arts. 443, 530 y 531 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. — Daniel A. Petrone.*

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Falta de demostración de defectos graves. Inadmisibilidad. Disidencia.

1. — El recurso extraordinario interpuesto por el Ministerio Público Fiscal para que se pronuncie acerca de su viabilidad formal no puede ser autorizado. Cabe recordar que, en atención al carácter restrictivo de la admisión de la doctrina de la arbitrariedad, para que prospere la impugnación con ese respaldo es menester que se demuestren defectos graves en la decisión recurrida que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido, lo cual no se ha conseguido acreditar en autos. Ello por cuanto la sentencia aquí recurrida constituye una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias de la causa, Tampoco corresponde habilitar la vía extraordinaria por la invocación genérica de la violación a garantías constitucionales, que no se acredita ni se advierte en el caso, ni por la mera expresión de disenso.

2. — Es admisible el recurso extraordinario federal presentado por el fiscal general, debido a la conveniencia de dar trámite al recurso de casación oportunamente presentado —sin que ello implique adelantar opinión sobre el fondo de la cuestión— (del voto en disidencia del Dr. Barroetaveña).

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 26/10/2021. - Arminda, Arias Zenteno y otro s/ incidente de recurso extraordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/167493/2021]

Expte. n° FLP 000486/2019/5/1

Buenos Aires, 26 de octubre de 2021.

Considerando:

I. Que el 30 de marzo de 2021 esta Sala I, resolvió: "DECLARAR INADMISIBLE, por mayoría, el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 470, 471 –a contrario sensu- y 532 del CPPN)" (el destacado corresponde al original).

II. Que, contra esa decisión, el Ministerio Público Fiscal interpuso el recurso extraordinario federal en estudio, cuya admisibilidad corresponde evaluar.

Que el 27 de abril próximo pasado se confirió, por el plazo de diez días, traslado del recurso extraordinario interpuesto a la defensa particular (art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – CPCCN-).

El doctor *Barroetaveña* dijo:

Que al momento de emitir nuestro voto disidente en la sentencia ahora impugnada, nos pronunciamos a favor de dar trámite al recurso de casación oportunamente presentado –sin que ello implique adelantar opinión sobre el fondo de la cuestión-. Por lógica consecuencia, tales argumentos nos conducen a sostener aquí la admisibilidad formal del recurso extraordinario federal presentado por el señor Fiscal General Raúl Omar Pleé.

Es nuestro voto.

La doctora *Figueroa* dijo:

Que el recurso extraordinario interpuesto por el Ministerio Público Fiscal para que se pronuncie

acerca de su viabilidad formal, no puede ser autorizado.

Cabe recordar que en atención al carácter restrictivo de la admisión de la doctrina de la arbitrariedad, para que prospere la impugnación con ese respaldo es menester que se demuestren defectos graves en la decisión recurrida que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido, lo cual no se ha conseguido acreditar en autos. Ello por cuanto la sentencia aquí recurrida constituye una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias de la causa (Fallos: 261:209; 274:135; 284:119; 297:100; C. 507. XXI).

Tampoco corresponde habilitar la vía extraordinaria por la invocación genérica de la violación a garantías constitucionales, que no se acredita ni se advierte en el caso, ni por la mera expresión de disenso con lo resuelto en esta instancia, que no logra demostrar la existencia de cuestión federal en el caso conforme el criterio sentado por el Máximo Tribunal sobre la materia (Fallos: 320:2145; 329:1149; 324:4123; 312:597, entre otros).

De tal manera, toda vez que no se encuentra demostrado en el *sub examine* ninguno de los supuestos de excepción admitidos por el Alto Tribunal en Fallos: 302:843; I.100.XXI; C.493.XXII; G.323. XXIII; M.438.XXIII; B.684.XXXI; P.1042.XXXVI y S.471.XXXVII, el remedio federal intentando por el Ministerio Público Fiscal no puede prosperar, sin costas en la instancia.

Tal es mi voto.

El doctor *Petrone* dijo:

Por compartir, en lo sustancial, las consideraciones expuestas por la colega que me precede en el orden de votación, doctora *Figueroa*, adhiero a la solución propuesta y expido mi voto en igual sentido.

Por lo expuesto, el tribunal, por mayoría,

Resuelve:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso extraordinario federal interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 14 y 15 de la Ley 48 y 68, 69 y 257 del CPCCN).

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. Se deja constancia que el Dr. Diego G. Barroetaveña no firma la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). — *Ana M. Figueroa.* — *Daniel A. Petrone.*

HABEAS CORPUS

Acceso a la educación de los internos. Existencia de falencias. Disidencia.

1. — La resolución bajo análisis no dio respuesta a los planteos del recurrente y no analizó el caso a la luz de las normas de derecho constitucional y supranacional que eran aplicables, sino que se resolvió el asunto en base a la apreciación subjetiva de los magistrados y presenta contradicciones por cuanto niega la procedencia del *habeas corpus,* pero reconoce los extremos que fueron denunciados al realizarle ciertas encomendaciones al SPF para mejorar la situación de los internos. En su lugar, debió concretamente exigirse el inmediato cese del agravamiento de las condiciones de detención producidas por la vulneración del derecho a la educación del colectivo denunciante y de quienes quieran ejercerlos a futuro también.

2. — En el marco del deber de garantía del Estado respecto de las personas privadas de la libertad, las falencias consistentes en la falta de clases virtuales importan una afectación a las condiciones de detención de los internos inscriptos al Programa UBA XXII, en violación del derecho a la educación (del voto de la Dra. Ledesma).

3. — La resolución que rechazó el habeas corpus, y la que confirmó dicho temperamento, tuvieron suficiente sustento y dieron adecuada respuesta al reclamo y, por el contrario, los extremos alegados por el accionante no permitían la invocación de una vía expedita como lo es la acción de habeas corpus, en tanto las circunstancias atinentes al derecho a la educación y al acceso de contenidos estaban, en lo sustancial, garantizados (del voto en disidencia del Dr. Carbajo).

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 02/12/2021. - Torti, Gabriel s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/193698/2021]

Expte. n° FSM 004875/2021/1/CFC001

Buenos Aires, 2 de diciembre de 2021.

Resulta:

I. Que la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos Aires, con fecha 21 de octubre de 2021, confirmó la resolución del juez federal de primera instancia de esa jurisdicción que, el 6 de septiembre de 2021 y en cuanto aquí interesa, dispuso: "I. RECHAZAR la acción de Habeas corpus presentada por el Sr. Gabriel Torti en favor propio y de los internos que cursan dentro del Programa UBA XXII".

II. Contra el pronunciamiento del colegiado previo, la Defensa Pública Oficial asistiendo a Gabriel Torti interpuso el recurso de casación en estudio, el cual fue concedido por el a quo el 27 de octubre del corriente año.

III. En lo medular, la defensa consideró agravadas ilegítimamente las condiciones de detención de su asistido Torti a partir de un supuesto impedimento de acceder a la educación dentro del establecimiento penitenciario donde se encuentra alojado.

Al respecto, sostuvo: "hace casi dos años se inició la pandemia y se suspendieron las clases presenciales, con lo cual, desde las Universidades y el SPF ha tenido más que tiempo suficiente como para organizar el reemplazo de las presencialidad por clases virtuales, pues es lo que han hecho todas las instituciones educativas a lo largo y a lo ancho del país, menos para las personas privadas de su libertad, quienes parecería que son considerados ciudadanos de segunda.

Entonces, si se encuentra por demás acreditado que no se han incorporado las clases virtuales, y los materiales tampoco han llegado a manos de los estudiantes por falta de presupuesto, no se comprenden los motivos por los cuales se ha rechazado la denuncia de mi pupilo, pues ello claramente agrava las condiciones de detención de los internos del CPF II pues se ven impedidos a acceder hace casi dos años al su derecho legítimo a la educación.

Por otra parte, si consideramos que en la actualidad ya se ha retomado la presencialidad en las escuelas y universidades de la Provincia de Buenos Aires debido a la situación epidemiológica, debería resolverse de igual manera para los internos del CPF II, o en su defecto reemplazarse las clases presenciales por las virtuales tal como viene reclamando mi pupilo (...)".

Estimó que el tribunal anterior no dio respuesta suficiente a los reclamos de su defendido Torti y convalidó la conducta de las autoridades del Servicio Penitenciario Federal sin ofrecer solución alguna para garantizar los derechos fundamentales de su asistido.

Hizo reserva del caso federal.

IV. En la etapa prevista en el art. 465 bis en función de los arts. 454 y 455 del C.P.P.N. -segun ley 26.374-, se presentó, por un lado, el Fiscal General de Casación Dr. Javier Augusto De Luca, quien solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa. Por el otro, se presentó el Defensor Público Oficial ante esta Cámara, Dr. Ignacio F. Tedesco, quien reiteró los agravios formulados en el recurso de casación bajo análisis y resaltó la posición del Ministerio Público Fiscal en esta instancia.

V. Superada dicha etapa procesal, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas, y practicado el sorteo de estilo para que los senores~ jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Angela E. Ledesma.

El doctor *Borinsky* dijo:

I. Conforme surge del Sistema Informático "Lex 100", la presente acción de habeas corpus fue iniciada por Gabriel Torti, alojado en el Complejo Penitenciario Federal II de Marcos Paz.

En dicha presentación, Torti consideró agravadas ilegítimamente las condiciones de detención de los internos alojados en ese establecimiento penitenciario debido a que, a raíz de la pandemia originada por el virus Covid-19, se suspendieron los traslados y las cursadas presenciales en la sede del CUD para las distintas carreras en el marco del Programa UBA XXII. Señaló que, aunque se implementó un sistema de clases "no presenciales", en la práctica no funciona, y reclamó la entrega de

elementos y que se habilite el uso de internet con fines educativos.

Luego de que la defensa ratificara la presentación de Torti en los términos del art. 9 de la ley 23.098, se le dio intervención al Complejo Penitenciario Federal II de Marcos Paz a fin de que se expidiera sobre el objeto de la acción interpuesta.

Seguidamente, se celebró la audiencia prevista en el art. 14 de la ley 23.098 (ver descripción en resolución del juez federal de primera instancia).

Así las cosas, con fecha 7 de septiembre de 2021 el magistrado federal de primera instancia rechazó la acción de habeas corpus interpuesta por Gabriel Torti en su favor y de los restantes internos que cursan dentro del Programa UBA XXII por no encuadrar lo denunciado en ninguno de los supuestos previstos en la ley 23.098.

Así igual, el juez federal de primera instancia le requirió al Complejo Penitenciario Federal II que, en lo sucesivo, diera estricto cumplimiento con los horarios establecidos para el comienzo de las audiencias judiciales. Además, le recomendó al Servicio Penitenciario Federal la pronta implementación del Programa de Aulas Virtuales y el acceso a los insumos necesarios para que los estudiantes cuenten con el material enviado por la universidad.

Apelado que fuera dicho decisorio por la defensa, fue confirmado por la cámara a quo el pasado 21 de octubre de 2021.

Para así decidir, los magistrados del tribunal anterior consideraron que las circunstancias alegadas no encuadraban en ninguna de las hipótesis que la ley de habeas corpus pretendía tutelar.

Resaltaron que, en los términos del art. 14 de la ley 23.098, la licenciada Laferriere -representante de la UBA- manifestó que en el Complejo Penitenciario Federal II de Marcos Paz no trabajaba la UBA en función de que se encontraba la Universidad de las Madres de Plaza de Mayo (IUNMA), motivo por el cual consideró que se encontraba garantizado el derecho a la educación superior de los internos alojados.

De esa forma, el a quo destacó que Laferriere ratificó lo manifestado por el Servicio Penitenciario Federal en cuanto a que la UBA no había solicitado conectividad con el establecimiento penitenciario donde se encuentra alojado Torti.

Se valoró que Laferriere sostuvo que el compromiso era continuar con la educación hasta la obtención del título, y que Torti había expresado su voluntad de obtener título de abogado de la UBA y que, en función de ello, la facultad se había comprometido a trabajar y otorgárselo, condición que se encontraba cumplida a la actualidad por sus esfuerzos académicos.

En la resolución puesta en crisis se remarcó que Torti realiza materias de psicología por la resolución 841 pese a no encontrarse inscripto en esa carrera; tratándose de materias accesorias de la carrera de abogacía para complementar los aprendizajes adquiridos.

Se puso de resalto que, al ser consultada si la enseñanza continuó mediante la realización de clases virtuales, Laferriere sostuvo que había sido garantizada por medio del envío de material difiriendo el modo por cada cátedra y cada unidad pedagógica.

A ello añadió que la continuidad se garantizó con lo que estaba al alcance -textos, pen, enlatados- y aclaró que a Torti le llegó el mismo material que al resto de los internos. Asimismo, sostuvo que la conectividad se usa para el traspaso de la información y que estaba pensada para mayor comunicación, aunque no era fundamental como elemento formativo.

El tribunal anterior puso de manifiesto que el representante del Servicio Penitenciario Federal explicó que se estaba trabajando con la Dirección Nacional para iniciar los portales web ".edu" y ".gov" con un protocolo que tiene muy poco tiempo de vigencia, y que las computadoras del IUMA ya tenían acceso.

Con respecto al estado de avance de las aulas virtuales, se indicó que las computadoras ya estaban conectadas, que iban a comprar nuevas y que estaban esperando la adquisición de cámaras, todo lo cual tramitaba por expediente administrativo. Se agregó que las facultades no habían solicitado su uso.

En ese contexto, los jueces del tribunal previo remarcaron que Torti se encuentra en condiciones de obtener su título de abogado, estando actualmente cursando otras materias a modo de forma-

ción complementaria, correspondientes a la carrera de psicología.

Destacaron que, según expuso el representante de la UBA, la Universidad no presta funciones en el Complejo Penitenciario Federal II y que continuaba su actuación solamente con aquellos que habían comenzado sus estudios en esa Universidad -tal como resulta el caso de Torti-; considerándose cubierta la demanda de formación universitaria con la presencia del IUNMA.

Los magistrados de la cámara *a quo* agregaron: "si bien el acceso a internet sigue siendo una limitación para las personas privadas de la libertad, lo cierto es que la implementación del BPN 712 (guía para la instalación, configuración y soporte de aulas virtuales) da márgenes para un acceso progresivo a nuevas plataformas y páginas contando con un procedimiento administrativo para considerar nuevos sitios".

Y que "la prohibición del uso de internet, basada en cuestiones de seguridad y funcionamiento del penal, no puede considerársela un cercenamiento al derecho al estudio, más aún cuando existen alternativas disponibles para abastecerse del material educativo. Sumado a ello, debe resaltarse que la representante de la UBA indicó que la conectividad no era considerada necesaria en términos formativos".

Por último, los magistrados del tribunal anterior aclararon que, si bien las recomendaciones realizadas por el juez federal de primera instancia al Servicio Penitenciario Federal tenían como objeto mejorar el sistema educativo ya implementado en el penal, de ninguna manera robustecían la alegada necesidad de atender a las circunstancias denunciadas en esta acción.

De esa manera, teniendo en cuenta la referida excepcionalidad de la acción que se pretende articular, sumado al escenario de la situación epidemiológica a escala mundial, el tribunal a quo confirmó el rechazo de la acción de habeas corpus intentada por Gabriel Torti.

En la etapa prevista en el art. 465 bis en función de los arts. 454 y 455 del C.P.P.N. -según ley 26.374-, el Fiscal General de Casación Dr. Javier Augusto De Luca solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Torti.

En su dictamen, el Fiscal ante esta Alzada consideró que las cuestiones denunciadas constituyen materia propia del habeas corpus intentado en los términos del art. 3, inc. 2°, de la ley 23.098, "por cuanto se trata de la privación de derechos humanos, y esa restricción no surge de ninguna ley. Por el contrario, la educación es un derecho esencial que surge de la propia Constitución y de los tratados internacionales".

Sostuvo que "El Estado en su posición de garante, debe proveer todas las herramientas necesarias para satisfacer el derecho al estudio de las personas que se encuentran en especial relación de sujeción por el solo hecho de que tiene la obligación legal de hacerlo y porque es uno de los mejores instrumentos de resocialización de los internos al recuperar su libertad y para concretar sus proyectos de vida. En el caso, la falta de acceso a los materiales de estudio, a los espacios y herramientas adecuados para lograr el aprendizaje, se ha traducido en un agravamiento en las condiciones de detención del colectivo amparista".

Citó el reciente fallo "Antonio" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa FSM 15570/2017/1/CS001 del 7 de octubre de 2021) y señaló que "la educación tiene como fin el desarrollo integral de la persona y es uno de los medios más idóneos para lograr los objetivos y fines de las penas a través del avance en las etapas del régimen progresivo".

El representante del Ministerio Público Fiscal concluyó su dictamen afirmando que la resolución bajo análisis "no dio respuesta a los planteos del recurrente y no analizó el caso a la luz de las normas de derecho constitucional y supranacional que eran aplicables, sino que se resolvió el asunto en base a la apreciación subjetiva de los magistrados" y que "presenta contradicciones por cuanto niega la procedencia del habeas corpus, pero reconoce los extremos que fueron denunciados al realizarle ciertas encomendaciones al SPF para mejorar la situación de los internos. En su lugar, debió concretamente exigirse el inmediato cese del agravamiento de las condiciones de detención producidas por la vulneración del derecho a la educación del colectivo denunciante y de quienes quieran ejercerlos a futuro también".

II. Efectuada la reseña que antecede, se advierte que no se ha verificado controversia entre lo solicitado por la asistencia técnica de Gabriel Torti y lo dictaminado, por sus fundamentos, por el re-

presentante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia.

Ello conduce a un escenario de ausencia de contradictorio entre las partes que, tal como fuera sostenido por el suscripto actuando como juez de la Sala IV de esta C.F.C.P. en múltiples circunstancias -excarcelaciones, pedido fiscal de pena en juicio, arrestos domiciliarios, prescripción, etc.-, impide la convalidación del fallo impugnado (cfr. en lo pertinente y aplicable, causas: nº 15.046, "AGÜERO, Gabriel Ubaldo s/recurso de casación", reg. nº 807/12 del 21/05/12; causa nº 85/2013, "MIRANDA, Adrián Fernando s/recurso de casación, reg. nº 166/13 del 01/03/13; causa nº 1772/2013, "GARCÍA, Leonardo Fabio s/recurso de casación", reg. nº 99.14.4 del 19/02/2014; causa CCC 24434/2013/TO1/1/CFC1, "SEBALLOS, Agustín Fabián s/ recurso de casación", Reg. n° 382/15 del 17/03/15; causa FCR 12009710/2013/TO1/CFC4, "RODRIGUEZ, Joel Antonio y otros s/recurso de casación", Reg. nro. 728/16 del 14/06/16; causa FTU 18179/2016/CFC1, "CARO, Cecilia Patricia s/ recurso de casación", Reg. n° 210/17.4, rta. el 23/03/2017; causa FTU 19200/2012/3/1/CFC1, "MOYA, Johana Cristina s/recurso de casación", Reg. nro. 834/17 del 29/06/17; causa CFP 5698/2008/TO1/6/CFC7, "INSAURRALDE RESINA, Elías s/recurso de casación", Reg. nro. 372/18 del 20/04/18; causa FCB 22018557/2013/TO2/10/CFC3, "FERREYRA, Rodrigo s/recurso de casación", Reg. nro. 2464/19 del 4/12/19; causa FCB 13194/2017/TO1/13/1/1/CFC8, "CAPARROZ, Oscar Leandro s/ recurso de casación", Reg. 715/2020 del 3/6/2020 y causa FCB 13580/2014/TO1/5/CFC2, "REARTES, Carlos Orlando y otro s/ recurso de casación", Reg. n° 247/2021 del 17/03/2021, entre muchas otras).

III. Por ello, con ajuste a lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, propongo al acuerdo:

HACER LUGAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Gabriel Torti y, en consecuencia, ANULAR la resolución recurrida y REENVIAR las presentes actuaciones al tribunal a quo a fin de que, previa sustanciación, dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho y a las constancias de autos. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El doctor *Carbajo* dijo:

I. Habré de remitirme a la reseña de los antecedentes y las circunstancias relevantes del incidente bajo estudio realizada por el Dr. Mariano H. Borinsky en su ponencia, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

II. Sentado lo expuesto y conocida la postura de mis colegas en la deliberación, solo he de señalar que la resolución que rechazó la vía intentada, y la que confirmó dicho temperamento, tuvieron suficiente sustento y dieron adecuada respuesta al reclamo y, por el contrario, los extremos alegados por el accionante no permitían la invocación de una vía expedita como lo es la acción de habeas corpus, en tanto las circunstancias atinentes al derecho a la educación y al acceso de contenidos estaban, en lo sustancial, garantizados.

En esa línea, las dificultades o diferencias concretamente invocadas podían ser revisadas por las vías procesales pertinentes y ante los jueces a cargo de la ejecución de la pena. Decisiones, estas últimas, que también son objeto de un debido contralor jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el art. 491 del C.P.P.N. y el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos: 327:388, "Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ejecución" (R.230. XXXIV, rto. el 9/3/04)

Por lo demás, estimo que tampoco son de recibo los argumentos expuestos por la defensa mediante las breves notas sustitutivas de la audiencia dispuesta en orden a la inexistencia de controversia con respecto a la opinión emitida por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Al respecto, no puedo dejar de señalar que la acción del art. 43 in fine de la Constitución Nacional posee su propia regulación y que la consagración del principio acusatorio recogida en el nuevo Código Procesal Penal Federal no supone su aplicación lisa y llana a todos los institutos, acciones o procesos judiciales que se encuentran llamados a resolver los magistrados penales.

En ese orden, estimo que la vía aquí examinada no se encuentra librada a la dinámica procesal estipulada para el proceso que rige en lo ordinario el marco penal, que se ordena a la investigación de un hecho y la posible formulación de un juicio de responsabilidad por parte del órgano acusador que deberá ser resuelta eventualmente en el tamiz del debate oral.

Más aun, de la citada normativa se verifica que la intervención del Fiscal no es considerada siquiera

obligatoria, sin perjuicio de la notificación inicial, para la realización de los actos que requiere el ordenamiento específico (Cfr. art. 21 de la ley 23.098).

III. Con estas consideraciones propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal formulada.

La doctora *Ledesma* dijo:

Entiendo que en el caso no se encuentran controvertidos los déficits denunciados por el accionante: falta de clases virtuales y problemas con relación a la entrega de los materiales de estudio. Así, independientemente de las razones o justificaciones que pudieran esgrimirse desde la administración sobre el origen de tales déficits, lo cierto es que en el marco del deber de garantía del Estado respecto de las personas privadas de la libertad, tales falencias importan una afectación a las condiciones de detención de los internos inscriptos al Programa UBA XXII alojados en el CPF II de Marcos Paz en violación del derecho a la educación (art. 75 inc. 22, CN, 5.6, CADH, 10.3, PIDCyP, CN, arts. 133 a 142 de la ley 24.660). Por tal motivo, entiendo que corresponde admitir la vía intentada y ordenar el inmediato cese del acto lesivo.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta la divergencia entre mis colegas, a los fines de arribar a la mayoría, adhiero a la solución propuesta por el doctor Borinsky.

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, *Resuelve:*

HACER LUGAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Gabriel Torti y, en consecuencia, ANULAR la resolución recurrida y REENVIAR las presentes actuaciones al tribunal a quo a fin de que, previa sustanciación, dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho y a las constancias de autos. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky.* — *Ángela E. Ledesma*.

ALLANAMIENTO NOCTURNO DE DOMICILIO

Investigación de hechos compatibles con la comercialización de estupefacientes. Validez. Disidencia.

1. — Para disponer el allanamiento cuestionado, el juez federal de primera instancia ya contaba en autos con los positivos resultados de las tareas de investigación ordenadas a fin de corroborar los extremos informados por la prevención, lo que le permitió tener la sospecha fundada para autorizar el registro domiciliario de la vivienda del imputado y el motivo suficiente para la intromisión a la privacidad de una persona.

2. — A través de las constancias incorporadas al expediente se concluyó acertadamente respecto de las razones por las que correspondía el diligenciamiento nocturno del allanamiento, el que se produjo regularmente, dentro de los límites de la orden impartida por el juez de grado y arrojó resultado positivo en virtud del hallazgo de sustancia estupefaciente y demás elementos de interés para la pesquisa.

3. — La resolución cuestionada que anuló el allanamiento del domicilio donde residía el imputado e invalidó todo lo actuado en consecuencia, carece de la debida fundamentación, máxime cuando no explica cuál fue el perjuicio concreto que la ejecución de la medida le ocasionó al nombrado, requisito ineludible que precede a la declaración de nulidad de cualquier acto.

4. — Todos los órganos del Estado argentino que intervengan en un proceso en el que se investigue el tráfico ilícito de estupefacientes deben comprometer sus mejores y máximos esfuerzos, en el ámbito de sus competencias, para que el enjuiciamiento sea agotado sin que queden impunes tramos de la actividad ilícita por la que la República Argentina asumió jurisdicción.

5. — El principio de trascendencia, que regula el instituto de la invalidación de los actos procesales, exige la existencia de un vicio de tal carácter que afecte un principio constitucional. Ello, solo se materializa con la generación de un perjuicio concreto que no haya

sido subsanado, porque las formas procesales han sido establecidas como garantía de juzgamiento y no como meros ritos formales carentes de interés jurídico.

6. — El acusador se limita a afirmar su discrepancia con los argumentos de la Cámara de Apelaciones, pero no logra evidenciar el pretendido desacierto de la resolución recurrida (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 14/02/2022. - López, Luis Santiago y otro s/ incidente de nulidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/5070/2022]

Expte. n° FGR 005786/2020/1/CFC001

Buenos Aires, 14 de febrero de 2022.

I. Que la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, provincia de Río Negro, con fecha 10 de septiembre de 2021, resolvió: "Admitir el recurso del MPD y disponer la nulidad del auto del pasado 11 de septiembre que dispuso el allanamiento nocturno del inmueble ubicado en calle Los Horneros y Nicolás Tarifa del Barrio 'Toma Unión' de Allen así como de todos los actos que son su consecuencia, sin costas".

II. Contra esa resolución, la representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación, el cual fue concedido por el tribunal a quo el 24 de septiembre de 2021.

III. La representante del Ministerio Público Fiscal tachó a la resolución bajo estudio -nulidad del auto que dispuso el allanamiento nocturno y de todo lo actuado en consecuencia- de arbitraria por carecer, según su enfoque, de suficiente fundamentación y por haberse dictado bajo un excesivo rigor formal.

Sostuvo que, a partir de una errónea interpretación sobre el régimen general de nulidades, se aplicó un criterio formalista que desatendió lo normado por los artículos 224 y 225 del Código Procesal Penal de la Nación.

Agregó que el contexto fáctico determinaba actuar de la manera en que se actuó, a su criterio de forma razonable en virtud de las circunstancias anotadas en el expediente que dieron cuenta que la venta de droga sucedía a partir de la tarde/noche, lo que la fiscal recurrente consideró normal ya que "quienes están involucrados tratan de no ser descubiertos".

Remarcó que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo y destacó la necesidad de verificar tanto la violación de normas constitucionales como la existencia de un perjuicio concreto a alguna de las partes que justifique su dictado. Añadió que la sanción procesal de nulidad es un remedio excepcional que cede frente a los principios de conservación y trascendencia.

Señaló que la cámara a quo no tuvo realmente en cuenta los informes presentados por la División Toxicomanía Alto Valle de la policía de Río Negro, en los que se hizo alusión acerca de la existencia de movimientos compatibles con la venta de droga al menudeo que comenzaban durante la tarde y se prolongaban hasta altas horas de la noche.

Argumentó: "Entonces y si principalmente las transacciones se desarrollaban una vez que oscurecía, lo que no fue desconocido por la Alzada que remarcó 7 filmaciones de noche y 4 de día; a lo que se añade que el sitio era constantemente custodiado y que el barrio presenta alta conflictividad, ¿no justificaba que su diligenciamiento se produjera en el horario requerido, para que los agentes policiales pudieran determinar la oportunidad del ingreso y lograr el cometido con mayor efectividad? Entiendo que la elección del momento halla suficiente motivación".

Adujo que el segundo párrafo del art. 225 del ordenamiento de forma no sanciona con invalidez su incumplimiento, por lo que, según su enfoque, por aplicación del art. 166 del C.P.P.N. debería sostenerse la validez de la diligencia.

La representante del Ministerio Público Fiscal aseveró que el decreto que ordenó el registro domiciliario de la finca ubicada en la calle Los Horneros y su intersección con la calle Nicolás Tarifa del Barrio "Toma Unión" de Allen "se encuentra emitido con todas las formalidades exigidas por la ley ritual y la defensa no ha logrado demostrar cuál es el perjuicio concreto que les irrogó la medida".

Reiteró que no se tuvieron en cuenta las particularidades del caso ni se consideraron los parámetros correctos para el dictado de las nulidades -de interpretación restrictiva-, y afirmó que las garan-

tías constitucionales de inviolabilidad del domicilio e intimidad no fueron infringidas en el caso a partir del allanamiento.

Sostuvo que la resolución bajo estudio no explica de qué manera o forma el procedimiento devino en ilegal o ilegítimo, y que se declaró la nulidad por la nulidad misma con un apego al rigorismo formal.

La recurrente citó jurisprudencia de esta Cámara Federal de Casación Penal y luego concluyó: "la orden fue despachada de manera fundada con respaldo en elementos de prueba acoplados y por otra parte el procedimiento fue regularmente realizado, con plena observancia de las leyes procesales vigentes. Ello así, teniendo en cuenta el testimonio brindado por quien tuvo a cargo la pesquisa que indicó los momentos del día en que se centraron las labores de vigilancia y los resultados positivos obtenidos que demostraron la necesidad de acceder en la franja horaria dispuesta, lo que fue señalado en el requerimiento dirigido al magistrado, puntualizando el día y horario considerado conveniente a raíz de ser en el lapso en que se verificaba mayor desarrollo de la supuesta venta de tóxicos al menudeo. De allí que luce razonable la manda que buscara acrecentar las probabilidades de éxito frente a la investigación que la ha precedido".

En definitiva, la fiscal pidió que se revoque la nulidad decretada por el tribunal anterior y que se permita la continuación del trámite de las actuaciones según su estado.

Hizo reserva del caso federal.

IV. En la etapa prevista en el art. 465 bis en función de los arts. 454 y 455 del C.P.P.N. -según ley 26.374-, se presentó la Defensora Pública Oficial ante esta Cámara Federal de Casación Penal Dra. María Florencia Hegglin, quien solicitó que el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal sea declarado inadmisible. En su defecto, pidió que sea rechazado.

Por su lado, el Fiscal General de Casación Dr. Raul Omar Pleé reiteró los agravios expuestos en el recurso bajo examen.

V. Superada dicha etapa procesal, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas, y practicado el sorteo de estilo para que los senores~ jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Angela E. Ledesma.

El doctor *Borinsky* dijo:

I. A los fines de resolver el presente recurso de casación es necesario reseñar las constancias que dieron lugar a la declaración de nulidad que en esta instancia cuestiona el Ministerio Público Fiscal.

Las actuaciones principales tuvieron inicio a partir de un informe remitido en fecha 18/8/2020 por parte de la Delegación Toxicomanía Alto Valle Centro de la ciudad de Allen, departamento de General Roca, provincia de Río Negro, por medio del cual se anotició que en un domicilio sito en la calle Los Horneros -sin numeración catastral- y su intersección con la calle Nicolás Tarifa del barrio "Toma Unión" de esa ciudad, se estaban llevando a cabo acciones compatibles con el comercio de estupefacientes en infracción a la ley 23.737.

Formulado el correspondiente requerimiento fiscal de instrucción, el Juzgado Federal de General Roca dispuso la realización de tareas de inteligencia a fin de corroborar los extremos fácticos denunciados.

A partir de allí y con esos alcances, se desenvolvió la investigación.

Los avances de la pesquisa (ver, para mayor ilustración, constancias en Sistema Informático "Lex 100") derivaron en la solicitud de allanamiento del inmueble en cuestión, medida que la prevención sugirió que se practique en horario nocturno y sin corte previo de comprador debido a que la zona era conflictiva.

En consecuencia y en los términos solicitados, el juez federal de primera instancia de General Roca libró orden de registro domiciliario sobre la vivienda investigada, medida dispuesta con el fin de incautar sustancias ilícitas y todo elemento que guardara relación con la venta de estupefacientes.

El allanamiento se efectivizó a partir de las 19:00 horas del sábado 12 de septiembre del año 2020 y, como resultado, se secuestraron 59 gramos de marihuana y 49 gramos de cocaína, dinero en efectivo, teléfonos celulares y una balanza digital (cfr. constancias probatorias en Sistema Informático "Lex 100").

Luego de recibirles declaración indagatoria, el juez federal de primera instancia dictó el 15 de marzo de 2021, por un lado, el sobreseimiento de Luis Santiago López en los términos del inciso 4° del art. 336 del Código Procesal Penal de la Nación y, por el otro, el procesamiento sin prisión preventiva de Héctor Orlando Roa tras considerarlo prima facie responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 306 del C.P.P.N. y 5° "c" de la Ley 23.737) -resolución que no fue apelada por las partes; cfr. Sistema Informático "Lex 100"-.

Seguidamente, la defensa pública oficial asistiendo a Héctor Orlando Roa planteó la nulidad del allanamiento en cuestión por haberse materializado en horario nocturno, lo que motivó la formación de la presente incidencia.

Corrida la vista pertinente, el fiscal federal de primera instancia se opuso al planteo de nulidad en cuestión. En su dictamen, señaló que en las tareas investigativas desarrolladas en forma previa al allanamiento "se estableció que las actividades de narcomenudeo iniciaban durante la tarde y perduraban hasta altas horas de la noche", lo que motivó que el juez federal de primera instancia autorizara el allanamiento en horario nocturno.

Además, el representante del Ministerio Público Fiscal remarcó que el límite temporal para la práctica de un allanamiento está dirigido a no perturbar el descanso nocturno, y agregó que la realización del allanamiento en cuestión a las 20:00 horas del día 12/09/2020 "resulta ser un acto válido toda vez que la nocturnidad está ausente en el caso".

Así las cosas, con fecha 26 de julio de 2021, el juez federal de primera instancia de General Roca rechazó el planteo de nulidad formulado por la defensa.

En línea con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, el magistrado federal sostuvo que "estuvo lo suficientemente justificada y fundamentada la autorización -en horario nocturno- para proceder al allanamiento del inmueble sito en calle Los Horneros s/n de inmediaciones de calle Nicolás Tarifa, barrio 'Toma Unión' de la ciudad de Allen, circunstancia que constituye una excepción a la regla general".

Argumentó que "las tareas investigativas desarrolladas previamente al allanamiento reflejaron que las maniobras de narcomenudeo iniciaban durante la tarde y perduraban hasta la noche, circunstancia que respaldó la autorización para requisar la vivienda a partir de las 19:00 horas del día sábado 12/9/2021, con habilitación de horario nocturno".

Puso de resalto el informe policial de fecha 2/9/2020 en el cual se solicitó la prórroga de las tareas investigativas y se hizo saber que "de las tareas en práctica de la materia se observó el arribo de personas de distintas edades, en horas tarde noche, detectándose la modalidad típica de venta de estupefacientes al menudeo".

El juez de grado remarcó que en ese mismo informe la prevención puntualizó que las ventas comenzaban en horas de la tarde y se extendían hasta altas horas de la noche, utilizándose siempre la misma modalidad para la entrega del estupefaciente.

Destacó teniendo en cuenta el material fílmico aportado en la causa los horarios en los que la prevención detectó las maniobras compatibles con la venta de droga ("20:26:51, 20:27:01, 20:30:38, 20:34:00, 20:34:13, etcétera").

Afirmó que "el allanamiento dispuesto con habilitación de horario nocturno tuvo suficiente motivación en los considerandos del interlocutorio atacado, ello en base a los elementos probatorios reunidos hasta ese momento que daban cuenta de que las maniobras de narcomenudeo en la vivienda de Roa eran llevadas a cabo habitualmente y –en mayor medida- en horas de la tarde-noche".

De ese modo, el magistrado federal concluyó que el allanamiento en cuestión "resulta ser un acto válido y fue cumplida en tiempo propio por los preventores (arts. 123 y 225 del CPPN)". Resaltó que el límite temporal se justifica en no perturbar el descanso nocturno y, en ese norte, la nocturnidad estaba "ausente en el caso".

Finalmente, recordó tanto el ámbito de interpretación y aplicación restrictiva de las nulidades como la exigencia de un gravamen cierto que justifique su dictado.

Contra dicho decisorio, la defensa pública oficial interpuso recurso de apelación, el cual fue favorablemente acogido el 10 de septiembre de 2021 por la Cámara Federal de Apelaciones de General

Roca, provincia de Río Negro; tribunal que decretó la nulidad del auto que ordenó el allanamiento del domicilio donde residía Roa y de todo lo actuado en consecuencia.

Para así decidir, la cámara a quo sostuvo que le asistía razón a la defensa en cuanto a que "los antecedentes previos no otorgaron información como para proceder tal lo exige, de modo excepcional, la manda del art. 225 del CPPN".

A ello agregó: "En efecto, de la visualización de las filmaciones contenidas en el DVD remitido por la instancia de origen se aprecia que existen 23 videos, mas no en todos se detectaron acciones compatibles con la hipótesis de la instrucción. Tan así es que en las filmaciones identificadas como 00244, 00252, 00316, 00317, 00318, 00319, 00320 y 00321 —por citar algunas— no surgen elementos cargosos, en cambio en las rotuladas como 00183, 00332, 00334 y DNVM0124 captadas todas con luz de sol sí se advierten comportamientos vinculables con actividades de tráfico de estupefacientes al menudeo. No obstante ello, también de aquellas identificadas como DNVM 0156, 0157, 0158, 0160, 0162, 0163 y 0164 captadas de noche también se reunieron elementos que abonaron la hipótesis de la pesquisa".

El colegiado de la instancia previa afirmó: "si de las imágenes reunidas, de lo declarado por los preventores y de la orden que dispuso el ingreso a la morada no surgen elementos contundentes que funden la selección de la opción excepcional del segundo párrafo del art.225 del CPP la nulidad se impone. Es que si el domicilio es inviolable y la ley que determina en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento (art.18 de la CN) establece que se podrá hacer de noche solo en los extraordinarios casos que señala el citado art.225 del rito y esa justificación no surge del pretorio, la conclusión es la adelantada".

De esa manera, concluyó: "Un repaso del auto que autorizó el ingreso nocturno permite apreciar que este se limitó a afirmar que las ventas comenzaban durante la tarde y se extendían hasta la noche así como que la actividad de comercialización había quedado acreditada por la tarde/noche de estarse al informe y fotografías, que —como se detalló— mostraron actividad tanto con luz de sol como de noche. Así las cosas, si el comercio se detectó tanto de día como de noche y no se adunó ningún otro ingrediente dirimente que justifique la selección más gravosa, un razonable análisis de la garantía en juego impone la admisión del remedio, sin costas (art.531 del CPP) y la declaración de nulidad del auto que habilitó el allanamiento del inmueble en cuestión (art.168 del CPP) y de todo lo actuado en consecuencia (art.172 del CPP)".

Contra esa resolución que declaró la nulidad del auto de fecha 11 de septiembre de 2020 que dispuso el allanamiento en cuestión y de todo lo actuado en consecuencia, la representante del Ministerio Público Fiscal interpuso el recurso de casación que, tras ser concedido por el a quo, se encuentra bajo estudio de esta Cámara Federal de Casación Penal.

II. Efectuada la reseña que antecede, adelantaré que la parte recurrente ha logrado demostrar la arbitrariedad que invoca en su presentación recursiva.

En primer término, cabe recordar que el principio de trascendencia, que regula el instituto de la invalidación de los actos procesales, exige la existencia de un vicio de tal carácter que afecte un principio constitucional. Ello, solo se materializa con la generación de un perjuicio concreto que no haya sido subsanado, porque las formas procesales han sido establecidas como garantía de juzgamiento y no como meros ritos formales carentes de interés jurídico.

Tampoco debe perderse de vista que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 2 del C.P.P.N., toda disposición legal que establezca sanciones procesales –como la nulidad– debe ser interpretada restrictivamente.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "... es doctrina reiterada de este Tribunal que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y solo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un

formalismo vacío, en lo que también está interesado el orden público..." (Fallos: 325:1404).

La declaración de nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley (cfr. Fallos 295:961; 298:312; 311:1413; 311:2337; 324:1564 y 328:58, entre muchos otros), resultando inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma (cfr. Fallos 303:554; 322:507; 342:624 y 343:168 -entre muchos otros-).

En esa inteligencia, he resaltado en numerosas oportunidades que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo, no son un fin en sí mismas pues se requiere la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia (cfr. en lo pertinente y aplicable, causa nro. 14.447, caratulada "Cuevas, Mauricio Isabelino s/recurso de casación", reg. 15.972.4 rta. 12/11/11; causa nro. 9538, caratulada "Paita, Ricardo Alberto y otro s/recurso de casación", reg. 755.4, rta. 17/05/12; causa nro. 15.148 caratulada "Palombo, Rodolfo Oscar y otros s/ recurso de casación", reg. 191/14, rta. 26/02/2014; causa FCR 9400939/2011/TC1/1/CFC1 caratulada "Carrera Ganga, Walter Gabriel s/recurso de casación", reg. 1009, rta. 29/05/2015; causa FSA 12272/2015/TO1/CFC1 caratulada "Cantaluppi Daisy Cristhiane y otra s/recurso de casación", reg. nº 743/17.4, rta. 19/06/17; causa FMZ 14895/2013/TO1/5/CFC2 caratulada "Ortiz Donadell Gerardo Saúl s/ recurso de casación, reg. nº 461/18.4, rta. 9/5/2018; causa CFP 2637/2004/TO3/CFC39, "Nerone, Rolando Oscar y otros s/ privación de libertad agravada (art. 142, inc. 1) y homicidio agravado con ensañamiento– alevosía", reg. nº 203/19.4, rta. 27/2/2019; FRE 14000304/2013/TO1/CFC6, "Sánchez, Pedro David y otros s/recurso de casación", Reg. nro. 1204/19, rta. el 13/06/19; FMZ 74721/2018/TO1/5/CFC1, "Carrizo, Carla Gimena y otro s/recurso de casación", Reg. nro. 1044/20, rta. el 14/07/20; FTU 20167/2019/T02/CFC1, "Carhuachayco Tarazona Moisés Ysaías s/ recurso de casación", reg. n° 2046/20.4, rta. el 16/10/2020 y causa FCR 15825/2019/TO1/22/CFC1, "Barrios Aldavez, Jonatan Sebastián y otro s/recurso de casación", Reg. nº 2248/20.4, rta. el 9/11/2020, todas de la Sala IV de la C.F.C.P., entre muchas otras).

Ahora bien, como surge de la reseña efectuada en el punto precedente, la razón por la que el tribunal a quo anuló el auto que dispuso el allanamiento del domicilio sito en la calle Los Horneros -sin numeración- y su intersección con la calle Nicolás Tarifa del Barrio "Toma Unión" de la ciudad de Allen, departamento de General Roca, provincia de Río Negro, ha sido la supuesta falta de motivos de dicho decisorio respecto a la habilitación de horario nocturno para el diligenciamiento de la medida en cuestión. Así, debe destacarse que no ha sido puesta en crisis la fundamentación del auto que dispuso el allanamiento sino únicamente la habilitación del horario excepcional para practicar tal medida probatoria.

Del análisis de las constancias obrantes en autos, surge que el personal preventor abocado a las tareas investigativas informó al magistrado de instrucción interviniente diversas circunstancias que corroborarían los extremos fácticos puestos en conocimiento por intermedio del informe de fecha 18/8/2020 que dio inicio a los actuados principales. Ello permitió arribar a una sospecha razonable que en el domicilio donde residía Héctor Orlando Roa se realizaban actividades en infracción a la Ley nº 23.737.

Fue así como el juez interviniente ordenó fundadamente el allanamiento de la vivienda en cuestión, de cuyo registro finalmente se hallaron 59 gramos de marihuana, 49 gramos de cocaína, dinero en efectivo, teléfonos celulares y una balanza digital (ver Sistema Informático "Lex 100").

En tales condiciones, no se encuentra discutida la decisión de allanar la morada en cuestión que fuera adoptada por el juez instructor, la que no resultó arbitraria o carente de fundamentación (arts. 123 -a contrario sensu- y 224 del C.P.P.N.).

Repárese que, para disponer el allanamiento cuestionado, el juez federal de primera instancia ya contaba en autos con los positivos resultados de las tareas de investigación ordenadas a fin de corroborar los extremos informados por la prevención, lo que le permitió tener la sospecha fundada para autorizar el registro domiciliario de la vivienda de Héctor Orlando Roa y el motivo suficiente para la intromisión a la privacidad de una persona.

En este sentido, asiste razón a la parte recurrente, el Ministerio Público Fiscal (garante de la legalidad del proceso; art. 120 C.N.), en cuanto adujo que el auto que dispuso el allanamiento del domicilio de Roa aludió a las propias constancias de la causa que fueron individualizadas por el impugnante en su recurso de casación, a saber: informes policiales de inteligencia, fotografías, filmaciones, etcétera. De dichas constancias surgen los motivos por

los cuales el juez instructor reputó que resultaba necesaria la realización de la medida en cuestión durante la noche y, a tal fin, habilitó expresamente el horario excepcional de conformidad con lo previsto en el art. 225, párrafo segundo, del C.P.P.N.

Del estudio del recurso de casación bajo tratamiento se advierte que la parte recurrente ha logrado poner en evidencia la arbitrariedad por falta de fundamentación del decisorio adoptado por el a quo pues, en la presente causa, se encuentran acreditadas las razones que habilitaron el allanamiento en horario nocturno.

La circunstancia alegada por el a quo no constituye, per se, una irregularidad que haga presumir un perjuicio concreto al imputado, toda vez que a través de las constancias incorporadas al expediente se concluyó acertadamente respecto de las razones por las que correspondía el diligenciamiento nocturno del allanamiento, el que se produjo regularmente, dentro de los límites de la orden impartida por el juez de grado y arrojó resultado positivo en virtud del hallazgo de sustancia estupefaciente y demás elementos de interés para la pesquisa.

Entonces, a diferencia de lo sostenido por la cámara *a quo,* la habilitación del horario nocturno dispuesta por el juez de primera instancia se encuentra justificada en las particulares circunstancias comprobadas del caso de autos.

En tales condiciones, la resolución cuestionada que anuló el allanamiento del domicilio donde residía el imputado Héctor Orlando Roa e invalidó todo lo actuado en consecuencia, carece de la debida fundamentación, máxime cuando no explica –ni tampoco se advierte- cuál fue el perjuicio concreto que la ejecución de la medida en las condiciones señaladas le ocasionó al nombrado, requisito ineludible que precede a la declaración de nulidad de cualquier acto. Así, la decisión impugnada no constituye una derivación razonada del derecho vigente y vulnera la garantía del debido proceso (cfr. en igual sentido, C.F.C.P., Sala IV, voto del suscripto en la causa FGR 30024/2017/6/CFC1, "Valdebenito, Eduvina Elizabeth y otro s/ recurso de casación", Reg. n° 2186/18.4, rta. el 27/12/2018 -caso que guarda sustancial analogía con el presente-).

Además, el pronunciamiento de la cámara a quo importa una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva, que se encuentra afectado de un excesivo rigorismo formal (Fallos: 321:494), y es producto de un ritualismo injustificado.

Sobre esta última cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el art. 18 de la Constitución Nacional exige que las resoluciones judiciales sean fundamentadas, no basadas en meras afirmaciones de índole dogmática, y hallarse desprovistas de un excesivo rigor formal que resulta incompatible con el servicio de justicia e impide alcanzar la finalidad última del proceso penal, que consiste en la averiguación de los hechos que se reconocen de interés para la apreciación de la responsabilidad de los imputados (cfr. Fallos: 342:624).

Cabe aquí reiterar, una vez más, que es inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma.

En síntesis, la orden por la que se dispuso el allanamiento en los términos previstos en el art. 225, segundo párrafo, del C.P.P.N., se adecuó a los estándares establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para la evaluación de la motivación de medidas invasivas de la privacidad como la del sub lite (cfr. voto del suscripto en causa Nro. 935/13, "Contreras, Luis Denis s/ recurso de casación", reg. nº 1022.14 de esta Sala IV, rta. el 30/06/2014 y causa FGR 30024/2017/6/CFC1, "Valdebenito, Eduvina Elizabeth y otro s/ recurso de casación" ya citada, entre otras).

Por lo demás, el a quo no brindó las razones por las que reputó que se hallaba comprometida la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio frente al horario excepcionalmente habilitado al efecto en autos. La omisión de especificar tales motivos contrasta con el criterio seguido por el Máximo Tribunal in re "Minaglia" (Fallos: 330:3801, considerando 12 del voto de la mayoría). En dicho precedente el Máximo Tribunal, por mayoría, declaró mal concedido el recurso extraordinario impetrado por la defensa particular respecto del agravio referido al horario en que se realizó el allanamiento.

No debe escapar al análisis que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en diversos precedentes que todos los órganos del Estado Argentino que intervengan en un proceso en el que se investigue el tráfico ilícito de estupefacientes deben comprometer sus mejores y máximos esfuerzos, en el ámbito de sus competencias, para que el enjuiciamiento sea agotado sin que queden impunes tramos de la actividad ilícita por la que la

República Argentina asumió jurisdicción (Fallos 330:261 "Cabrera"; 332:1963 "Arriola" y 339:697 "Stancatti", entre muchos otros).

Al adherir a distintos tratados internacionales tales como la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes -Nueva York-, enmendada por el Protocolo de modificación de 1972 -Ginebra- (ratificada mediante ley n° 20.449 de fecha 22/5/73) y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada en Viena en 1988 (ratificada por ley 24.072, promulgada por decreto 608 del 09/04/92) -entre otros-, la República Argentina ha asumido el compromiso internacional de combatir el narcotráfico, debiendo diseñar las estrategias necesarias a tal efecto.

Así lo ha recordado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Fredes" (Fallos 341:207, resuelto el 6/3/2018), oportunidad en la que, citando el mencionado fallo "Arriola", ratificó "el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir el narcotráfico" y recordó que "los compromisos internacionales obligan a la Argentina a 'una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (art. 36 de la Convención)', Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de Naciones Unidas...".

Asimismo, en dicho precedente "Fredes" se advirtió que "el tráfico ilícito de drogas y las modalidades de crimen organizado a él asociado, son una fuente constante y permanente de afectación de derechos de los individuos y de la sociedad", tras lo cual se recordó "el deber del Estado de mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan a todos los países...".

Finalmente, al revocar la declaración de nulidad de una medida de prueba, el Más Alto Tribunal sostuvo que dicha decisión "habría despreciado el conocimiento que surge de la experiencia, de la lógica y del sentido común, llegando a un resultado absurdo que no pueda presumirse querido por el legislador..., ni por la sociedad que busca defenderse del flagelo temible y desgarrador del narcotráfico...".

Habré de concluir que la decisión impugnada no constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las constancias comprobadas de la causa, en observancia al principio de la sana crítica racional, motivo por el cual debe ser revocada y dejada sin efecto.

III. En función de lo expuesto, propongo al Acuerdo:

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, REVOCAR y DEJAR SIN EFECTO la resolución recurrida, ESTAR a lo dispuesto por el juez federal de primera instancia en fecha 26 de julio de 2021 y REMITIR las presentes actuaciones a la cámara a quo para que tome nota de lo aquí resuelto y las devuelva al Juzgado Federal de General Roca a fin de que se continúe con su tramitación según su estado. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada por la defensa.

El doctor *Carbajo* dijo:

Coincido con el colega que inaugura el Acuerdo en cuanto a que la habilitación del horario nocturno dispuesta en la orden de allanamiento cuestionada se encuentra, en las particulares circunstancias comprobadas de la causa, justificada y, por ende, supera las exigencias de motivación a la luz de lo dispuesto por el art. 123 CPPN.

En consecuencia y por compartir, en lo sustancial, el resto de las consideraciones que formula en su voto, adhiero a la solución allí propuesta, sin costas en la instancia (arts. 530 y cc. del C.P.P.N.).

La doctora *Ledesma* dijo:

Sellada la suerte del recurso interpuesto, solo habré de dejar sentado mi criterio disidente en tanto advierto que el acusador se limita a afirmar su discrepancia con los argumentos de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, provincia de Río Negro, pero no logra evidenciar el pretendido desacierto de la resolución recurrida; resolutorio que cuenta con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden la descalificación del fallo como acto judicial válido

(Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchísimos otros).

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría,

Resuelve:

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, REVOCAR y DEJAR SIN EFECTO la resolución recurrida, ESTAR a lo dispuesto por el juez federal de primera instancia en fecha 26 de julio de 2021 y REMITIR las presentes actuaciones a la cámara a quo para que tome nota de lo aquí resuelto y las devuelva al Juzgado Federal de General Roca a fin de que se continúe con su tramitación según su estado. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada por la defensa.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky.* — *Ángela E. Ledesma.*

NARCOTRÁFICO

Tareas investigativas. Facultades del juez. Interceptación de comunicaciones. Validez.

> Frente a la obtención de un dato que era fácilmente reproducible, la decisión del magistrado que la utilizó al disponer las intervenciones telefónicas no puede interpretarse como abandono de su función de garante del debido proceso sino como manifestación de su voluntad de subsanar una medida que consideró justificada. Así, el espíritu del control judicial de la segunda parte del art. 236 del Cód. Proc. Penal de la Nación, se vio satisfecho.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 30/08/2021. - D. S., J. C. s/ incidente de nulidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170127/2021]

Expte. n° FCT 003102/2014/27/CFC009

Buenos Aires, 30 de agosto de 2021.

Considerando:

I.- Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión del Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por los Dres. Rallín y Onetto, letrados defensores de J. DS, contra la decisión que rechazó el planteo de nulidad que dedujeron contra el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Ministerio Publico Fiscal.

II.- Señalan que aquel, al margen de sustentarse en medidas de prueba insanablemente nulas, remitía a una investigación viciada en sus inicios.

Reseñaron, a este respecto, que la causa tuvo su origen en una nota que Gendarmería le envió al Juez Federal de Corrientes con el objeto de que se investigue una supuesta organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes pero cuya existencia o conocimiento por parte de la fuerza jamás fue justificado.

Indican por otra parte, que comete un error el juez de la anterior instancia cuando afirma que los hechos delictivos puestos en conocimiento por la Unidad de Operaciones Especiales Antidrogas no podían reputarse viciados porque se sometió la causa a un estricto control judicial, puesto que lo que se cuestiona no es la ausencia de una intervención judicial sino, el hecho de que ella se hubiera producido dando curso a una investigación fundada en una hipótesis delictiva cuyo origen y verosimilitud nunca fueron justificados.

De otra parte, indicaron que a poco de ese irregular inicio, y por sí misma, Gendarmería Nacional tomó la decisión de requerir el registro de llamadas entrantes y salientes correspondientes a la línea telefónica que supuestamente utilizada uno de los miembros de la organización.

Tal medida, en cuanto incumplía la manda contenida en el art. 236 del CPPN, supuso un intolerable avasallamiento a la esfera de privacidad de las personas que acarrearía la nulidad, no solo de su obtención, sino de la totalidad de las medidas que a partir de tales datos se adoptaron.

En este aspecto, refieren que injustificadamente se ha sostenido que la invalidez del acto no procedería porque la medida fue convalida al disponerse la intervención telefónica de las líneas obtenidas y que los datos sirvieron para que judicialmente se

dispusiera la intervención de diversos abonados con cierto éxito para la investigación.

Sostienen que, ni aquella intervención judicial, ni lo fructífero de los elementos que a partir de allí se colectaron, permitiría avalar un acto que el código de procedimiento fulmina por el hecho de hallarse en contradicción a los más elementales derechos constitucionales.

III.- La sanción de nulidad que se peticiona se vincula intrínsecamente con la intangibilidad del derecho de defensa. Para su procedencia, por tanto, debe observarse la concurrencia de determinadas circunstancias entre las que adquieren particular relevancia el interés de la parte y el perjuicio ocasionado. Fuera de tal supuesto, las causas tienden "a preservarse y no a derrumbarse por cuestiones de mera forma que no impliquen una afectación real a las reglas del debido proceso..." (Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial comentado por Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray; 5ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pág 640).

En esta línea, no advierte el Tribunal que los defectos alegados conlleven la invalidez que la parte invoca.

Las presentes actuaciones tuvieron su origen en una comunicación que la Unidad de Operaciones Especiales Antidrogas -dependiente de Gendarmería Nacional- trasmitió al Juzgado Federal de Corrientes dando cuenta de la presunta existencia de un grupo criminal que operaba en su jurisdicción. Puntualmente, observó que contaba con un "...cúmulo de información..." relacionada con el tráfico de estupefacientes que los ciudadanos paraguayos identificados como "A" y C.C. efectuarían a través de la zona ribereña del Río Paraná.

A consecuencia de los términos del pedido, el juez autorizó a realizar tareas investigativas a fin de "...corroborar o desvirtuar los datos obtenidos".

Repárese que tal como se expresa en la comunicación que se le cursara tan solo unos días después -identificada como VE 4-0024/02- el nombre de A. como su vinculación al tráfico de estupefacientes proveniente del Paraguay surgía de las actividades que la unidad, en conjunto con el Escuadrón 47 de la misma fuerza, había realizado en la misma jurisdicción del magistrado. Precisamente, en el marco de una investigación que unas semanas antes desembocara en el secuestro de 776 kilogramos de marihuana.

De seguido, es notable que fueron los mismos datos obtenidos de aquella investigación los que llevaron a que Gendarmería solicitara el listado de llamados entrantes y salientes correspondientes al abonado telefónico que A. habría utilizado en esas operaciones.

En este orden, aunque se ha cuestionado que la decisión de solicitar los listados sin tomar en cuenta los recaudos exigidos por el art. 236 del CPPN constituiría, de por sí, una irreparable invasión a la privacidad que debe desemboca en la invalidez de la medida y totalidad de los actos que son su consecuencia, coincidimos con los fundamentos que explicitados por el Ministerio Publico Fiscal y el magistrado de la anterior instancia, concluyeron en el rechazo de tal planteamiento.

Inmersa en las tareas de investigación que el juez ordenó a fin de corroborar o desvirtuar las sospechas que dieron inicio a la causa, y dado que contaba con el abonado telefónico de quien aparecía como director del grupo criminal, Gendarmería Nacional centró la investigación en ese punto y, a tal fin, en concreto, solicito un dato de carácter informativo que, tal como lo es el registro de las llamadas del abonado correspondiente a "A" que, posteriormente, posibilitaron la identificación e intervención de diversos abonados presuntamente ligados a la actividad ilícita.

Nótese que a diferencia de lo que ocurre con una irregular captación de comunicaciones -de por sí irreproducibles-, de lo que se trata es de la obtención de un dato de carácter documental que, ya externo a la comunicación, pudo ser fácilmente reproducido por el juez.

Esa capacidad del magistrado de reeditar la prueba, impediría a nuestro criterio, aceptar el postulado de la defensa. Frente a la obtención de un dato que era fácilmente reproducible, la decisión del magistrado que la utilizo al disponer las intervenciones telefónicas no puede interpretarse como abandono de su función de garante del debido proceso sino como manifestación de su voluntad de subsanar una medida que consideró justificada. Así, el espíritu del control judicial de la segunda parte del art. 236 del CPPN, se vió satisfecho.

A todo evento, para que se verifique una nulidad absoluta es preciso otorgar al vicio que se invoca un sentido material y sustancial.

En "materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva, y solo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no exista una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia" (cfr. CSJN, fallos 325:1404, 323:929, 311:1413, 311:2337 y 323:929, entre otros).

Tal extremo, ausente en el caso, es el que nos conduce a homologar el rechazo de la nulidad peticionada.

IV.- Resta aclarar que atento a lo dispuesto en las Acordadas 31/20 y concordantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 10/20 y concordantes de esta Cámara, la presente se dicta vía Lex100.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal *Resuelve:*

CONFIRMAR la resolución en cuanto rechaza el planteo de nulidad formulado por los Dres. Rallín y Onetto.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia mediante sistema informático. — *Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

PUESTA EN CIRCULACIÓN DE MATERIALES PELIGROSOS PARA LA SALUD

Disyuntores y llaves térmicas. Productos evidentemente apócrifos. Procesamiento.

1. — La conducta de los imputados se encuadró en el delito previsto por el art. 201 del Cód. Penal, ya que, analizados los componentes y funcionalidad de los elementos específicamente destinados a otorgarles seguridad, se estableció que ellos resultaban un serio peligro para sus eventuales adquirentes.

2. — El procesamiento por el delito previsto en el art. 201 del Cód. Penal devino de la circunstancia de que, por su condición de comerciantes del rubro, los imputados no podían desconocer la peligrosidad de productos eléctricos que, en tanto apócrifos, carecían de cualquier medida de seguridad destinada a garantizar su normal funcionamiento.

3. — Ni el origen de la falsificación, ni el canal por el cual fue llegó a manos de los imputados ha podido establecerse. No obstante, el que su falsedad debió ser conocida por los encausados no parece presentar mayor dificultad.

4. — Los términos de la imputación no se satisfacen con solo decir que objetivamente los imputados pusieron en circulación productos defectuosos. Fuera ello, lo que fundamenta una atribución delictiva es la conexión que ello tiene con una vulneración de deberes por parte del autor. Para el caso, el deber de los imputados de no ofertar y disimular elementos de los que pudieran sospecharse su potencial peligrosidad.

5. — Aun cuando se sostuviera que los imputados efectivamente no recabaron en el hecho de que las llaves representaban un riesgo para sus usuarios, ese desconocimiento, producto de su indiferencia ante la circunstancia de que les era sabido que no contaban con medida de seguridad alguno, no puede ser computado como un error capaz de provocar su descarga de responsabilidad.

6. — La prescripción de la acción penal rige por el término de la pena mayor del delito que en cada caso se encuentre en juego, no correspondiendo efectuar procesalmente el desdoblamiento sobre la base de calificaciones legales cuando la conducta llevada a cabo por el imputado o imputados pudiera encuadrar en más de un tipo penal.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 10/09/2021. - Peila, Oscar Alberto y otros s/ legajo de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170403/2021]

Expte. n° CFP 005553/2015/8

Buenos Aires, 10 de septiembre de 2021.

Considerando:

I.- Vienen a conocimiento del Tribunal las apelaciones que el Dr. Kollmann, defensor de los Sres.

H.S., S.S.F., O.P, V.S, y G.V.; y el Dr. Dobantón, por la defensa de Roberto y D.S., han presentado contra el procesamiento de sus asistidos por los delitos previstos en el art. 201 del CPPN, y 31 -inc. d- de la Ley 22.362, los cuales concurrirían idealmente, así como los embargos decretados.

II.- Se atribuyó a los encartados haber tenido en su poder, y puesto a la venta, llaves térmicas y disyuntores que eran presentados como pertenecientes a la firma "SICA" y que, no obstante, no solo resultaron ser apócrifos sino, y en muchos casos, peligrosos para la salud.

Se detalló que más allá de las diferencias que los elementos secuestrados presentaban con sus originales, las pericias técnicas establecieron que su utilización representaba un peligro serio para los usuarios. En particular, porque pese a la función que les compete como elementos de seguridad de una instalación eléctrica, en muchos casos carecían de los elementos esenciales para su funcionamiento.

En este orden, pues, la razón de que al margen de la infracción que se les atribuye en función de la ley de marcas, se dictara su procesamiento por la puesta en circulación de materiales peligrosos para la salud (art. 201, en función del 200, del CPN).

III.- Que se hubiera generado un riesgo cuanto menos potencial para los usuarios no es discutido en las actuaciones, aunque sí que ello fuera conocido por los imputados.

a) El Dr. Kollmann en la presentación que hizo en favor de Surdo, S.F., P., S., y V., sostuvo que los nombrados, en ningún momento fueron conscientes que los elementos eran apócrifos y mucho menos que su instalación en una red eléctrica resultare peligrosa.

Indica que al ser convocados a prestar declaración indagatoria, fueron contestes en indicar que los productos se adquirieron en las distribuidoras que normalmente los proveían de tales artículos, o de algún vendedor ocasional en cuyo diligente obrar confiaron. Esa relación, acreditada mediante la entrega de las distintas facturas de compra, lógicamente debía conducir a la idea de que los imputados no pudieron sospechar la falsedad de lo ofertado.

Sin embargo, nada de ello ocurrió, ya que sus asistidos fueron procesados en función de la tenencia de los elementos cuestionados sin explicar las razones que llevarían a atribuirles esa conducta con carácter doloso. Un extremo que al menos en lo atinente a la imputación por infracción al art. 201, añadiría el problema de que la generación de un riesgo a la salud solo fue advertida tras un estudio técnico de complejidad que los imputados no podían realizar.

A la ausencia de elementos que permitan acreditar el dolo de los imputados, le agregó el hecho de que contemple un delito que se halla prescripto, por cuanto el plazo de la pena máxima para el art 31 -inc. d- de la Ley 22.362, (2 años) transcurrió holgadamente desde el último acto interruptivo de la causa, por lo que dejó planteada la eventual aplicación del criterio previsto por el art. 67, último párrafo, del Código Penal.

Finalmente, cabe agregar que el doctor Kollmann criticó embargos decretados en orden a su excesiva onerosidad.

b) Por su parte, la defensa de R y D S., ejercida el doctor Dobantón, también alegó sobre la falta de conocimiento que los imputados debieron tener en punto a la peligrosidad de los elementos secuestrados, y la consecuente imposibilidad de atribuirles el delito previsto en el art. 201 del CPN.

La circunstancia de que sus asistidos encargaran los productos directamente a la empresa, y que aquellos no presentaran mayores diferencias con los originales, es lo que se instituye en eje fundamental del planteo.

Subsidiariamente, cuestiono también la excesiva onerosidad de la suma decretada como embargo. En especial, considerando que ambos imputados forman parte de una única persona jurídica que ha sido afectada por la disminución de la actividad comercial que la actual pandemia conlleva.

IV.- En respuesta a la solicitud de que los imputados sean sobreseídos en orden a lo dispuesto en el art. 67, último párrafo, del C.P., cabe recordar que no es esta la primera ocasión en que tal planteamiento se formula. Previo al temperamento que nos ocupa, y en el marco de las actuaciones CFP 5553/2015/6/CA1, la prescripción de la causa en lo atinente al delito de marcas también fue introducida.

En tal oportunidad, referimos que "la prescripción de la acción penal rige por el término de la

pena mayor del delito que en cada caso se encuentre en juego, no correspondiendo efectuar procesalmente el desdoblamiento sobre la base de calificaciones legales cuando la conducta llevada a cabo por el imputado o imputados pudiera encuadrar en más de un tipo penal".

Tanto de la descripción contenida en el acta de declaración indagatoria, como de la propia decisión venida en recurso, se advierte que lo que se atribuye a los encausados es un suceso único consistente en la tenencia y oferta de artículos que no se corresponderían con los producidos por la marca impresa en ellos y que, consecuentemente, carecían de los elementos de seguridad que ese fabricante garantiza como existentes u operativos.

El término de la prescripción, por tanto, solo puede regirse por esa unidad de hecho y no por la tesis de paralelismo que alega la defensa (art. 67 del código sustantivo) porque ella solo es aplicable en casos de concurso material.

En este orden, pues, hemos de remitirnos al criterio ya expresado en estas actuaciones para pasar a analizar el eje central de los planteos recursivos.

V.- Resulta evidente que no es en el acaecimiento de las circunstancias objetivas de imputación, sino en su conocimiento por parte de los imputados donde los distintos planteos defensivos encuentran su génesis.

Más allá de que las llaves ofrecidas a la venta no se correspondieran con las originales, o que no contaran con los componentes de seguridad que su fabricante dice incorporarles, se indica que los imputados fueron contestes en afirmar que nunca se figuraron tal situación. En particular, porque la mercadería fue comprada a proveedores de los que no cabía desconfiar -la propia empresa o distrubuidoras conocidas-, sino que, además, presentaban una enorme similitud con los verídicos.

Resulta certero afirmar que ni el origen de la falsificación, ni el canal por el cual fue llegó a manos de los imputados ha podido establecerse. No obstante, el que su falsedad debió ser conocida por los encausados no parece presentar mayor dificultad.

En este orden, cuadra mencionar que originada por la presunta oferta de componentes eléctricos falsos y potencialmente peligrosos para la seguridad, las primeras medidas ordenadas en la causa se dirigieron a determinar la verosimilitud de tal afirmación. A tal fin, el magistrado ordeno aquellas tareas de inteligencia que mediante la simple observación de lo ofertado, estaban orientadas a establecer si en los diferentes comercios denunciados se comercializaban "llaves termicas y fichas" que pudieran resultar apócrifos.

Sin ser peritos en la materia, un simple cotejo bastó para que el personal del Departamento de Delitos Federales de la PFA intuyera que los elementos puestos a la venta no se correspondian con los originales comercializados por la marca "SICA". Puntualmente, esa posible infracción al art. 31, inc. d, de la ley 22.362, derivo en el allanamiento de los locales y el secuestro de los distintos objetos cuya puesta en circulación se atribuye a los encausados.

En este camino, los pasos que siguieron no hicieron sino corroborar lo informado.

En algunos casos sobre la totalidad de los elemntos secuestrados, en otros entremezclados con objetos originales, la posterior pericia scopométrica determinó que aquellos resultaban evidentemente apócrifos. En especial, cuando, aunque con alguna alternancia, diferian de sus originales en elementos tan notables tanto en la informacion impresa en el cuerpo de los aparatos y sus dimensiones, como en las propias cajas en que se hallaban embalados.

Podran objetar los defensores que semejante conclusión solo pudo obtenerse tras el estudio pericial ordenado en las actuaciones. Lo que se omite, no obstante, es que si tales diferencias pudieron ser percibidas para el Personal de la Policia Federal que inicialmente informó de la posible falsedad de las llaves, mucho mas debía serlo para los imputados que las comercializaban.

En consecuencia, nada cabe cuestionar al razonamiento del juez que con la provisionalidad propia de la etapa, y en base a los elementos del caso, ha sostenido la responsabilidad de los encartados por la venta de productos eléctricos que debieron reconocer como apócrifos.

VI.- A la par de su lectura jurídica como constitutivos del delito previsto en el art. 31, inc. d, de la ley 22.362, la conducta de los imputados se encuadró en el delito previsto por el art. 201 del C.P.

Tal decisión, afinca en el hecho de que analizados los componentes y funcionalidad de los elementos específicamente destinados a otorgarles

seguridad, se estableció que ellos resultan un serio peligro para sus eventuales adquirentes.

Fallas tales como la ausencia de una "cámara apagachispas", la incorrecta "rigidez dieléctrica" de los aparatos, o alteraciones en el "elemento bimetal", se plasmaron como circunstancias que, sin poder ser detectadas por los usuarios, pero directamente relacionadas con la seguridad y confiabilidad de los aparatos, podía desencadenar la electrocución de quienes confiaban en su correcto desempeño.

Es el conocimiento que los imputados debieron tener sobre este último dato el que da paso al siguiente agravio. En tanto se afirma que las fallas no eran apreciables por un simple examen de los elementos y, en consecuencia, tampoco los imputados pudieron observarlas. De ahí el error de imputar un delito que solo puede ser cometido con dolo.

Queda claro que los términos de la imputación no se satisfacen con solo decir que objetivamente los imputados pusieron en circulación productos defectuosos. Fuera ello, lo que fundamenta una atribución delictiva es la conexión que ello tiene con una vulneración de deberes por parte del autor. Para el caso, el deber de los imputados de no ofertar y disimular elementos de los que pudieran sospecharse su potencial peligrosidad.

De seguido vale decir que ha sido tal obligación, y no tanto el conocimiento efectivo que los encartados pudieran tener sobre la peligrosidad de los elementos, la que el magistrado observó como inexcusablemente incumplida.

Rememorando cuanto se afirma en el auto de mérito resultaría que el procesamiento por el delito previsto en el art. 201 del C.P. devino de la circunstancia de que, por su condición de comerciantes del rubro, los imputados no podían desconocer la peligrosidad de productos electricos que, en tanto apócrifos, carecian de cualquier medida de seguridad destinada a garantizar su normal funcionamiento.

Y no faltan razones a tal apreciación.

Es sabido, sea ya por su potencial peligrosidad, o por el destino mismo a que ellos están ligados, que la comercialización de determinados productos se halla sujeta a la previa autorización y homologación que el Estado les otorga. De ahí que al margen de las indicaciones sobre la empresa que los fabrica o distribuye, muchos incorporan otras destinadas a acreditar que han sido homologados y certificados conforme a las normas que rigen para tal fin.

El caso de los disyuntores ofertados no difiere de tal situación. Tal como la empresa SICA lo expresara en estas actuaciones, los disyuntores son los únicos elementos de una instalación eléctrica destinados a salvaguardar la vida de los usuarios. Consecuente, la existencia de estándares nacionales e internacionales que aplican rigurosos controles tanto para la certificación del producto, como para su fabricación y control final. En Argentina, mediante el cumplimiento de las normas provenientes del Instituto Argentino de Normalización y Certificación (normas IRAM) que garantizan su correcto desempeño.

No puede desconocerse que es precisamente tal circunstancia la que da sustento a la imputación que se les dirige. En tanto se afirme que los imputados conocian de la falsedad de los objetos puestos a la venta -y de ahí sus procesamientos en los terminos de la ley 22.362- habra de aceptarse, necesariamente, que eran también concientes de que ellos carecian de cualquier control destinado a asegurar su correcto funcionamiento cuyo riesgo asumieron.

Cabe preguntarse, no obstante, si tal situación puede entenderse como manifestación del dolo a que refiere el art. 201 del C.P..

Es claro, que partiendo de los presupuestos objetivos que fundan la imputación, el dolo se derivaría, en este caso, del hecho de que resultaba notorio que los objetos puestos a la venta no eran originales y que consecuentemente no poseían medida de seguridad alguna.

Entonces, no se trata ya de analizar un mero descuido o error que se ha producido por una base reducida de decisión. Aquí también la base de conocimiento pudo ser incompleta pero no por descuido, sino porque lo no captado irrelevante desde un punto de vista subjetivo.

Consecuentemenete, se ha afirmado entonces que en aquellos supuestos cuyos datos objetivos permiten inferir que el autor ha renunciado de modo voluntario a adquirir esos conocimientos, que en caso de haber tenido habrían motivado una imputación por dolo, no es posible sostener que ha mediado imprudencia (cfr. Freeland Alejandro,

Cuando "ignorar" equivale a "conocer", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, abril 2009, Ed. Abeledo Perrot, p. 614/619).

En resumidas cuentas, aun cuando se sostuviera que los imputados efectivamente no recabaron en el hecho de que las llaves representaban un riesgo para sus usuarios, ese desconocimiento, producto de su indiferencia ante la circunstancia de que les era sabido que no contaban con medida de seguridad alguno, no puede ser computado como un error capaz de provocar su descarga de responsabilidad.

De ahí, entonces, que este tribunal se incline por confirmar, también, el procesamiento que en concurso ideal con el delito previsto por el art. 31, inc. d, de la ley 22.362, se les dicta en razon de la conducta tipificada por el art. 201 del C.P.

VII.- Por último, y en relación con el monto del embargo impuesto por a quo en los términos del art. 518 del Código Procesal Penal de la Nación, toda vez que la estimación efectuada se ajusta a las pautas que al efecto deben ser examinadas, es que habrá de ser confirmado (art. 518 del CPPN).

VIII.- Resta indicar que en virtud de dispuesto en la Acordada 27/20 y cc. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Acordada 8/20 y cc. de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

Por lo expuesto, este tribunal *Resuelve:*

CONFIRMAR la decisión venida en recurso en todo cuanto decide y ha sido motivo de apelación.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase de forma electrónica. Sirva la presente de atenta nota de envío — *Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

INCITACIÓN A LA VIOLENCIA COLECTIVA

Expresiones de un médico en relación con la vacunación contra el COVID-19. Legitimación para ser querellante.

> Los intereses genéricos que el pretenso querellante invocó —es decir, las supuestas ofensas que las personas "no vacunadas" podrían eventualmente haber padecido en función de los dichos del denunciado— se encuentran adecuadamente amparados por la intervención en el caso del Ministerio Público Fiscal, y no se evidencia un plus en el legítimo interés enarbolado que exceda aquel resguardado por la Fiscalía. No se refleja una afectación real, directa, especial y singular de un interés o derecho que justifique otorgarle al apelante el rol de querellante, más allá de que pudiese considerarse damnificado de un hecho que se encuentra sometido a la jurisdicción.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 21/09/2021. - Soifer, Marcelo Daniel y otros c. C., A. D. s/ incitación a violencia colectiva, intimidación pública e infracción ley 23.592 (art. 3°).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170801/2021]

Expte. n° CFP 4688/2021/CFC1

Buenos Aires, 21 de septiembre de 2021.

Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud de los recursos de apelación presentados por el Dr. Marcelo Daniel Soifer -en calidad de denunciante- contra la decisión del Juez de grado de rechazar su solicitud de ser tenido como parte querellante, desestimar la denuncia que dio origen a estas actuaciones por inexistencia de delito y, en consecuencia, disponer su archivo.

II. La causa se inicia raíz de la denuncia formulada por los Dres. Marcelo D.Soifer, Mabel Rojas, Marcelo Dione de la Colina, Elisabet G. Siniscalco, Alejandro Vedetti, Carlos A.Gutiérrez y por Hernán Fontanellaz, contra el médico Adrián Domingo Cormillot, a quien le atribuyen la comisión de los delitos previstos y reprimidos en los artículos 211 y 212 del Código Penal de la Nación, en función de las manifestaciones que el nombrado habría efectuado en la red social Instagram.

En concreto, señalaron que el denunciado expresó a través de ese medio que quienes hayan decidido no vacunarse contra el virus COVID-19 y sean usuarios de redes sociales deberían agregarse un hashtag"#yonomevacuno a sus publicaciones, a fin de que el resto de la sociedad conozca su postura en relación a la vacunación y de esa manera

se deja de marear a los vulnerables que pueden adherir a teorías ridículas sobre vacunación, sin explicar cuáles serían esas teorías ridículas. Propongo el uso de un pañuelo o pulsera violeta. De esa manera podés visibilizar tu postura y le das una gran mano a la salud pública. Los que adherimos al sentido común tenemos el derecho de saber quién está sin vacunar. De este modo podés ayudar a que las personas que no se pueden vacunar y a la salud pública en general y así pasar esta pandemia sin lamentar más muertes prevenibles." (Sic).

Los denunciantes sostuvieron que, teniendo en cuenta el rol de profesional de salud que detenta el Dr. C, las expresiones por él efectuadas resultarían idóneas para incitar a la violencia y generar odio hacia los ciudadanos que han decidido no vacunarse contra el virus COVID -19. (ver archivos adjuntos en lex 100).

III. El Fiscal de grado, en los términos del art. 196 del Código Procesal Penal de la Nación, postuló el archivo de las actuaciones por inexistencia de delito, por considerar que de la lectura de la denuncia no se advertía conducta alguna por parte del Dr. C que revistiera relevancia penal (ver dictamen de fecha 18 de agosto del corriente año).

En ese sentido, sostuvo que más allá del reproche moral que se le pueda realizar a las manifestaciones vertidas por el denunciado en función de su contenido, la postura que el nombrado exteriorizó con relación a la vacunación contra el Covid-29 fue sentada al amparo del derecho constitucional de libertad de expresión y libertad ideológica que le asiste (art. 14 CN).

Asimismo, y teniendo en cuenta que el Dr. C es médico, consideró que dichas expresiones estuvieron orientadas a evitar que el sistema de salud colapse y a cooperar con algunas de las organizaciones gubernamentales que intentan dar un fin a esta pandemia contra el Covid-19 mediante las campañas de vacunación.

Concluyó que: "Los alcances del posteo cuestionado deben ser analizados en el contexto que nos encontramos transitando, sin caer en lecturas superficiales que muestran sin duda una carga reprobable, pero no por ello se identifica un mensaje orientado directamente a generar odio o violencia entre dos grupos o una intimidación pública al sector que opte no vacunarse."

Por su parte, el día 23 de agosto del corriente año, el Juez a quo admitió el pedido de desestimación formulado por el fiscal por entender que "arrib[ó] a una de las soluciones previstas en el ordenamiento legal a través de un razonamiento lógico derivado del examen de las constancias que obran en el expediente (cf. art. 69 y ccdtes. del C.P.P.N.)."

Paralelamente, y frente a un nuevo escrito presentado por la parte, el pasado26 de agosto, resolvió rechazar el pedido del denunciante de ser tenido como parte querellante.

IV. El recurrente se agravió por considerar que lo decidido por el Juez de instrucción, así como lo dictaminado por el Fiscal de grado, resultaba arbitrario e infundado toda vez que, a su criterio, las manifestaciones vertidas por el Dr. C resultan idóneas para configurar los delitos invocados. Del mismo modo, cuestionó que el Fiscal haya omitido pronunciarse respecto de la figura de odio prevista en el 23.592, también denunciada.

Por otra parte, solicitó que se revirtiera la decisión de rechazar su solicitud de ser tenido por parte querellante por considerar que había resultado directamente afectado por la conducta desplegada por el denunciado, toda vez que forma parte del grupo de personas que han decidido no vacunarse contra el Covid-19.

V. Previo a ingresar al examen del fondo del caso traído a revisión corresponde analizar si el denunciante posee la legitimación para ser parte querellante en los términos del artículo 82 del C.P.P.N.

La norma establece que "[t]oda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse como parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan [...]".

En dicho sentido, sostuvimos en varias oportunidades que el pretenso querellante debe haber sufrido, a raíz del delito denunciado, un perjuicio real, especial, singular y directo. Es decir, se exige la afectación, de forma inmediata, de un interés o derecho de quien pretende detentar la calidad de parte (ver de esta sala CFP 268/2020/1/CA1, rta. 09/03/2020 y CFP 8388/19/1/CA1, rta. 21/05/2020, entre otras).

Bajo esos parámetros es claro que las alegaciones formuladas por el apelante no satisfacen los recaudos normativos indicados. En efecto apreciamos, en línea con lo decidido por el Juez de grado, que los intereses genéricos que el recurrente invocó –es decir, las supuestas ofensas que las personas "no vacunadas" podrían eventualmente haber padecido en función de los dichos del denunciado- se encuentran adecuadamente amparados por la intervención en el caso del Ministerio Público Fiscal, y no se evidencia un plus en el legítimo interés enarbolado que exceda aquel resguardado por la Fiscalía (Confr. Sala I; cn° 27.886, rta. 28/9/96, reg. 741; cn° 28.054, rta. el 26/11/96, reg. 1052; cn° 35.540, rta. el 14/8/03, reg. 692; cn° 44.231, rta. el 01/06/10, reg. 505; cn°44.114, rta. el 20/8/2010, reg. 790, voto en disidencia en cn° 60.120, rta. el 19/3/2021, reg. 120 y cn°3002/21/1/CA1 del 26/08/21, entre otras).

Es que partiendo de la plataforma fáctica denunciada, no se refleja una afectación real, directa, especial y singular de un interés o derecho que justifique otorgarle al apelante el rol de querellante, más allá de que pudiese considerarse damnificado de un hecho que se encuentra sometido a la jurisdicción.

En por todo lo expuesto que procederemos a homologar la resolución recurrida en lo relativo a este tópico.

Finalmente, la ausencia de la capacidad para impulsar la continuación de la causa impide cualquier examen acerca de los demás planteos introducidos los que, frente al modo en que ha quedado resuelta la primera cuestión, devienen abstractos.

VI. Resta aclarar que atento a lo dispuesto en la acordada 31/20 y concordantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la 10/20 y concordantes de esta cámara la presente se dicta vía Lex100.

Por lo expuesto, este tribunal *Resuelve:*

CONFIRMAR la decisión apelada en todo cuanto resuelve y fuera materia de apelación.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia vía Lex100.

Sirva la presente de atenta nota de envío — *Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens.*

PRISIÓN DOMICILIARIA

Imputada con un hijo menor de edad. Niño que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Interés superior del niño. Concesión. Disidencia.

1. — Si bien la encartada afronta un procesamiento con prisión preventiva en orden al delito de transporte de estupefacientes previsto en el art. 5°, inciso c) de la ley 23.737, lo cierto es que se observan diversas circunstancias que permiten modificar las condiciones de cumplimiento de su encierro preventivo que conllevarían, a su vez, a remediar la comprobada situación de vulnerabilidad en la que se encuentra su hijo menor de edad.

2. — Debe primar el interés superior de los menores en toda decisión que una institución pública o tribunal adopte. Un mandato que así formulado supone, entonces, prestar una especial atención al daño que la prisión preventiva pudiera ocasionar al hijo de la encartada.

3. — No se comprueban las exigencias legales para proceder al otorgamiento de la prisión domiciliaria (del voto en disidencia del Dr. Llorens).

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 27/09/2021. - E., C. E. s/ incidente de prisión domiciliaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170125/2021]

Expte. n° FPA 002363/2021/3/CA003

Buenos Aires, 27 de septiembre de 2021.

Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de C. E. E. contra el auto de fecha 9 de septiembre pasado que denegó su pedido de detención domiciliaria.

El juez de grado consideró que no se han incorporado elementos que acrediten que el hijo menor de la encartada, que actualmente tiene 9 años de edad se encuentre en estado actual de desamparo o desprotección que habilite la medida. Por tal motivo, ciñéndose estrictamente a la letra de la

norma, y tras considerar que no se ve configurado ninguno de los supuestos del artículo 32 de la ley 24.660 (art. 10 C.P. conforme ley 26.472), entendió que no correspondía hacer lugar al beneficio de arresto domiciliario solicitado.

Tras fijarse la audiencia en los términos previstos por el artículo 454 del CPPN, la defensa de E. presentó informe sosteniendo y desarrollando los agravios del escrito de apelación.

A su vez, presentó memorial y solicitó que su dictamen sea considerado para resolver en autos el Dr. Marcelo C. Helfrich, Defensor Público Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación, coordinador de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años, en representación de los intereses del niño A. F. M. E.

II. La defensa de E. expresó que si bien del informe social realizado por la Gendarmería Nacional Argentina en el domicilio ofrecido para que se asienten la imputada con su hijo, no surgía demasiada información relacionada con el niño, cabía considerar lo expresado en la reciente intervención que solicitara al Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad dependiente del Ministerio Público de la Defensa. Así, se refirió al informe social complementario, del que surge que "...el hijo de la asistida ha visto fuertemente afectada su vida cotidiana a partir de la ausencia de la Sra. E. y su incorporación a este núcleo conviviente. En este sentido, ambas entrevistadas resaltaron que expresa frecuentemente su angustia, en muchas ocasiones con llanto, porque extraña a su madre –quien era su principal referente adulto- y que le cuesta mucho dormir por las noches por lo que pasa gran parte de la mañana en la cama... Al impacto emocional que ha tenido en el niño se debe agregar que, debido al cambio de barrios -desde Barracas a Mataderos- y a la imposibilidad de los adultos de coordinar sus responsabilidades cotidianas con los traslados, A. F. se encuentra sin asistir a la institución educativa en la que cursaba la educación primaria... (...) ...la Sra. E. podría colaborar con el incipiente proyecto de M., que se encuentra instalando una verdulería en la misma vivienda. A esta actividad, la defendida refirió que podría eventualmente sumar la producción y venta de alimentos –tal como venía haciéndolo hasta su detención-. ...resta indicar que desde este Programa nos pondremos en contacto con las autoridades educativas de la Ciudad de Buenos Aires a fin de buscar una solución al problema de vacante escolar para A. F.".

Puso así de relieve la situación de crisis ocurrida tras la detención de E. (desde 17 de mayo de este año) que implicó una afectación en la vida familiar, económica y escolar de su hijo. Todo ello, indicó, podría verse apaciguado si su asistida pudiera cumplir el arresto en la vivienda de la familiar propuesta, donde también podría desarrollar tareas laborales.

Evocó los artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para concluir que la detención domiciliaria lograría en el presente caso un equilibrio entre los principios en juego. También señaló que podría aplicarse a su defendida una pulsera electrónica para su monitoreo y poder así acceder a una medida morigerada de encierro.

Por su parte, el representante del menor de edad, basándose en informes de una profesional en psicología que mantuvo las entrevistas del caso, incluso con el niño, afirmó que la concesión del arresto domiciliario restituiría los derechos vulnerados a su asistido, resultando la solución menos lesiva y a la vez más respetuosa al interés superior del niño.

En sustento de su pedido citó textuales de la licenciada en psicología que fue convocada para llevar el caso, en cuanto, entre otras cosas, refirió que: "se destaca que el niño tiene en la figura de la Sra. N. L. y su familia referentes afectivos que pueden aportar y sumar a su formación y crianza, con quienes ha establecido lazos afectivos sólidos a lo largo de su ciclo vital. Al respecto se destaca la voluntad de la citada de continuar formando parte de la vida del niño y colaborar con la Sra. E. en pos del bienestar de A. F. una vez que el niño retome la convivencia con su madre, entendiendo que la presencia materna resulta de relevancia para el desarrollo del mismo. En virtud de lo expuesto se infiere que resulta conveniente que se retome el vínculo presencial madre hijo, ya que no han vuelto a vincularse en forma personal desde la privación de la libertad de la Sra. E., teniendo en cuenta la garantización de su derecho a contar con figuras parentales presentes en su cotidianeidad. Sin perjuicio de ello se considera necesaria la intervención del organismo de derechos de niños/as y adolescentes correspondiente al domicilio del niño, a fin de que brinden acompañamiento al grupo familiar y se trabaje en pos de la garantización de sus derechos, fundamentalmente en lo que concierne a su escolaridad, teniendo en cuenta que no se en-

cuentra concurriendo en la actualidad a ningún establecimiento educativo".

El Dr. Helfrich expresó que es de imperiosa necesidad para el niño contar con su madre en el hogar. Más aun teniendo en cuenta que no ha vuelto a verla desde su detención. Además, ha pasado por diferentes domicilios de referentes habiendo perdido la escolaridad. Indicó que si bien en la actualidad está a cargo de una amiga de su madre, ella se encuentra a la espera de que a la madre del niño le concedan el arresto para que vuelva a ocuparse de su hijo, más allá de expresar el cariño que tiene por el niño y su madre y su voluntad de continuar en contacto con ellos y en, la medida de sus posibilidades, ayudarlos.

Solicitó a este Tribunal la aplicación de las previsiones del art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, en pos de realizar la interpretación más acorde al principio garantizado en la Carta Magna y diversas normas concordantes y en apoyo de su reclamo.

III. Los doctores *Bruglia* y *Bertuzzi* dijeron:

Luego de analizar el legajo coincidimos con el magistrado de grado en que la situación venida en examen supera las condiciones legales previstas en el art. 32 de la ley 24.660 (art. 10 C.P. conforme ley 26.472) bajo el cual se sustanció el pedido. Sin embargo, advertimos que tal conflicto no importa un obstáculo al momento de ponderar la solicitud efectuada, cuyo cauce encuentra lugar en las disposiciones contenidas en el artículo 210, inciso j) del Código Procesal Penal Federal (ley 27.063).

No olvidamos que la encartada afronta un procesamiento con prisión preventiva en orden al delito de transporte de estupefacientes previsto en el artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737. Sin embargo, también observamos diversas circunstancias que permiten modificar las condiciones de cumplimiento de su encierro preventivo que conllevarían, a su vez, a remediar la comprobada situación de vulnerabilidad en la que se encuentra su hijo menor de edad.

En este punto, vale recordar que al momento de resolver situaciones similares, este Tribunal ha destacado que "el art. 3º de la Convención de los Derechos del Niño establece que deberá primar el interés superior de los menores en toda decisión que una institución pública o tribunal adopte. Un mandato que así formulado supone, entonces, prestar una especial atención al daño que la cautelar dispuesta pudiera ocasionar [a los hijos de la encartada]" (cf. c. nº 47595, reg. 1228, rta. el 25/10/12, c. n° 41536, reg. nº 136, rta. el 21/02/08, entre otras).

Por ello, consideramos que en el escenario descripto supra, el encierro en una unidad penitenciaria de la recurrente resiente el normal desenvolvimiento de la relación familiar con afectación a los derechos del niño antes nombrado.

Consecuentemente, estimamos que la protección del núcleo elemental para el desarrollo del niño fuerza a encontrar una solución que priorice su interés al tiempo de procurar, en la medida de lo posible, no frustrar el éxito de la investigación (v. C.F.C.P., Sala IV, rta. 29/8/2006).

Teniendo en cuenta que la imputada cuenta con un domicilio acreditado en el que residiría y no posee antecedentes penales condenatorios, la situación revelada por los informes acercados por los defensores sustenta la admisión del pedido efectuado, no advirtiéndose otros motivos que impidan a la encartada acceder a la morigeración de la detención prevista en el artículo 210, inciso j) del CPPF, con las restricciones dispuestas en los incisos d) y e) de la citada norma. Por último, se estima que en la ejecución de la modalidad de la medida ordenada resultará de utilidad el empleo de algún dispositivo especial –inciso i del citado artículo 210 CPPF-, teniendo en miras el mejor desarrollo de las necesidades del menor de edad.

El doctor *Llorens* dijo:

Al adentrarme en el análisis de la cuestión traída a estudio entiendo que, en este caso, los argumentos de la defensa no logran rebatir los motivos del auto puesto en crisis.

En primer lugar, cabe destacar que, en materia de libertades durante el proceso, he valorado que debe ponderarse como presupuestos de análisis la escala de sanción de la conducta endilgada, las cualidades particulares de la persona sometida al proceso y por último, la evaluación de riesgos procesales. En extenso he explicado mi posición al decidir en la causa CFP 9886/18/12/CA3 en autos: "Soto Dávila, Carlos Vicente y otros", resuelta el 20/03/19, por lo que me remito en un todo a lo que allí sostuve.

En esta misma materia, además, debo recordar mi postura acerca de las disposiciones del Código Procesal Penal Federal que la Comisión Bicameral de implementación de dicho Código refiere en su resolución 2/19, en cuanto en nada inciden sobre las normas ya antes vigentes y debidamente observadas.

Por lo tanto, a los fines de determinar si resulta viable la modalidad de detención domiciliaria entiendo que a la luz de lo preceptuado en el Código Procesal Penal de la Nación y a los supuestos previstos en la ley 24.660, el caso venido en estudio supera los parámetros normativos por lo que la conclusión del juez de grado es correcta.

Por todo lo dicho, estimo que no se comprueban en autos las exigencias legales para proceder al otorgamiento de la prisión domiciliaria por lo que corresponde confirmar la decisión adoptada por el juez a quo, lo que así voto.

IV. Atento a lo dispuesto en las Acordadas Nº 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la Acordada N° 10/20 y ccdtes. de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

En virtud del acuerdo que antecede, el tribunal -por mayoría- *Resuelve:*

REVOCAR la resolución apelada y CONCEDER la morigeración de la detención solicitada por la defensa de C. E. E., DEBIENDO el juez de grado proceder en el sentido indicado en los considerandos -art. 210 del CPPF-.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia mediante sistema informático. *— Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO

Cédula azul apócrifa. Venta regular de automotor. Imposibilidad de hacer la inscripción en el registro. Necesidad de utilizar el vehículo.

> No habría motivo para dudar de la legalidad de la cédula azul en el contexto regular de la venta del auto. El punto está en que las pruebas indican que esa cédula no habría sido parte de la operación, sino un artificio posterior que le permitió al imputado sortear la imposibilidad de hacer la inscripción en el Registro y poder emplear el auto mientras tanto. Así se explica que la venta y la documentación del rodado fueran legítimas, que el itinerario del legajo refleje ese proceder regular y que el imputado no pueda acreditar sus dichos con ningún dato certero.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 29/09/2021. - C., F. R. s/ legajo de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170129/2021]

Expte. n° CFP 1681/2021/2

Buenos Aires, 29 de septiembre de 2021.

Considerando:

I. Llega la presente causa a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Dr. Hernán Silva, en representación de F. R. C., contra la resolución que dispuso considerarlo partícipe necesario en la falsificación de un documento destinado a acreditar su habilitación para circular en un vehículo automotor y trabó embargo sobre los bienes del nombrado hasta cubrir la suma de cincuenta mil pesos (art. 296 en función del 292 segundo párrafo del Código Penal)

II. La causa se inició el 13 de abril del corriente año cuando personal de la Comisaría Vecinal 2ª en la intersección de la Av. Libertador y República del Líbano detuvo la marcha de un vehículo marca Peugeot, modelo 408, dominio LVBXXX, por no tener colocada la chapa patente trasera.

El conductor se identificó como Fernando Rosalino C., y exhibió una licencia de conducir a su nombre, una cédula de identificación automotor a nombre de C. C. M. y una cédula azul que lo autorizaba a conducir el vehículo, la cual resultó ser apócrifa.

III. En su escrito de apelación, la defensa oficial planteó la atipicidad subjetiva del delito endilgado a su asistido, ante la inexistencia de elementos de cargo que permitan acreditar el conocimiento efectivo que requiere la figura.

Destacó que, por el contrario, el reproche penal parecía estar direccionado a castigar la liviandad de la transacción, lo cual solo demostraría un actuar negligente de su defendido, mas no el conocimiento efectivo de la falsedad del documento.

Resaltó que a su ahijado procesal se le adjudica el conocimiento de la falsedad de la cédula sobre la base de las circunstancias que rodearon su entrega, cuando ellas fueron las mismas que enmarcaron también la adquisición del automóvil y de la restante documentación, sin que ni una ni otra evidencien irregularidades.

Por eso, ante la falta de elementos probatorios que acrediten el dolo requerido por la figura endilgada, solicitó se revoque la imputación y se lo sobresea en los términos del art. 336, inc. 3 CPPN.

Subsidiariamente, cuestionó el excesivo monto del embargo trabado sobre los bienes de C.

IV. Tras el recorrido de lo actuado, los argumentos de la defensa no logran desvirtuar la prueba de cargo existente en el legajo, la cual, analizada a la luz de la sana crítica, resulta suficiente para confirmar el auto de mérito puesto en crisis (306 del C.P.P.N.), con el grado de probabilidad requerido en la etapa procesal que se transita.

En efecto, los extremos históricos relatados por el imputado en su indagatoria rivalizan con el contexto que describen las pruebas reunidas. En este punto no es ocioso destacar que C. no haya podido aportar mayores datos para dar con el vendedor del auto quien, según él, le hizo entrega de la cédula azul. Pese a haber registrado sucesivos contactos para el pago de las cuotas –pactadas en 12 mensuales-, el imputado no denunció ningún teléfono, domicilio ni otra información para dar con el paradero de esta persona. Tampoco acompañó ninguno de los recibos que debió haber obtenido para respaldar el adecuado cumplimiento de sus obligaciones a lo largo de un año. Finalmente, tampoco hizo alusión a los demás registros que pudieron quedar en las páginas de Internet empeladas. Esta absoluta -y llamativa- carencia de sostén de sus explicaciones en el marco de una negociación de la entidad de la que se trata, debilita de por sí sus explicaciones. Pero estas se resienten aún más al contrastar su relato con las otras constancias de autos.

Surge del legajo B del dominio LVBxxx, más precisamente en el asiento 16, que con fecha 1/4/18 se emitió la cédula Nro. AIM81603 a nombre de C. C. M., la cual fue presentada por el encartado al momento de ser detenido por el personal policial. El siguiente asiento ya refleja la operación evocada. El día 5 de noviembre del 2020 M. realizó la denuncia de venta donde consignó los datos del imputado como adquirente del vehículo automotor, según la entrega realizada el 20 de mayo de 2019.

Sumado a ello, obra a fs. 37 del sumario, la copia del formulario 08 Nro. 43991016 con firma certificada por ante escribano público de fecha 19 de febrero del 2020 en donde constan los datos tanto de la Sra. M. y del Sr. C.

Frente a este panorama, se tiene por acreditado que la Sra. M. efectivamente realizó la transacción con el imputado, habiendo cumplido con todos los pasos que comprende: entrega de la documentación original del vehículo y del formulario 08 que le permitiría hacer su respectiva transferencia junto con el vehículo. Posiblemente la ausencia de tal inscripción –y las numerosas infracciones de tránsito registradas luego de la transacción-, llevaron a que en noviembre de 2020 la titular formalizara ante el registro la denuncia de venta ocurrida a comienzos del año anterior.

El imputado adujo que la transferencia no se perfeccionó en el Registro por falta de dinero, pero también manifestó la necesidad de contar con un documento que le habilitara a conducir el vehículo, por políticas de la empresa para la que brinda servicios.

De tal modo, la ponderación conjunta de ambos órdenes se encarga de definir el panorama del caso. Como bien la indica la defensa, no habría motivo para dudar de la legalidad de la cédula azul en el contexto regular de la venta del auto. El punto está en que las pruebas indican que esa cédula no habría sido parte de la operación, sino un artificio posterior que le permitió al imputado sortear la imposibilidad de hacer la inscripción en el Registro y poder emplear el auto mientras tanto.

Así se explica que la venta y la documentación del rodado fueran legítimas, que el itinerario del Legajo B refleje ese proceder regular y que el imputado no pueda acreditar sus dichos con ningún dato certero –la mención de una persona distinta de la vendedora, de la cual no puede recordar su

teléfono ni perfil de Facebook, y con la que al menos se encontró en 12 ocasiones, de las cuales no conservó ni un solo recibo del dinero abonado-.

En otras palabras, conforme se desprende de su descargo un tercero ajeno a la transacción le entregó un único documento falso –que ni siquiera afecta al auto sino al adquirente- obrando en nombre de la titular del bien que, conforme surge del cuadro probatorio, realizó todos los pasos administrativos correspondientes para concretar la transferencia del vehículo.

De tal modo, el escenario descripto no permite, de momento, que F. R. C. logre desvincularse del suceso recriminado en estos autos.

Las pruebas incorporadas al legajo, las cuales fueron enunciadas en el auto de procesamiento dictado por la juez de grado, resultan suficientes en esta etapa del proceso para tener por acreditada la responsabilidad del imputado, sin perjuicio de la calificación que en definitiva corresponda.

V. En relación al monto del embargo, el Tribunal tiene entendido que la naturaleza de la citada medida precautoria tiene como fin garantizar de modo eficiente una eventual pena pecuniaria o las costas del proceso y el aseguramiento de las responsabilidades civiles emergentes, conforme lo establece el art. 518 del Código de rito (conf. causa n° 36.184 "S. J. s/ procesamiento y embargo", rta. el 23/9/04 reg. 457).

A la luz de tales parámetros, el monto que estableció la magistrada luce adecuado, valorando los gastos incurridos en la realización de las probanzas reunidas en autos.

VI. En atención a lo dispuesto en la Acordada 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 10/20 y ccdtes, de esta Cámara la presente se dicta vía Lex100.

Por todo lo expuesto, el Tribunal *Resuelve:*

CONFIRMAR la resolución puesta en crisis en todo cuanto decide y fuera materia de debate.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase mediante sistema informático, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

QUERELLANTE

Alcances. Requisitos. Afectación inmediata de un interés o derecho. Propagación de virus. Afectación de la salud pública general. Rechazo.

1. — La pretensión del recurrente de instituirse como particular damnificado debe rechazarse, pues, más allá del innegable riesgo que la conducta pudo deparar a algunos de los vecinos, esa posibilidad de contraer la enfermedad —que no se verificó en la realidad—, no deja de ser parte integrante, sino necesaria, del mismo peligro de propagación del virus en que se fundamenta la actuación del Ministerio Público Fiscal. En suma, fuera de la intensidad con que se lo presente, el particular riesgo de contagio no escapa a la existencia de peligro que, igualmente compartido por otros residentes del edificio, el personal que allí pudiera prestar funciones, y la totalidad de las personas que con aquellos pudieran relacionarse, hace a una eventual afectación de la salud pública general.

2. — El pretenso querellante debe haber sufrido, a raíz del delito denunciado, un perjuicio real, especial, singular y directo. A partir de aquí, si bien la titularidad del bien jurídico protegido por la norma no es un requisito ineludible —pues excepcionalmente el rol puede admitirse cuando se trata de bienes garantizados subsidiaria o secundariamente—, lo que debe observarse es la afectación, de forma inmediata, de un interés o derecho de quien pretende detentar la calidad de parte.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 30/09/2021. - M., A. P. s/ legajo de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170128/2021]

Expte. n° CFP 003802/2021/1/CA001

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2021.

Considerando:

I. Las presentes actuaciones llegan a consideración del Tribunal en virtud del recurso de apelación que el Sr. A.M, interpuso contra el rechazo de su solicitud de ser tenido como parte querellante.

En este orden, se sostuvo que iniciadas las actuaciones a fin de establecer la existencia de una reunión en posible violación a las medidas de seguridad impuestas para evitar la propagación del virus COVID 19, el carácter de vecino del lugar enunciado por M. no era un evento que lo torne en particular ofendido por tal hecho. Ello pues, al margen del peligro que la conducta irrogaría para el conjunto de la sociedad -y cuya tutela corresponde al MPF-, lo que habilita la actuación del querellante es la existencia de un perjuicio real y directo que tal hecho no logra demostrar.

Frente a lo expuesto, y al estimular la actuación de este Tribunal, el recurrente señala que no debe desconocerse que tanto él, como varias de las personas que viven en su edificio, se instituyen en claros damnificados del hecho pues, al margen de la potencial propagación del virus, ha estado expuestos a un riesgo de contagio mayor del que pueda tener el común de la sociedad.

II. Así planteada la cuestión, no es ocioso delimitar el correcto sentido y alcance que debe darse al concepto de particular ofendido. Calidad que nuestro código adjetivo exige para admitir la intervención en el proceso penal de un sujeto en carácter de parte.

En este orden, hemos sostenido que el pretenso querellante debe haber sufrido, a raíz del delito denunciado, un perjuicio real, especial, singular y directo. A partir de aquí, si bien la titularidad del bien jurídico protegido por la norma no es un requisito ineludible -pues excepcionalmente el rol puede admitirse cuando se trata de bienes garantizados subsidiaria o secundariamente-, lo que debe observarse es la afectación, de forma inmediata, de un interés o derecho de quien pretende detentar la calidad de parte.

No es tal la situación que se observa.

Mas allá del innegable riesgo que la conducta pudo deparar a algunos de los vecinos, esa posibilidad de contraer la enfermedad -que no se verificó en la realidad-, no deja de ser parte integrante, sino necesaria, del mismo peligro de propagación del virus en que se fundamenta la actuación del Ministerio Publico Fiscal. En suma, fuera de la intensidad con que se lo presente, el particular riesgo de contagio no escapa a la existencia de peligro que, igualmente compartido por otros residentes del edificio, el personal que allí pudiera prestar funciones, y la totalidad de las personas que con aquellos pudieran relacionarse, hace a una eventual afectación de la salud pública general.

En consecuencia, luce acertado el temperamento de la anterior instancia que, sobre la base de la inexistencia de un interés legítimo que exceda al representado por el Ministerio Público Fiscal, rechazó la pretensión del recurrente de instituirse como particular damnificado.

III. Resta aclarar que atento a lo dispuesto en las Acordadas 31/20 y concordantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 10/20 y concordantes de esta Cámara, la presente se dicta vía Lex100.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal

Resuelve:

CONFIRMAR la decisión venida en recurso en todo cuando decide y ha sido materia de apelación.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia mediante sistema informático.

Sirva la presente de atenta nota de envío. — *Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

PROCEDIMIENTO PENAL

Legitimación para recurrir.

La Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires carece de legitimación activa para recurrir, pues no resulta ser parte en el proceso. Por un lado, no ha cumplido con las formalidades que establece el Código de rito para constituirse en parte querellante, ni ha solicitado serlo. Por el otro lado, tampoco logró demostrar que fuera víctima de los hechos denunciados, a la luz de los extremos que la invocada ley 27.372 exige a los efectos de convalidar su actuación en el marco de un proceso penal en el rol de víctima, tratándose solo de quien, a través de su presentación, puso en conocimiento de la posible comisión de un delito de acción pública a la autoridad judicial.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 04/10/2021. - Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración Gral. de la CABA s/ queja.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170800/2021]

Expte. n° CFP 005396/2021/1/RH001

Buenos Aires, 4 de octubre de 2021.

Considerando:

I. El representante de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de queja contra el auto de la anterior instancia que rechazó in límine la apelación interpuesta contra la resolución mediante la cual se dispuso la devolución de las actuaciones al mencionado organismo, a fin de que sea judicializada ante el fuero penal local.

II. En su recurso de queja, el letrado discrepó con la interpretación realizada por el juez, quien sostuvo que la repartición no reunía la calidad de parte en la causa ni tampoco resultaba víctima -cfr. los términos fijados por la ley 27.372- de los sucesos denunciados. Concretamente, sostuvo que el sujeto pasivo del delito previsto en el art. 205 del C.P. no es específico y que la infracción atenta contra el Estado, en su calidad de representante de la sociedad en general, por lo que cualquier quebrantamiento a las medidas tomadas (tanto como por el Gobierno Nacional como el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) para la protección a la salud pública, los posicionaba como víctimas. De allí desprendió la legitimación de dicho organismo para apelar la resolución en crisis.

Por otro lado, resaltó el gravamen irreparable que la decisión adoptada les generaba ya que los obligaba a recurrir a un órgano jurisdiccional incompetente -a su criterio- para entender sobre la cuestión o, en su defecto desistir, lo que a su vez implica que se comporte como una resolución equiparable a definitiva.

III. En el informe elaborado en los términos del art. 477 del C.P.P.N., el juez sostuvo que su decisión de rechazar in límine el recurso de apelación respondía a que el Gobierno de la CABA no resultaba parte en el legajo ni tampoco resultaba per se víctima en los términos fijados por la ley 27.372 de los sucesos denunciados.

IV. Un cabal análisis del planteo del recurrente y de la postura esgrimida por el a quo, conduce a compartir el juicio de admisibilidad efectuado por el magistrado, razón por la que no se hará lugar a la queja articulada.

Así, cabe recordar que el Código de rito establece expresamente que "el denunciante no será parte en el proceso" (art. 179), y que el derecho de recurrir corresponderá "tan solo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo" (art. 432).

En consonancia con lo expresado por el a quo, se advierte que la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires carece de legitimación activa para recurrir pues no resulta ser parte en este proceso. Por un lado, no ha cumplido con las formalidades que establece el Código de rito para constituirse en parte querellante, ni ha solicitado serlo, lo cual impide habilitar esta vía al amparo de las prerrogativas establecidas en el art. 82 del C.P.P.N. Por el otro lado, tampoco logró demostrar que fuera víctima de los hechos denunciados, a la luz de los extremos que la invocada ley 27.372 exige a los efectos de convalidar su actuación en el marco de un proceso penal en el rol de víctima, tratándose solo de quien, a través de su presentación, puso en conocimiento de la posible comisión de un delito de acción pública a la autoridad judicial.

De esta manera, entiendo que la ausencia de la capacidad para impulsar la continuación de la causa, obsta cualquier examen acerca del planteo introducido, frente al modo en que ha quedado resuelta la cuestión.

Lo expuesto conlleva, irremediablemente a no hacer lugar a la queja introducida.

V. En atención a lo dispuesto en la Acordadas 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 10/20 y ccdtes, de esta Cámara la presente se dicta vía Lex100.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal

Resuelve:

RECHAZAR el recurso de queja deducido por el representante de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. arts. 444 y 478 del C.P.P.N.)

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia vía sistema informático. *— Pablo D. Bertuzzi.*

EXCARCELACIÓN

Persona imputada por el delito de comercialización de estupefacientes. Elevada amenaza de pena. Investigación de una organización delictiva de relevancia. Rechazo.

1. — La elevada amenaza de pena da cuenta que el riesgo procesal basado en la posibilidad de que pueda sustraerse de la acción de la justicia es suficientemente alto como para motivar la presunción que habilita el dictado de la medida de cautela personal aplicada. Más aún cuando la investigación gira en torno a una organización claramente de relevancia, que actuaba de manera coordinada y con distribución de roles en una estructura jerárquica, dedicada a la comercialización de estupefacientes, al punto que fue necesaria la realización de un total de 60 allanamientos, culminando en la detención de varios de sus presuntos integrantes, lo cual permite presumir, dada su elevada peligrosidad, la posibilidad con la que cuenta de sustraerse de la acción de la justicia.

2. — Aún no se pudo dar con el paradero de quien sería el jefe de esta asociación, quien es intensamente buscado y a la vez existen otros presuntos integrantes de la asociación con pedido de captura y algunos otros que todavía no ha sido posible identificar. Ello, pone en evidencia entonces, que se trata de una asociación que cuenta con los medios suficientes como para mantener a sus miembros en la clandestinidad.

3. — Debe tenerse en cuenta que al imputado se le atribuye provisoriamente la comisión del delito de comercio de estupefacientes agravado por haber intervenido tres o más personas organizadas, la intervención de menores de edad y en inmediaciones de establecimientos donde se realizan actividades deportivas en concurso real con el delito de acopio de armas y municiones en calidad de coautor, cuyas escalas penales, que oscilan, entre los 6 y los 20 años, habilita la presunción que da sustento a la prisión preventiva (del voto del Dr. Llorens).

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 05/10/2021. - V., D. E. s/ incidente de excarcelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170124/2021]

Expte. n° CFP 020197/2018/50/CA024

Buenos Aires, 5 de octubre de 2021.

Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Defensora Oficial, Dra. Florencia Plazas, en representación de D.V., contra la resolución del 24 de septiembre del corriente año, en cuanto no hizo lugar a su pedido de excarcelación.

Al fundar la decisión recurrida el magistrado de primera instancia ponderó, no solo las escalas penales previstas para el delito que se le reprocha, sino la circunstancia de que el encartado podría entorpecer la investigación o eludir el accionar de la justicia toda vez que existen medidas pendientes de producción y personas prófugas que podrían tener relación directa con la incidentista en grados más elevados en la cadena delictiva.

II. Por su parte, la recurrente consideró que la resolución carecía de fundamentación, dado que no se habían logrado acreditar los riesgos procesales aludidos por el juez de grado para rechazar su petición.

En este sentido, hizo hincapié en las condiciones personales de su pupila, entre las que resaltó que se encuentra debidamente identificado, que posee arraigo familiar en el país y que carece de antecedentes penales.

En senda destacó que, la resolución impugnada no explica el motivo por el cual las demás medidas cautelares, alternativas a la prisión preventiva, previstas por el art. 210 del CPPF, serían insuficientes para asegurar a su defendido a este proceso.

Por lo expuesto, solicitó se revoque la decisión adoptada y se disponga la excarcelación de su asistido.

III. Los doctores *Bruglia* y *Bertuzzi* dijeron:

Con el fin de analizar los posibles riesgos que podría implicar la liberación de la imputada, valoraremos las pautas previstas por el legislador en los artículos 221 y 222 del C.P.P.F., aprobado por ley 27.063 (ver resolución de la Comisión Bicameral de Monitoreo e implementación del C.P.P.F. de fecha 13/11/19, publicada en el BO el 19/11/19).

En primer lugar corresponde señalar las características del hecho imputado, constitutivo del delito de comercio de estupefacientes agravado por haber intervenido tres o más personas organizadas, la intervención de menores de edad y en inmediaciones de establecimientos donde se realizan actividades deportivas en concurso real con el delito de acopio de armas y municiones en calidad de coautor (Hecha A) (arts. 45, 55 y 189 bis, inc. 3° del Código Penal, 5° inciso "c" y 11° inciso "a", "c" y "e" de la Ley 23.737).

También se le imputa la tenencia con fines de comercialización de una gran cantidad de sustancias estupefacientes halladas el día 23 de septiembre de 2021 en los domicilios de la calle Mario Bravo 2xxx y Ucrania 4xxx, Villa Fiorito, Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires y la tenencia de las armas halladas en los domicilios indicados (Hecho B) (art. 5, inc. "c", ley 23737 y art. 189 bis del Código Penal).

En esa línea, se observa que la elevada amenaza de pena da cuenta que el riesgo procesal basado en la posibilidad de que pueda sustraerse de la acción de la justicia es suficientemente alto como para motivar la presunción que habilita el dictado de la medida de cautela personal aplicada.

Más aún cuando, tal como lo expusieron la fiscalía y el magistrado de grado, la investigación, primordialmente, gira entorno a una organización claramente de relevancia, que actuaba de manera coordinada y con distribución de roles en una estructura jerárquica, dedicada a la comercialización de estupefacientes con entregas en diversos puntos de esta ciudad, y con base en varios domicilios, al punto que fue necesaria la realización de un total de 60 allanamientos en diversos puntos de CABA y PBA, culminando en la detención de gran parte de sus integrantes, lo cual permite presumir, dado su elevada peligrosidad, la posibilidad con la que cuenta de sustraerse de la acción de la justicia.

Pero además, se advierten otros factores que, en los términos de la mentada normativa, evidencian la existencia de riesgos procesales, en caso de que el nombrado recupere su libertad.

En este sentido es dable destacar, que aún no se pudo dar con el paradero de quien sería el jefe de esta asociación, R. M. M. R., alias "D.", quien es intensamente buscado y a la vez existen otros presuntos integrantes de la asociación con pedido de captura y algunos otros que todavía no ha sido posible identificar. Ello, pone en evidencia entonces, que se trata de una asociación que cuenta con los medios suficientes como para mantener a sus miembros en la clandestinidad.

Asimismo, aún existen medidas de prueba en producción, ordenadas por Magistrado de grado y solicitadas por el Ministerio Fiscal, cuyos resultados podrían derivar en nuevas líneas investigativas.

No puede soslayarse, por otro lado, el pronóstico negativo que arroja el secuestro de armas de fuego a disposición de la organización, así como también las halladas en los domicilios allanados antes mencionados (ver causa nro. 12.013, reg. nro. 14.709, rta. el 09/10/09 de la Sala I de la C.N.C.P. y de esta Sala causa nro. 45.822, reg. nro. 793, rta. el 14/07/11, entre otras).

Tampoco parece un dato menor el tiempo que llevaba la encartada siendo buscada, desde el 16 de junio próximo pasado, lo que ameritó la realización de diversas tareas de investigación por personal policial, a lo que debe sumarse que poseía orden de captura nacional e internacional.

En virtud de lo expuesto, y más allá de las condiciones personales de la incusa a las que hace referencia su defensa, se verifica la existencia de peligros procesales que, de momento -y en consonancia con el dictamen de la representante del Ministerio Público Fiscal- no pueden ser neutralizados a través de otros medios menos lesivos para los derechos del imputado, máxime tomando en consideración el acotado margen de este incidente de excarcelación.

De otro lado, frente al planteo de la defensa de analizar la presente a la luz de la situación de emergencia sanitaria actual, debemos señalar que este Tribunal ha sostenido que a partir de la declaración como pandemia del COVID-19 y la naturaleza fluctuante que tal situación epidemiológica acarrea, todos los poderes del Estado han ido adoptando una serie de medidas tendientes a prevenir su propagación y, como consecuencia de ello, a preservar la salud de las personas privadas de su libertad (v. en ese sentido expte. CFP 1475/2020/1). De ahí que, sin perjuicio de las limitaciones y complicaciones lógicas que trae aparejada la detención para quien la padece, tampoco se advierte la existencia de un riesgo concreto sobre el cual disponer una cautela diferente de aquella

que ha sido adoptada en la anterior instancia y que, consecuentemente, homologamos.

Resta señalar que la situación de la imputada podría enmarcarse en alguno de los supuestos contemplados en el inciso j) del art. 210 del CPPF o el art. 33 del Ley 24.660, pero el abordaje de dicha morigeración se analizará -en caso de intervención de esta Alzada frente al planteo de la defensa- en el marco del correspondiente incidente, donde obren las constancias necesarias que permitan valorar la viabilidad de esta medida de coerción.

IV. El doctor *Llorens* dijo:

Coincido en lo sustancial con lo resuelto por mis colegas en punto al encierro preventivo que pesa sobre D. V..

Quiero aclarar, no obstante, que en materia de libertades durante el proceso he valorado que debe ponderarse como presupuestos de análisis la escala de sanción de la conducta endilgada, las cualidades particulares de la persona sometida al proceso y por último, la evaluación de riesgos procesales. En extenso he explicado mi posición al decidir en la causa CFP 9886/18/12/CA3 en autos: "Soto Dávila, Carlos Vicente y otros", resuelta el 20/03/19, por lo que me remito en un todo a lo que allí sostuve.

Sin perjuicio de ello, a mi modo de ver las pautas previstas por el legislador en los arts. 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal -aprobado por Ley 27.063-, que han sido anunciadas como puestas en vigor por la resolución adoptada con fecha 13 de noviembre de 2019 por la Comisión Bicameral de implementación de dicho Código (B.O. 19/11/19) -y más allá de la discutida posición acerca de la vigencia de esas normas por fuera del sistema donde fueron estructuradas- nada agregan al análisis de riesgos procesales que siempre se ponderan conglobando todos los antecedentes del caso adunados a la causa. Y tampoco resulta novedoso. Ya desde antiguo, la jurisprudencia viene tratando estas cuestiones (solo a modo de ejemplo tengo presentes: el precedente "Chaban" de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (el voto del Dr. Bruzzone) y el Plenario convocado en la causa "Díaz Bessone" de la Cámara Federal de Casación Penal) que destacan la tensión entre el derecho a la libertad y las medidas cautelares que la restringen durante el proceso, los jueces pacíficamente analizamos en cada supuesto todos los extremos de la encuesta para descartar riesgos de fuga y/o entorpecimiento de las investigaciones.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que a V. se le atribuye provisoriamente el Hecho A, la comisión del delito de comercio de estupefacientes agravado por haber intervenido tres o más personas organizadas, la intervención de menores de edad y en inmediaciones de establecimientos donde se realizan actividades deportivas en concurso real con el delito de acopio de armas y municiones en calidad de coautor (arts. 45, 55 y 189 bis, inc. 3° del Código Penal, 5° inciso "c" y 11° inciso "a", "c" y "e" de la Ley 23.737), cuyas escalas penales, que oscilan, entre los 6 y los 20 años y entre los 4 y los 10 años, habilita la presunción que da sustento a la medida aplicada.

Y el hecho B, la tenencia con fines de comercialización de una gran cantidad de sustancias estupefacientes halladas el día 23 de septiembre de 2021 en los domicilios de la calle Mario Bravo 2637 y Ucrania 4035, Villa Fiorito, Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires y la tenencia de las armas halladas en los domicilios indicados (art. 5, inc. "c", ley 23737 y art. 189 bis del Código Penal), cuyas escalas penales, están entre los 4 y 15 años de prisión y de 2 a 6 años.

Cabe agregar, las particulares características graves de los hechos que se le endilga, que fueron reseñadas en el voto que antecede, y el pronóstico negativo que arroja el secuestro de armas de fuego en poder de la organización y en los domicilios vinculados con la incidentista, sin perjuicio de que aún no se haya dictado una resolución de mérito al respecto (ver causa nro. 12.013, reg. nro. 14.709, rta. el 09/10/09 de la Sala I de la C.N.C.P. y de esta Sala causa nro. 45.822, reg. nro. 793, rta. el 14/07/11, entre otras).

En efecto, el conjunto de condiciones objetivas y particulares del incuso, las que fueron minuciosamente detalladas por mis colegas preopinantes, vislumbran un peligro procesal suficiente que justifica la necesidad de mantener la medida restrictiva de la libertad, a los efectos de asegurar la debida concreción de la investigación, en la que todavía existen medidas de prueba pendientes de producción que podrían develar nuevos individuos participantes de la maniobra. Ello es así, más allá de la reevaluación sobre la modalidad de detención que se pueda efectuar de la cuestión en la prisión domiciliaria solicitada.

Tal es mi voto.

V. Resta aclarar que atento a lo dispuesto en las Acordadas Nº 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la Acordada N° 10/20 y ccdtes. de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

En virtud de lo que surge del Acuerdo que antecede, el tribunal *Resuelve:*

CONFIRMAR la resolución del juez de grado del 24 de septiembre del año en curso, en cuanto dispuso NO HACER LUGAR a la EXCARCELACIÓN solicitada a favor de D. V..

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia mediante sistema informático. — *Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

EXCARCELACIÓN

Persona imputada por el delito de comercialización de estupefacientes. Elevada amenaza de pena. Riesgos procesales. Rechazo.

1. — Las características de los hechos endilgados a la incusa prevén una pena elevada, la cual da cuenta que el riesgo procesal basado en la posibilidad de que pueda sustraerse de la acción de la justicia resulta ser suficientemente alto, como para motivar el rechazo de la excarcelación.

2. — El monto de la pena no es el único elemento a tener en cuenta para denegar o conceder una excarcelación, sino que es una pauta que debe valorarse en forma conjunta con otros parámetros. Ello, a fin de determinar la existencia de peligros procesales que evidencien si, en el supuesto de recuperar la libertad, que la encausada intentará eludir el accionar de la justicia o entorpecer de algún modo la investigación. A lo que debe sumarse, las medidas de prueba ordenadas que aún se hallan en pleno trámite y que, dada la enorme cantidad de estupefacientes y las armas que fueron incautadas, no se descarta la participación de otros imputados como consecuencia de la producción de aquellas.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 05/10/2021. - B., M. D. s/ incidente de excarcelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170126/2021]

Expte. n° CFP 020197/2018/49/CA023

Buenos Aires, 5 de octubre de 2021.

Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora Oficial, Dra. Florencia Plazas, contra el decisorio de fecha 24 de septiembre pasado, por el cual se le denegó la excarcelación a su asistida.

II. De la lectura del legajo se advierte que, la parte recurrente, abrevió los plazos y alegó que los elementos y las circunstancias incorporadas a la causa, no permiten tener por acreditados los riesgos procesales aludidos por el Juez de grado para rechazar su petición. Señaló que dado el contexto de pandemia atravesada como consecuencia del COVID-19, el riesgo de fuga se ve anulado y que nada hace presumir que su libertad pueda entorpecer la investigación. Como consecuencia de ello, invocó la posibilidad de imponer otras medidas menos lesivas que su detención. Máxime, considerando la situación de emergencia carcelaria y sanitaria producto de la pandemia mencionada.

III. El doctor *Bertuzzi* dijo:

Con el fin de analizar los posibles riesgos que podrían implicar la liberación de la imputada, valoraré las pautas previstas por el legislador en los artículos 221 y 222 del C.P.P.F., aprobado por ley 27.063 (ver resolución de la Comisión Bicameral de Monitoreo e implementación del C.P.P.F. de fecha 13/11/19, publicada en el BO el 19/11/19).

Al respecto, debo recordar que el monto de la pena no es el único elemento a tener en cuenta para denegar o conceder una excarcelación, sino que es una pauta que debe valorarse en forma conjunta con otros parámetros. Ello, a fin de determinar la existencia de peligros procesales que evidencien si, en el supuesto de recuperar la libertad, que la encausada intentará eludir el accionar de la justicia o entorpecer de algún modo la investigación. Bajo esas circunstancias, corresponde analizar los posibles riesgos que podrían implicar su liberación.

En consecuencia y en primer lugar, corresponde señalar que las características de los hechos endilgados a la incusa prevén una pena elevada, la cual da cuenta que el riesgo procesal basado en la posibilidad de que pueda sustraerse de la acción de la justicia resulta ser suficientemente alto, como para motivar el dictado de la medida cautelar aquí aplicada.

Debo tener en cuenta que, en lo que respecta a los delitos que se le atribuyen y a la escala penal con la que se encuentran reprimidos, en los autos principales se indagó a la encausada por hechos que resultarían (provisoriamente y a los fines de esta valoración) constitutivos de los delitos previstos en el artículo 5, inciso c), agravado por el artículo 11 c) de la ley 23.737, y en el artículo 189 bis, apartado 2), primer y segundo párrafo, del Código Penal de la Nación, en concurso real entre sí (artículo 55 del Código de Fondo).

Asimismo, se evalúan otros factores que, en los términos de la mentada normativa, refuerzan la existencia de esos riesgos procesales.

Al respecto, no puede soslayarse, el pronóstico negativo que arroja el secuestro de armas de fuego en los domicilios allanados antes mencionados (ver causa nro. 12.013, reg. nro. 14.709, rta. el 09/10/09 de la Sala I de la C.N.C.P. y de esta Sala causa nro. 45.822, reg. nro. 793, rta. el 14/07/11, entre otras).

A lo que debe sumarse, las medidas de prueba ordenadas en autos que aún se hallan en pleno trámite y que, dada la enorme cantidad de estupefacientes y las armas que fueron incautadas, no se descarta la participación de otros imputados como consecuencia de la producción de aquellas.

Todo lo cual hace plausible que, de momento, la soltura de la incusa, puede poner en peligro el correcto avance de la pesquisa.

En virtud de lo expuesto, y más allá de las condiciones personales de la incusa a las que hace referencia su defensa, se verifica la existencia de peligros procesales que, de momento -y en consonancia con el dictamen de la representante del Ministerio Público Fiscal- no pueden ser neutralizados a través de otros medios menos lesivos para los derechos del imputado, máxime tomando en consideración el acotado margen de este incidente de excarcelación, y sin perjuicio de efectuar un nuevo análisis de la modalidad de detención que se pueda hacer en el pedido de detención domiciliaria (artículo 319 del C.P.P.N. y 210, incisos A al J, del C.P.P.F., aprobado por ley 27.063).

Por último, el recurrente alegó, el contexto de emergencia carcelaria y sanitaria que se presenta frente a la declaración de pandemia, que expone a su defendida a una situación de vulnerabilidad, lo cual influye, a su entender, en la solución del caso.

Al respecto, corresponde señalar que a partir de la declaración como pandemia del COVID-19 y la naturaleza fluctuante que tal situación epidemiológica acarrea, todos los poderes del Estado han ido adoptando una serie de medidas tendientes a prevenir su propagación y, como consecuencia de ello, a preservar la salud de las personas privadas de su libertad. Por lo tanto, sin perjuicio de las limitaciones y complicaciones lógicas que trae aparejada la detención para quien la padece, no se advierte la existencia de un riesgo concreto, máxime teniendo en cuenta que no existe evidencia alguna que indique que la aquí imputada padezca la enfermedad.

Es por ello que, la sola invocación de este extremo no resulta suficiente para habilitar la excarcelación de la encartada.

Por lo que así voto.

El doctor *Llorens* dijo:

Coincido en lo sustancial con lo resuelto por mi colega preopinante en punto al encierro preventivo.

Quiero aclarar, no obstante, que en materia de libertades durante el proceso he valorado que debe ponderarse como presupuestos de análisis la escala de sanción de la conducta endilgada -que en el caso, según la calificación provisoria efectuada por el a quo, (artículos 5to. Inc. “c” y 11, inc.”c” de la ley 23.737) que prevé una pena mínima de 4 años y un máximo de 15 de prisión -que se aumentan en un tercio el máximo a la mitad del mínimo, 6 a 20 años-, las cualidades particulares de la persona sometida al proceso y por último, la evaluación de riesgos procesales -los cuales, ya han sido descriptos por mis colegas preopinantes-. En extenso he explicado mi posición al decidir en la causa CFP 9886/18/12/CA3 en autos: “Soto Dávila, Carlos Vicente y otros”, resuelta el 20/03/19, por lo que me remito en un todo a lo que allí sostuve.

Sin perjuicio de ello, a mi modo de ver las pautas previstas por el legislador en los arts. 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal -aprobado por Ley 27.063-, que han sido anunciadas como puestas en vigor por la resolución adoptada con fecha 13 de noviembre de 2019 por la Comisión Bicameral de implementación de dicho Código (B.O. 19/11/19) -y más allá de la discutida posición acerca de la vigencia de esas normas por fuera del sistema donde fueron estructuradas-, nada agregan al análisis de riesgos procesales que siempre se ponderan conglobando todos los antecedentes del caso adunados a la causa. Y tampoco resulta novedoso. Ya desde antiguo, la jurisprudencia viene tratando estas cuestiones (solo a modo de ejemplo tengo presentes: el precedente "Chaban" de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (el voto del Dr. Bruzzone) y el Plenario convocado en la causa "Díaz Bessone" de la Cámara Federal de Casación Penal) que destacan la tensión entre el derecho a la libertad y las medidas cautelares que la restringen durante el proceso, los jueces pacíficamente analizamos en cada supuesto todos los extremos de la encuesta para descartar riesgos de fuga y/o entorpecimiento de las investigaciones.

En virtud de lo expuesto, y más allá de la reevaluación sobre la modalidad de detención que se pueda efectuar de la cuestión en la prisión domiciliaria solicitada, ante el acotado margen de este incidente de excarcelación, homologaré a la resolución apelada.

Este es mi voto.

El doctor *Bruglia* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Bertuzzi*, señalando que la premura que exige la cuestión debatida y el acotado margen de la incidencia, impiden de momento, analizar la posible morigeración de la detención en los términos del inciso el inciso j) del art. 210 del CPPF, circunstancia que podría abordarse, una vez debidamente constatadas las condiciones previas (constatación de domicilio, sustento económico etc.) que resultan imprescindible para valorar la viabilidad de esta medida de coerción alternativa.

IV. Resta aclarar que atento a lo dispuesto en las Acordadas Nº 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la Acordada N° 10/20 y ccdtes. de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

En virtud del acuerdo que antecede, este Tribunal

Resuelve:

CONFIRMAR la resolución a través de la cual se dispuso NO HACER LUGAR a la excarcelación solicitada a favor deM. B., bajo ningún tipo de caución.

Regístrese, notifíquese, hágase saber y devuélvase a la anterior instancia vía sistema informático. — *Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA

Competencia. Recurso de queja. Falta de legitimación para recurrir.

1. — La Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires carece de legitimación activa para recurrir pues no resulta ser parte en el proceso. Por un lado, no ha cumplido con las formalidades que establece el Código de rito para constituirse en parte querellante, ni ha solicitado serlo, lo cual impide habilitar esta vía al amparo de las prerrogativas establecidas en el art. 82 del Cód. Proc. Penal de la Nación. Por el otro lado, tampoco logró demostrar que fuera víctima de los hechos denunciados, a la luz de los extremos que la invocada ley 27.372 exige a los efectos de convalidar su actuación en el marco de un proceso penal en el rol de víctima, tratándose solo de quien, a través de su presentación, puso en conocimiento de la posible comisión de un delito de acción pública a la autoridad judicial.

2. — El Código de rito en su art. 179 establece expresamente que "el denunciante no será parte en el proceso", y, en el art. 432, que el derecho de recurrir corresponderá "tan solo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo".

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 15/10/2021. - Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración Gral. de la CABA s/ queja.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170797/2021]

Expte. n° CFP 005720/2021/1/RH001

Buenos Aires, 15 de octubre de 2021.

Considerando:

I. El representante de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de queja contra el auto de la anterior instancia que rechazó in límine la apelación interpuesta contra la resolución mediante la cual se dispuso la devolución de las actuaciones al mencionado organismo, a fin de que sea judicializada ante el fuero penal local.

II. En su recurso de queja, el letrado discrepó con la interpretación realizada por el juez, quien sostuvo que la repartición no reunía la calidad de parte en la causa ni tampoco resultaba víctima -cfr. los términos fijados por la ley 27.372- de los sucesos denunciados. Concretamente, sostuvo que el sujeto pasivo del delito previsto en el art. 205 del C.P. no es específico y que la infracción atenta contra el Estado, en su calidad de representante de la sociedad en general, por lo que cualquier quebrantamiento a las medidas tomadas (tanto como por el Gobierno Nacional como el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) para la protección a la salud pública, los posicionaba como víctimas. De allí desprendió la legitimación de dicho organismo para apelar la resolución en crisis.

Por otro lado, resaltó el gravamen irreparable que la decisión adoptada les generaba ya que los obligaba a recurrir a un órgano jurisdiccional incompetente -a su criterio- para entender sobre la cuestión o, en su defecto desistir, lo que a su vez implica que se comporte como una resolución equiparable a definitiva.

III. En el informe elaborado en los términos del art. 477 del C.P.P.N., el juez sostuvo que su decisión de rechazar in límine el recurso de apelación respondía a que el Gobierno de la CABA no resultaba parte en el legajo ni tampoco resultaba per se víctima en los términos fijados por la ley 27.372 de los sucesos denunciados.

IV. Un cabal análisis del planteo del recurrente y de la postura esgrimida por el a quo, conduce a compartir el juicio de admisibilidad efectuado por el magistrado, razón por la que no se hará lugar a la queja articulada.

Así, cabe recordar que el Código de rito establece expresamente que "el denunciante no será parte en el proceso" (art. 179), y que el derecho de recurrir corresponderá "tan solo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo" (art. 432).

En consonancia con lo expresado por el a quo, se advierte que la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires carece de legitimación activa para recurrir pues no resulta ser parte en este proceso. Por un lado, no ha cumplido con las formalidades que establece el Código de rito para constituirse en parte querellante, ni ha solicitado serlo, lo cual impide habilitar esta vía al amparo de las prerrogativas establecidas en el art. 82 del C.P.P.N. Por el otro lado, tampoco logró demostrar que fuera víctima de los hechos denunciados, a la luz de los extremos que la invocada ley 27.372 exige a los efectos de convalidar su actuación en el marco de un proceso penal en el rol de víctima, tratándose solo de quien, a través de su presentación, puso en conocimiento de la posible comisión de un delito de acción pública a la autoridad judicial.

De esta manera, entiendo que la ausencia de la capacidad para impulsar la continuación de la causa, obsta cualquier examen acerca del planteo introducido, frente al modo en que ha quedado resuelta la cuestión.

Lo expuesto conlleva, irremediablemente a no hacer lugar a la queja introducida.

V. En atención a lo dispuesto en la Acordadas 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 10/20 y ccdtes, de esta Cámara la presente se dicta vía Lex100.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal

Resuelve:

RECHAZAR el recurso de queja deducido por el representante de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. arts. 444 y 478 del C.P.P.N.)

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia vía sistema informático. — *Pablo D. Bertuzzi.*

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA

Competencia. Recurso de queja. Falta de legitimación para recurrir.

1. — La Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires carece de legitimación activa para recurrir pues no resulta ser parte en el proceso. Por un lado, no ha cumplido con las formalidades que establece el Código de rito para constituirse en parte querellante, ni ha solicitado serlo, lo cual impide habilitar esta vía al amparo de las prerrogativas establecidas en el art. 82 del Cód. Proc. Penal de la Nación. Por el otro lado, tampoco logró demostrar que fuera víctima de los hechos denunciados, a la luz de los extremos que la invocada ley 27.372 exige a los efectos de convalidar su actuación en el marco de un proceso penal en el rol de víctima, tratándose solo de quien, a través de su presentación, puso en conocimiento de la posible comisión de un delito de acción pública a la autoridad judicial.

2. — El Código de rito en su art. 179 establece expresamente que "el denunciante no será parte en el proceso", y, en el art. 432, que el derecho de recurrir corresponderá "tan solo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo".

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 15/10/2021. - Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración Gral. de la CABA s/ queja.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170796/2021]

Expte. n° CFP 005698/2021/1/RH001

Buenos Aires, 15 de octubre de 2021.

Considerando:

I. El representante de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de queja contra el auto de la anterior instancia que rechazó in límine la apelación interpuesta contra la resolución mediante la cual se dispuso la devolución de las actuaciones al mencionado organismo, a fin de que sea judicializada ante el fuero penal local.

II. En su recurso de queja, el letrado discrepó con la interpretación realizada por el juez, quien sostuvo que la repartición no reunía la calidad de parte en la causa ni tampoco resultaba víctima -cfr. los términos fijados por la ley 27.372- de los sucesos denunciados. Concretamente, sostuvo que el sujeto pasivo del delito previsto en el art. 205 del C.P. no es específico y que la infracción atenta contra el Estado, en su calidad de representante de la sociedad en general, por lo que cualquier quebrantamiento a las medidas tomadas (tanto como por el Gobierno Nacional como el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) para la protección a la salud pública, los posicionaba como víctimas. De allí desprendió la legitimación de dicho organismo para apelar la resolución en crisis.

Por otro lado, resaltó el gravamen irreparable que la decisión adoptada les generaba ya que los obligaba a recurrir a un órgano jurisdiccional incompetente -a su criterio- para entender sobre la cuestión o, en su defecto desistir, lo que a su vez implica que se comporte como una resolución equiparable a definitiva.

III. En el informe elaborado en los términos del art. 477 del C.P.P.N., el juez sostuvo que su decisión de rechazar in límine el recurso de apelación respondía a que el Gobierno de la CABA no resultaba parte en el legajo ni tampoco resultaba per se víctima en los términos fijados por la ley 27.372 de los sucesos denunciados.

IV. Un cabal análisis del planteo del recurrente y de la postura esgrimida por el a quo, conduce a compartir el juicio de admisibilidad efectuado por el magistrado, razón por la que no se hará lugar a la queja articulada.

Así, cabe recordar que el Código de rito establece expresamente que "el denunciante no será parte en el proceso" (art. 179), y que el derecho de recurrir corresponderá "tan solo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo" (art. 432).

En consonancia con lo expresado por el a quo, se advierte que la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires carece de legitimación activa para recurrir pues no resulta ser parte en este proceso. Por un lado, no ha cumplido con las formalidades que establece el Código de rito para constituirse en parte querellante, ni ha solicitado serlo, lo cual impide habilitar esta vía al amparo de las prerrogativas establecidas en el art. 82 del C.P.P.N. Por

el otro lado, tampoco logró demostrar que fuera víctima de los hechos denunciados, a la luz de los extremos que la invocada ley 27.372 exige a los efectos de convalidar su actuación en el marco de un proceso penal en el rol de víctima, tratándose solo de quien, a través de su presentación, puso en conocimiento de la posible comisión de un delito de acción pública a la autoridad judicial.

De esta manera, entiendo que la ausencia de la capacidad para impulsar la continuación de la causa, obsta cualquier examen acerca del planteo introducido, frente al modo en que ha quedado resuelta la cuestión.

Lo expuesto conlleva, irremediablemente a no hacer lugar a la queja introducida.

V. En atención a lo dispuesto en la Acordadas 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 10/20 y ccdtes, de esta Cámara la presente se dicta vía Lex100.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal

Resuelve:

RECHAZAR el recurso de queja deducido por el representante de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. arts. 444 y 478 del C.P.P.N.)

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia vía sistema informático. — *Pablo D. Bertuzzi.*

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA

Competencia. Recurso de queja. Falta de legitimación para recurrir.

1. — La Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires carece de legitimación activa para recurrir pues no resulta ser parte en el proceso. Por un lado, no ha cumplido con las formalidades que establece el Código de rito para constituirse en parte querellante, ni ha solicitado serlo, lo cual impide habilitar esta vía al amparo de las prerrogativas establecidas en el art. 82 del Cód. Proc.. Penal de la Nación. Por el otro lado, tampoco logró demostrar que fuera víctima de los hechos denunciados, a la luz de los extremos que la invocada ley 27.372 exige a los efectos de convalidar su actuación en el marco de un proceso penal en el rol de víctima, tratándose solo de quien, a través de su presentación, puso en conocimiento de la posible comisión de un delito de acción pública a la autoridad judicial.

2. — El Código de rito en su art. 179 establece expresamente que "el denunciante no será parte en el proceso", y, en el art. 432, que el derecho de recurrir corresponderá "tan solo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo".

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 15/10/2021. - Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración Gral. de la CABA s/ queja.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170795/2021]

Expte. n° CFP 006071/2021/1/RH001

Buenos Aires, 15 de octubre de 2021.

Considerando:

I. El representante de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de queja contra el auto de la anterior instancia que rechazó in límine la apelación interpuesta contra la resolución mediante la cual se dispuso la devolución de las actuaciones al mencionado organismo, a fin de que sea judicializada ante el fuero penal local.

II. En su recurso de queja, el letrado discrepó con la interpretación realizada por el juez, quien sostuvo que la repartición no reunía la calidad de parte en la causa ni tampoco resultaba víctima -cfr. los términos fijados por la ley 27.372- de los sucesos denunciados. Concretamente, sostuvo que el sujeto pasivo del delito previsto en el art. 205 del C.P. no es específico y que la infracción atenta contra el Estado, en su calidad de representante de la sociedad en general, por lo que cualquier quebrantamiento a las medidas tomadas (tanto como por el Gobierno Nacional como el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) para la protección a la salud pública, los posicionaba como víctimas. De allí desprendió la legitimación de dicho organismo para apelar la resolución en crisis.

Por otro lado, resaltó el gravamen irreparable que la decisión adoptada les generaba ya que los

obligaba a recurrir a un órgano jurisdiccional incompetente -a su criterio- para entender sobre la cuestión o, en su defecto desistir, lo que a su vez implica que se comporte como una resolución equiparable a definitiva.

III. En el informe elaborado en los términos del art. 477 del C.P.P.N., el juez sostuvo que su decisión de rechazar in límine el recurso de apelación respondía a que el Gobierno de la CABA no resultaba parte en el legajo ni tampoco resultaba per se víctima en los términos fijados por la ley 27.372 de los sucesos denunciados.

IV. Un cabal análisis del planteo del recurrente y de la postura esgrimida por el a quo, conduce a compartir el juicio de admisibilidad efectuado por el magistrado, razón por la que no se hará lugar a la queja articulada.

Así, cabe recordar que el Código de rito establece expresamente que "el denunciante no será parte en el proceso" (art. 179), y que el derecho de recurrir corresponderá "tan solo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo" (art. 432).

En consonancia con lo expresado por el a quo, se advierte que la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires carece de legitimación activa para recurrir pues no resulta ser parte en este proceso. Por un lado, no ha cumplido con las formalidades que establece el Código de rito para constituirse en parte querellante, ni ha solicitado serlo, lo cual impide habilitar esta vía al amparo de las prerrogativas establecidas en el art. 82 del C.P.P.N. Por el otro lado, tampoco logró demostrar que fuera víctima de los hechos denunciados, a la luz de los extremos que la invocada ley 27.372 exige a los efectos de convalidar su actuación en el marco de un proceso penal en el rol de víctima, tratándose solo de quien, a través de su presentación, puso en conocimiento de la posible comisión de un delito de acción pública a la autoridad judicial.

De esta manera, entiendo que la ausencia de la capacidad para impulsar la continuación de la causa, obsta cualquier examen acerca del planteo introducido, frente al modo en que ha quedado resuelta la cuestión.

Lo expuesto conlleva, irremediablemente a no hacer lugar a la queja introducida.

V. En atención a lo dispuesto en la Acordadas 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 10/20 y ccdtes, de esta Cámara la presente se dicta vía Lex100.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal

Resuelve:

RECHAZAR el recurso de queja deducido por el representante de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. arts. 444 y 478 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia vía sistema informático. — *Pablo D. Bertuzzi.*

PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA

Competencia. Recurso de queja. Falta de legitimación para recurrir.

1. — La Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires carece de legitimación activa para recurrir pues no resulta ser parte en el proceso. Por un lado, no ha cumplido con las formalidades que establece el Código de rito para constituirse en parte querellante, ni ha solicitado serlo, lo cual impide habilitar esta vía al amparo de las prerrogativas establecidas en el art. 82 del Cód. Proc. Penal de la Nación. Por el otro lado, tampoco logró demostrar que fuera víctima de los hechos denunciados, a la luz de los extremos que la invocada ley 27.372 exige a los efectos de convalidar su actuación en el marco de un proceso penal en el rol de víctima, tratándose solo de quien, a través de su presentación, puso en conocimiento de la posible comisión de un delito de acción pública a la autoridad judicial.

2. — El Código de rito en su art. 179 establece expresamente que "el denunciante no será parte en el proceso", y, en el art. 432, que el derecho de recurrir corresponderá "tan solo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo".

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 15/10/2021. - Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración Gral. de la CABA s/ queja.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170794/2021]

Expte. n° CFP 006209/2021/1/RH001

Buenos Aires, 15 de octubre de 2021.

Considerando:

I. La representante de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de queja contra el auto de la anterior instancia que rechazó in límine la apelación interpuesta contra la resolución mediante la cual se dispuso la devolución de las actuaciones al mencionado organismo, a fin de que sea judicializada ante el fuero penal local.

II. En su recurso de queja, la letrada discrepó con la interpretación realizada por el juez, quien sostuvo que la repartición no reunía la calidad de parte en la causa ni tampoco resultaba víctima -cfr. los términos fijados por la ley 27.372- de los sucesos denunciados. Concretamente, sostuvo que el sujeto pasivo del delito previsto en el art. 205 del C.P. no es específico y que la infracción atenta contra el Estado, en su calidad de representante de la sociedad en general, por lo que cualquier quebrantamiento a las medidas tomadas (tanto como por el Gobierno Nacional como el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) para la protección a la salud pública, los posicionaba como víctimas. De allí desprendió la legitimación de dicho organismo para apelar la resolución en crisis.

Por otro lado, resaltó el gravamen irreparable que la decisión adoptada les generaba ya que los obligaba a recurrir a un órgano jurisdiccional incompetente -a su criterio- para entender sobre la cuestión o, en su defecto desistir, lo que a su vez implica que se comporte como una resolución equiparable a definitiva.

III. En el informe elaborado en los términos del art. 477 del C.P.P.N., el juez sostuvo que su decisión de rechazar in límine el recurso de apelación respondía a que el Gobierno de la CABA no resultaba parte en el legajo ni tampoco resultaba per se víctima en los términos fijados por la ley 27.372 de los sucesos denunciados.

IV. Un cabal análisis del planteo de la recurrente y de la postura esgrimida por el a quo, conduce a compartir el juicio de admisibilidad efectuado por el magistrado, razón por la que no se hará lugar a la queja articulada.

Así, cabe recordar que el Código de rito establece expresamente que "el denunciante no será parte en el proceso" (art. 179), y que el derecho de recurrir corresponderá "tan solo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo" (art. 432).

En consonancia con lo expresado por el a quo, se advierte que la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires carece de legitimación activa para recurrir pues no resulta ser parte en este proceso. Por un lado, no ha cumplido con las formalidades que establece el Código de rito para constituirse en parte querellante, ni ha solicitado serlo, lo cual impide habilitar esta vía al amparo de las prerrogativas establecidas en el art. 82 del C.P.P.N. Por el otro lado, tampoco logró demostrar que fuera víctima de los hechos denunciados, a la luz de los extremos que la invocada ley 27.372 exige a los efectos de convalidar su actuación en el marco de un proceso penal en el rol de víctima, tratándose solo de quien, a través de su presentación, puso en conocimiento de la posible comisión de un delito de acción pública a la autoridad judicial.

De esta manera, entiendo que la ausencia de la capacidad para impulsar la continuación de la causa, obsta cualquier examen acerca del planteo introducido, frente al modo en que ha quedado resuelta la cuestión.

Lo expuesto conlleva, irremediablemente a no hacer lugar a la queja introducida.

V. En atención a lo dispuesto en la Acordadas 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 10/20 y ccdtes, de esta Cámara la presente se dicta vía Lex100.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal

Resuelve:

RECHAZAR el recurso de queja deducido por la representante de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. arts. 444 y 478 del C.P.P.N.)

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia vía sistema informático. — *Pablo D. Bertuzzi.*

EXCARCELACIÓN

Persona imputada por el delito de portación ilegítima de arma de guerra. Elevada amenaza de pena. Riesgo para la investigación. Antecedentes condenatorios. Rechazo.

1. — No puede dejar de considerarse que la conducta del encausado, de acuerdo con la imputación que se formulara al prestar declaración indagatoria, fue calificada como constitutiva de los delitos de portación ilegítima de un arma de guerra, que concursa en forma real con el delito de encubrimiento por receptación y con resistencia a un funcionario público. Tales ilícitos evidencian una elevada penalidad, como bien lo refiere el magistrado, lo que incide negativamente en la ponderación de la conducta que el imputado podría adoptar de recuperar su libertad.

2. — Aun frente a una elevada amenaza de pena, también se requerían elementos objetivos sobre los cuales presagiar el riesgo concreto para la investigación.

3. — La excarcelación solicitada por la defensa debe rechazarse, en atención a la significación jurídica de los eventos, la gravitación que tiene en los pronósticos desfavorables la presencia de un arma de fuego de la entidad de la secuestrada, así como la existencia de medidas en curso —cuyo éxito podría comprometerse ante la libertad del imputado—, y los antecedentes condenatorios que registra (del voto del Dr. Llorens).

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 19/10/2021. - R. J., J. s/ incidente de excarcelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170387/2021]

Expte. n° CFP 6498/2021/1

Buenos Aires, 19 de octubre de 2021.

Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de J. R. R. J. contra la resolución dictada por el juez de grado el pasado 6 de octubre en cuanto dispuso no hacer lugar a la excarcelación del nombrado bajo ningún tipo de caución.

II. La defensa se agravió tras considerar que las apreciaciones del *a quo* solo remiten a la posible calificación en que eventualmente podrían enmarcarse los sucesos investigados, que de ninguna manera pueden erigirse en óbice para denegar su soltura, sin ninguna vinculación con los riesgos procesales de peligro de fuga o entorpecimiento de las investigaciones estatuidos en los arts. 221 y 222 del C.P.P.F, únicos legitimantes para justificar un encierro constitucionalmente válido.

Así todo, los siguientes párrafos del recurso procuran desvirtuar los factores de riesgo citados por el juez para denegar la excarcelación.

Señaló que el antecedente condenatorio que registra no puede valorarse en forma aislada e incidir negativamente en la libertad de su defendido.

Respecto a la ponderación negativa de las circunstancias que rodearon la detención del nombrado, estimó que tampoco pueden valorarse, ya que su pupilo en el marco de su declaración indagatoria negó que hayan ocurrido de la manera que relató el personal de la Gendarmería Nacional.

En respuesta a la medidas que se encuentran pendientes advirtió que no se ha señalado de qué modo el encartado podría conspirar contra ellas.

Además, expresó que sin perjuicio de que al día de la fecha no se haya constatado el domicilio de su defendido, no es pauta para presumir que es su intención eludir sus obligaciones, ya que la excarcelación también sería viable al constituir domicilio en esta defensoría pública.

Concluyó que existen otros medios menos lesivos de las garantías individuales para asegurar la sujeción al proceso del imputado, tales como las pautas de conducta establecidas por el art. 210 del C.P.P.F.

III. Los doctores *Bruglia* y *Bertuzzi* dijeron:

A efectos de analizar los posibles riesgos que podría implicar la liberación del encartado, ponderaremos las pautas previstas por el legislador en los arts. 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal –aprobado por Ley 27.063-, de conformidad con la resolución adoptada con fecha 13 de noviembre

de 2019 por la Comisión Bicameral de implementación de dicho Código (B.O. 19/11/19).

En ese sentido, según lo dispone el art. 221, inc. b, del CPPF, no puede dejar de considerarse que la conducta del encausado, de acuerdo a la imputación que se formulara al prestar declaración indagatoria, fue calificada como constitutiva de los delitos de portación ilegítima de un arma de guerra, que concursa en forma real con el delito de encubrimiento por receptación y con resistencia a un funcionario público (arts. 189 bis, inciso 2°, cuarto párrafo, 277 inciso 1º, apartado "c" y 239, todos del Código Penal).

Tales ilícitos evidencian una elevada penalidad, como bien lo refiere el magistrado, lo que incide negativamente en la ponderación de la conducta que el imputado podría adoptar de recuperar su libertad.

No obstante, es claro que la prescripción legal aludida no representa sino una presunción iuris tantum para evaluar la existencia del riesgo de fuga que el encierro preventivo busca neutralizar. De tal forma que, aún frente a una elevada amenaza de pena, también se requerían elementos objetivos sobre los cuales presagiar el riesgo concreto para la investigación.

No pueden pasarse por alto las circunstancias en las que se habría producido la detención del nombrado, en tanto, conforme surge de las declaraciones testimoniales recibidas al personal interviniente de la Gendarmería Nacional, el día 4 de octubre, aproximadamente a las 22:30 horas, personal integrante de la Patrulla Charli I del Escuadrón 1-11-14 de la Gendarmería Nacional, se encontraba recorriendo el Pasaje Bolivar, próximo al Pasaje San Jorge. En esa ocasión, observaron a un grupo de alrededor de diez hombres, los cuales se encontraban efectuando disparos de armas de fuego hacia arriba, logrando precisar entre diez y quince detonaciones.

Ante tal situación, se dio la voz de alto, oportunidad en la que los sujetos, al notar la presencia del personal uniformado, se fugaron por los pasillos lindantes, quedando en el lugar tres sujetos que, resistiéndose a la orden emanada, dispararon contra el personal interviniente que resultó ileso. Tras la persecución desarrollada luego, se detuvo al recurrente y a su coimputado en esta causa.

Cabe recordar al respecto que se ha valorado negativamente en numerosos precedentes la circunstancia de haber tenido un arma no siendo su legítimo usuario, extremo que constituye un serio indicio de riesgo procesal inherente a su situación, de conformidad con la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal y de esta Sala (ver CFCP, Sala I causa 12.013, "Alegría", reg. n°14.709 del 9/10/09" y de esta sala causas 48.362 del 13/06/13 reg. n° 641 y 48.318 del 30/05/13, reg. n° 572; entre otras).

A su vez, cobra relevancia lo expuesto por el a quo, en el sentido de que surge de los informes remitidos por el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, que el incidentista fue condenado con fecha 2 de julio del 2021, por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 19 de la Capital Federal, en la causa CCC 1434/2015/To1, a la pena de dos meses de prisión en suspenso y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de robo simple; imponiéndole al nombrado la pena única de tres años de prisión en suspenso y costas, comprensiva de la aludida anteriormente y de la pena de tres años de ejecución condicional dictada el 23 de enero de 2015 por el Juzgado de Garantías n° 4 del Departamento Judicial de La Matanza.

A todo ello se suma que no ha podido ser constatado su domicilio ya que el que brindó resultó ser inexistente, así como a que se encuentran en curso medidas dispuestas para hallar a las demás personas que habrían tenido intervención en el hecho que dio inicio a esta causa.

Frente a tal panorama, dado el incipiente estado de la investigación y al acotado margen de este incidente de excarcelación, se verifica la existencia de peligros procesales que, de momento -y en consonancia con el dictamen de la representante del Ministerio Público Fiscal- no pueden ser neutralizados a través de otros medios menos lesivos para los derechos del imputado, en razón de lo cual nos inclinamos por confirmar el rechazo de la excarcelación solicitada.

El doctor *Llorens* dijo:

En materia de libertades durante el proceso, he valorado que debe ponderarse como presupuestos de análisis la escala de sanción de la conducta endilgada, las cualidades particulares de la persona sometida al proceso y por último, la evaluación de riesgos procesales. En extenso he explicado mi po-

sición al decidir en la causa CFP 9886/18/12/CA3 en autos: "Soto Dávila, Carlos Vicente y otros", resuelta el 20/03/19, por lo que me remito en un todo a lo que allí sostuve.

Sin perjuicio de ello, quiero decir que a mi modo de ver las pautas previstas por el legislador en los arts. 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal -aprobado por Ley 27.063-, que han sido anunciadas como puestas en vigor por la resolución adoptada con fecha 13 de noviembre de 2019 por la Comisión Bicameral de implementación de dicho Código (B.O. 19/11/19) -y más allá de la discutida posición acerca de la vigencia de esas normas por fuera del sistema donde fueron estructuradas- nada agregan al análisis de riesgos procesales que siempre se ponderan conglobando todos los antecedentes del caso adunados a la causa. Y tampoco resulta novedoso. Ya desde antiguo, la jurisprudencia viene tratando estas cuestiones (solo a modo de ejemplo tengo presentes: el precedente "Chaban" de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (el voto del Dr. Bruzzone) y el Plenario convocado en la causa "Díaz Bessone" de la Cámara Federal de Casación Penal) que destacan la tensión entre el derecho a la libertad y las medidas cautelares que la restringen durante el proceso, los jueces pacíficamente analizamos en cada supuesto todos los extremos de la encuesta para descartar riesgos de fuga y/o entorpecimiento de las investigaciones.

Hecha tal aclaración, voto por homologar la resolución apelada en atención a la significación jurídica de los eventos, la gravitación que tiene en los pronósticos desfavorables la presencia de un arma de fuego de la entidad de la secuestrada -S&W 40-, así como la existencia de medidas en curso -cuyo éxito podría comprometerse ante la libertad del imputado-, y los antecedentes condenatorios que registra.

IV. Atento a lo dispuesto en las Acordadas Nº 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la Acordada N° 10/20 y ccdtes. de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

Por lo expuesto, el Tribunal *Resuelve:*

CONFIRMAR la resolución recurrida en cuanto no hizo lugar a la excarcelación de J. R. R. J. bajo ningún tipo de caución.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y pase a la anterior instancia mediante sistema informático. — *Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

PROCEDIMIENTO PENAL

Resoluciones irrecurribles. Diligencias probatorias.

Las resoluciones que deniegan medidas de prueba resultan irrecurribles conforme el art. 199, Cód. Proc. Penal de la Nación. Todo lo relativo a diligencias probatorias queda incluido dentro de las facultades discrecionales del juez, resultando las decisiones que se tomen en esa dirección irrecurribles.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 29/10/2021. - G. A. s/ recurso de queja por apelación denegada.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170580/2021]

Expte. n° CFP 006156/2021/4/RH001

Buenos Aires, 29 de octubre de 2021.

Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de queja por apelación denegada interpuesto por la defensa de E. G. A. contra el decisorio por el cual la juez de grado no hizo lugar a totalidad de las medidas de prueba solicitada y contra el rechazo de la apelación deducida respecto de la denegatoria del recurso de reposición.

II. Concretamente, respecto a las diligencias propuestas, el recurrente requirió que:

a) Se libre oficio al Gobierno de La Ciudad de Buenos Aires para que informe y, en su caso, remita las grabaciones de cámara de seguridad de la intersecciones de la Avenida San Juan y Salta en toda su extensión del día 25/09/2021.

b) Se efectúen tareas de inteligencia sobre la intersección Avenida San Juan y Salta para que determinen si existe algún consorcio de propietarios, local o similar con cámaras de seguridad y en caso afirmativo se remitan las grabaciones de la cámara de seguridad del día 25/09/2021.

Sostuvo que las medidas: "tienen como finalidad que se preserve la máxima objetividad y no se vulnere el derecho de defensa en juicio correspondiendo ejecutarlas a una fuerza de seguridad distinta a la interviniente (Policía de La Ciudad Autónoma de Buenos Aires), proponiendo en este acto a prefectura naval Argentina..."

c) Asimismo"con la finalidad de hacer un debido control de la prevención policial" requirió que se le reciba declaración testimonial a Ernesto Damián B. y Eduardo R. (personal de la Comisaría Vecinal 1 C de la Policía de la Ciudad) y a B. H. A. y José D. K. N. (testigos de actuación).

A raíz de ello, la parte se agravió al sostener que la magistrada, solo habría requerido las grabaciones de seguridad pública pertenecientes al G.C.B.A. pero no habría solicitado las grabaciones privadas ni, tampoco, habría ampliado las declaraciones de los participantes de la prevención policial, tal como demandó la defensa.

III. Al momento de informar en los términos del art. 477 del CPPN, la juez a quo explicó que: "...la suscripta requirió al Centro de Monitoreo Urbano remita de forma urgente las grabaciones que habrían captados los domos de seguridad ubicados en las inmediaciones de la intersección la avenida San Juan con la calle Salta de esta Ciudad, correspondientes al día 25 de septiembre de 2.021, en el horario comprendido entre las 17:00 y 19:00 hrs.(...).

Respecto de las otras medidas solicitadas por la defensa, toda vez que no se habían detallado ni explicado los extremos a acreditar con la producción de las mismas..." no hizo lugar a las mismas.

IV. Ahora bien, en cuanto al cuestionamiento sobre las diligencias, analizada la cuestión traída a estudio, coincidimos con lo expuesto por la Juez a quo, en cuanto sostuvo que: "...las resoluciones que deniegan medidas de prueba resulta irrecurribles (cf. art. 199 CPPN)...".

En efecto, tal como lo establece el artículo 199 CPPN, esta Sala en reiteradas oportunidades ha señalado que todo lo relativo a diligencias probatorias "queda incluido dentro de las facultades discrecionales del Juez, en virtud de lo normado por el artículo ya citado, resultando las decisiones que se tomen en esa dirección irrecurribles" (ver CCCF, Causa N° 25.181, registro n° 748, resuelta el 4/7/93; Causa N° 32.446, registro n° 1014, resuelta el 19/10/00; Causa N° 32.867, registro n° 547, resuelta el 6/7/2001 de esta Sala, entre otras).

En idéntica línea argumental se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación señalando que "la pertinencia de la prueba -calificándola como necesaria a los fines de la investigación-incumbe solo al Juez" (C.S.J.N., Fallos 247:214).

En consecuencia teniendo en cuenta ello, siendo que no median en autos, motivo de arbitrariedad como tampoco se advierte que, la denegatoria, ocasione un perjuicio de imposible reparación ulterior y compartiendo los argumentos de la instructora en cuanto a que "... tampoco se había dado otra versión (ya sea en dicho escrito o en la declaración indagatoria de su defendido) que haya controvertido o puesto en duda lo expresado por el personal preventor y los testigos de actuación en el sumario, no advirtiéndose la necesidad de profundizar con las mismas y, atento a que la producción de dichas medidas puede ser reeditada en la etapa del juicio oral y pública ..." no se hará lugar a la queja solicitada.

Por último, debemos destacar que el decisorio que rechaza el recurso de reposición no es susceptible de ser apelado en los términos del art. 449 del CPPN por lo tanto tampoco resulta procedente la queja frente a ello.

V. Finalmente, resta aclarar que, en virtud de lo dispuesto en las Acordadas 31/20 y ccds. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en las Acordadas 10/20 y ccds. de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

Por todo lo expuesto, este tribunal *Resuelve:*

RECHAZAR el recurso de queja interpuesto por la defensa de E. G. A. (arts. 444, 476 a contrario sensu del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, hágase saber y devuélvase a la anterior instancia, vía sistema informático. — *Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA

Conocimiento de la ilegalidad de la conducta. Requisa. Existencia de una sospecha razonable. Procesamiento. Prisión preventiva.

1. — Al momento de su detención el incuso intento ocultar, intencionalmente, la mochila que contenía el arma. Dicha actitud revela-

ría su conocimiento sobre su ilegalidad y a la vez descarta la aplicación de un posible error de prohibición invencible, no solo por la actitud de imputado de intentar disimular —intencionalmente— los elementos incriminantes, sino también porque su asistido se encuentra en el país aproximadamente hace catorce años e incluso cuenta con documento de identidad local, lo que revelaría junto con su actitud de ocultamiento, el conocimiento sobre ilegalidad de la maniobra.

2. — El proceder policial se halla justificado conforme la normativa que regula la materia. En efecto, de la lectura de los acontecimientos llevados a cabo se advierte que los preventores actuaron dentro del marco de la ley donde, ante una sospecha razonable y objetiva, procedieron a la requisa, la cual se ajustó a lo previsto por el art. 230 bis del Cód. Proc. Penal de la Nación. Todo ello se justificó por circunstancias previas y concomitantes que, razonablemente, permitieron suponer que el imputado portaba elementos relacionados con un suceso delictivo.

3. — Es válida la requisa llevada a cabo por el personal de seguridad, dado que los oficiales se encontraban en el lugar realizando tareas de identificación vehicular y el imputado conducía un rodado por lo que, en primer lugar, se lo detuvo para dicho control, siendo ello conteste con las declaraciones de los preventores en cuanto a que al imputado, en ese momento, se le realizaron señales lumínicas y sonoras para que pare la marcha y que, además, habría arrojado una mochila atrás de su asiento, siendo reticente en mostrar su contenido cuando se le solicitó.

4. — En cuanto a la prisión preventiva, no puede soslayarse que la elevada amenaza de pena que se cierne sobre el incuso basada en la calificación a priori asignada constituye un dato relevante a la hora de evaluar la posibilidad de fuga o de entorpecimiento de la investigación. Pero, además, y como ese no es el único parámetro que debe valorarse, cabe agregar que se advierten en autos otros factores que, en los términos de la normativa en mención, evidencian la presencia de riesgos procesales, fundamentalmente, la existencia de un arma de fuego y un cuchillo, siendo por demás insuficiente la explicación que brindo el imputado en punto a su procedencia.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 29/10/2021. - G. A., E. s/ legajo de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170540/2021]

Expte. n° CFP 6156/2021/3

Buenos Aires, 29 de octubre de 2021.

Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de E. G. A. contra los puntos I y II del decisorio de fecha 7 de octubre pasado, a través de los cuales se dispuso el procesamiento con prisión preventiva del nombrado, por considerarlo prima facie autor penalmente responsable del delito previsto y reprimido por el art. 189 bis, apartado 2°, párrafo 4º en concurso ideal con el art. 277 apartado 1º, inciso "c", agravado por el apartado 3º, inciso "a" de ese mismo artículo, ambos del C.P. y en cuanto mando a trabar embargos sobre sus bienes hasta cubrir la suma de pesos cien mil ($100.000) (arts. 518 y ccdtes. del C.P.P.N.).

II. Hechos:

Surge de autos que el día 25 de septiembre pasado, personal de la División Servicios Móviles de Prevención de la Policía de esta Ciudad, detuvo la marcha del imputado quien circulaba a bordo del automóvil. En ese momento, el personal policial observó al nombrado arrojar un objeto hacia el asiento trasero del vehículo que conducía, siendo ello una mochila que contenía: a) un arma con cuatro proyectiles en su tambor b) una navaja negra con hoja rebatible de metal que midió -aproximadamente unos quince cm; c) un extensible con mango negro y color plateado en su parte superior y d) la suma de pesos treinta y siete mil doscientos ($37.200).

III. Al momento de ser convocado a indagatoria, se le endilgo: "...1. Haber llevado consigo en condiciones de uso inmediato y sin la debida autorización legal, un arma de fuego tipo revolver calibre 38, con leyenda "Jaguar", color gris, empuñadura negra con su numeración suprimida, la cual contenía en su tambor cuatro proyectiles del mismo calibre sin usar. 2. Haber recibido con fecha incierta, pero con anterioridad a su detención, el arma descripta en el punto que antecede a sabiendas que su numeración se encontraba erradicada..."

IV. Nulidad:

El recurrente planteo la nulidad del procedimiento policial al considerar que tanto la requisa como el secuestro de los elementos que fueran incautados se encontrarían viciados por varias irregularidades llevadas a cabo por el personal preventor. En particular sostuvo que, los oficiales actuantes, no habrían cumplido con la normativa específica que regula su accionar, en caso de no contar con orden judicial respectiva, dado que no habrían mediado motivos previos o concomitantes para habilitar dicho procedimiento.

Al respecto, consideramos que el proceder policial se halla justificado conforme la normativa que regula la materia. En efecto, de la lectura de los acontecimientos llevados a cabo, se advierte que los preventores actuaron dentro del marco de la ley donde, ante una sospecha razonable y objetiva, procedieron a la requisa, la cual se ajustó a lo previsto por el artículo 230 bis del C.P.P.N.. Todo ello, se justificó por circunstancias previas y concomitantes que, razonablemente, permitieron suponer que aquel portaba elementos relacionados con un suceso delictivo.

Asimismo, tal accionar se llevó a cabo delante de los testigos de rigor, confeccionando las actas respectivas y dando intervención, inmediata, a la autoridad judicial de turno.

Sobre ello, recordemos, que los oficiales se encontraban en el lugar realizando tareas de identificación vehicular y que tal como surge de autos, el nombrado conducía un rodado por lo que, en primer lugar, se lo detuvo para dicho control, siendo ello conteste con las declaraciones de los preventores en cuanto a que al imputado, en ese momento, se le realizaron señales lumínicas y sonoras para que pare la marcha y que, además, habría arrojado una mochila atrás de su asiento, siendo reticente en mostrar su contenido cuando se le solicitó.

En este sentido declaró el oficial Mayor Ernesto Bernal quien sostuvo que: "...se realiza señales sonoras y lumínicas a un auto (...) a fin de una correcta identificación así también del automóvil por sistema IDGE para concordar la titularidad del mismo. Es en ese momento el conductor hace un movimiento con sus manos arrojando un objeto hacia el asiento trasero del rodado (...) al momento de preguntarle qué fue lo que arrojo hacia el asiento trasero manifestó que era una mochila sin poder justificar que es lo que contenía. Es por eso que se solicitó la presencia de dos testigos hábiles (...) y en presencia de los mismos se procedió a realizar un cacheo palparlo..."

Asimismo, al momento de notificar la prevención a interpol se hizo saber que: "... cumpliendo servicios... detienen la marcha de un automóvil... conducido, por un masculino el cual cruza un semáforo en rojo, motivando esto la detención del vehículo. Que al momento de su identificación, el conductor arroja al habitáculo trasero del vehículo una mochila azul que llevaba en el asiento del acompañante, por lo que se solicitan dos testigos...".

En cuanto a este punto, si bien es correcto -tal como lo sostuvo la defensa y la fiscalía-, que no obran declaraciones sobre el posible cruce del vehículo de un semáforo en rojo (solo existe un informe que da cuenta de ello), debemos destacar que -aun prescindiendo de dicha circunstancia-, los motivos concomitantes se halla presentes. Ello toda vez que, tal como se detalló precedentemente, obran en autos descargos coincidentes en cuanto a que el imputado arrojó la mochila atrás del vehículo intentando ocultarla.

A la vez corresponde destacar que, este Tribunal lleva dicho que, el valor probatorio que poseen las actas labradas por los funcionarios policiales, son considerados instrumentos públicos en los términos del 289 inc "b", del Código Civil y Comercial de la Nación. En consecuencia, la eficacia probatoria de estos instrumentos dependerá de su autenticidad y de la veracidad de las manifestaciones en ellos contenidas, y harán plena fe de la existencia material de los hechos que el oficial público exprese que él mismo ha cumplido o que se han realizado en su presencia, hasta tanto sean redargüidos de falsos por acción civil o criminal -art. 296 del Código Civil y Comercial de la Nación- (conf. aunque con remisión a las normas del código civil antes vigentes, ver de esta Sala I, causa nro. 47.205, reg. 764, rta.: 26/7/12, entre muchas otras).

Por otra parte, también se ha sostenido que los testimonios del personal a cargo del procedimiento resultan plenamente válidos en los términos de cuanto dispone el ordenamiento procesal, mientras hayan sido vertidos en razón de estar cumpliendo sus funciones y no pueda afirmarse que se fundan en interés, afecto u odio hacia alguno de los imputados (conf. de esta Sala I, causa nro. 47.258, reg. 1016, rta.: 13/9/12; causa nro. 29.860, reg. 496, rta.: 03/07/98 y causa nro. 41.820, reg. 495, rta.: 08/05/08, entre muchas otras).

A ello se suma, tal como lo sostuvo la juez de grado, que "...las cuestiones planteadas deben ser discutidas en la etapa de juicio, donde, eventualmente, la versión de la defensa podrá ser confrontada con los restantes medios de prueba en un marco de inmediación y pleno contradictorio que resulte propicio para ello...".

Es por todo ello que el planteo de nulidad introducido por la defensa habrá de ser rechazado, en tanto la presente investigación ha sido iniciada en consonancia con las reglas de forma que así lo imponen y dado que no se advierte el quebrantamiento de garantía constitucional alguna.

V. Agravios:

La defensa cuestionó el procesamiento al considerar que habría mediado, por parte del instructor, una errónea valoración probatoria, dado que no se encontrarían presentes todos los elementos del tipo penal endilgado.

En lo que se refiere al delito previsto por el art. 189 bis del CP, destacó que el arma en cuestión, no sería apta para disparo, ello al sostener que el revenido químico habría ocasionado "...la imposibilidad material de determinar si el arma es apta o no para el disparo, es decir, si estamos efectivamente ante un arma de guerra o no..." (sic).

Luego, en punto al encubrimiento endilgado (art. 277 del CP), planteó su atipicidad dado que consideró ausencia del dolo, cuestionando que se habría presumido, erróneamente, que su asistido poseía conocimiento previo sobre la adulteración del arma que recibió. Concretamente, sostuvo que se habría configurado un error de prohibición invencible, dado que su asistido proviene del Paraguay donde se solía utilizar las armas como defensa del ganado. Por lo que alego que no poseía conocimiento sobre su ilegalidad.

Por otro lado, cuestionó la prisión preventiva al considerar que existen otros medios menos lesivos para garantizar la comparecencia al tribunal, máxime si no posee antecedentes penales y cuenta con arraigo suficiente. Asimismo, destaca que la pena en expectativa no puede ser el único medio parar denegar su excarcelación.

Por último, la parte, planteó la nulidad del embargo por falta de fundamentación en los términos del art. 123 del CPPN, al considerar que la medida cautelar se basó en citas genéricas relativas al art. 518 del CPPN.

VI. Procesamientos:

Analizada la cuestión traída a estudio, disentimos con los agravios expuestos por la defensa por lo que habremos de confirmar el procesamiento cuestionado.

Ello es así, toda vez que se han ponderado varios elementos de prueba que permiten acreditar, con el grado de probabilidad requerido por esta etapa procesal, que el nombrado sabía de la prohibición de la tenencia ilegal del arma y que, a la vez, estaba al tanto de su adulteración.

En efecto, debemos recordar que -al momento de su detención- el incuso intento ocultar, intencionalmente, la mochila que contenía el arma. Dicha actitud revelaría su conocimiento sobre su ilegalidad y a la vez descarta la aplicación de un posible error de prohibición invencible, no solo por la actitud de imputado de intentar disimular –intencionalmente- los elementos incriminantes, sino también porque, tal como el propio recurrente lo detalló, su asistido se encuentra en el país -aproximadamente hace catorce años- e incluso cuenta con documento de identidad local, lo que revelaría junto con su actitud de ocultamiento, el conocimiento sobre ilegalidad de la maniobra.

En cuanto a la atipicidad del artículo 189 bis del CP, alegada por la defensa, quien sostuvo que no se pudo determinar si el arma es apta para el disparo, debemos destacar que el informe de Huberto Zacarias Zayas, perito en balística, detalló que: "...el revolver marca JAGUAR calibre 38 Special con "número de serie erradicadas con métodos abrasivos" en las condiciones en que fuera recibido y al momento del estudio pericial resultó "APTO PARA PRODUCIR DISPAROS Y DE FUNCIONAMIENTO MECÁNICO NORMAL" y el cartucho calibre "38 SPL IMI" tomado al azar de los cuatro recibidos, resultó "IDÓNEO PARA SU FINES ESPECÍFICOS" disparado con el arma de causa..." Por lo que la atipicidad alegada en este sentido, también será rechazada.

Por lo tanto, en orden a lo expuesto, se encuentra configurado en autos los elementos típicos de la calificación endilgada por la Juez de grado, lo que habilita a homologar el decisorio apelado en los términos del art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación.

VII. Prisión Preventiva:

Los doctores *Bertuzzi* y *Bruglia* dijeron:

En cuanto a la prisión preventiva dictada en autos, consideramos que los riesgos procesales que podrían implicar la liberación del encartado fueron correctamente evaluados por el a quo, ponderando las pautas previstas por el legislador en los arts. 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal -aprobado por Ley 27.063-, de conformidad con la resolución adoptada con fecha 13 de noviembre de 2019 por la Comisión Bicameral de implementación de dicho Código (B.O. 19/11/19).

En efecto, no podemos soslayar que la elevada amenaza de pena que se cierne sobre el incuso basada en la calificación a priori asignada constituye un dato relevante a la hora de evaluar la posibilidad de fuga o de entorpecimiento de la investigación. Pero, además, y como ese no es el único parámetro que debe valorarse, cabe agregar que se advierten en autos otros factores que, en los términos de la normativa en mención, evidencian la presencia de riesgos procesales, fundamentalmente, la existencia de un arma de fuego y un cuchillo siendo por demás insuficiente la explicación que brindo el imputado en punto a su procedencia.

Sin embargo, y aunque por el momento resulta prudente su mantenimiento- teniendo en cuenta la ausencia de antecedentes penales del imputado, entendemos que el a quo deberá lleva a cabo las diligencias que resulten pertinentes para recabar todo dato que permita conocer de manera más exhaustiva la situación familiar, laboral -constatación del lugar donde el imputado indicó que trabaja, en su caso, el tiempo que lleva desempeñando dicha actividad y en que condición (dueño o empleado), aportes previsionales etc.- y arraigo residencial del nombrado, elementos que, en su caso, podrían conllevar a reevaluar su estado de detención y la posibilidad de asegurar su sometimiento al proceso con una medida de restricción menos lesiva que la actual.

El doctor *Llorens* dijo:

En lo que hace a su encarcelamiento teniendo en cuenta que, al día de la fecha, no han variado sustancialmente los riesgos procesales evaluados por este Sala en los exptes CFP. 6156/21/1/CA1 de fecha 6 de octubre pasado, oportunidad en la que me expedí sobre las características del suceso materia de instrucción, y los riesgos procesales derivados de la escala penal prevista para el delito atribuido, sumado a la peligrosidad de los elementos incautados en poder del imputado en la via pública, voto por confirmar la prisión preventiva dispuesta en autos.

VIII. Embargo:

En cuanto a la alegada falta de fundamentación del embargo, disentimos con el apelante, toda vez que el instructor ha explicado los motivos de su interposición, habiendo nombrado las pautas que llevaron a arribar a tal suma.

Al respecto, entendemos que se encuentra acabadamente fundado y que resulta ajustado a los parámetros establecidos en el artículo 518 del Código de forma.

En este sentido, esta Sala ha sostenido que la naturaleza de la medida cautelar del auto que ordena el embargo tiene como fin garantizar, en medida suficiente, una eventual pena pecuniaria, las costas del proceso y el aseguramiento de las responsabilidades civiles emergentes, conforme el artículo 518 del C.P.P.N. (cfr. c.n° 29.804, "Z.", reg. n° 961 del 15/11/03 y c.n° 40.522, "Leal", reg. n° 1084 del 21/09/07, entre muchas otras).

Por lo tanto al tener en cuenta que el delito endilgado al encartado contiene pena de multa a lo que se suman los gastos del proceso en los que se incluirán los peritajes y teniendo en cuenta que el imputado cuenta con defensa particular, consideramos que el monto fijado luce adecuado, por lo que se homologará la suma establecida por la juez de grado.

IX. Por último, resta aclarar que, en virtud de lo dispuesto en las Acordadas 31/20 y ccds. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en las Acordadas 10/20 y ccds. de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

Por expuesto, este Tribunal *Resuelve:*

I) RECHAZAR las nulidades deducidas por la defensa (art. 166 del CPPN a contrario sensu)

II) CONFIRMAR los puntos I y II del decisorio apelado a través de los cuales se dispuso el PROCESAMIENTO con prisión preventiva de E. G. A. por considerarlo prima facie autor penalmente

responsable del delito previsto y reprimido por el art. 189 bis, apartado 2°, párrafo 4º en concurso ideal con el art. 277 apartado 1º, inciso "c", agravado por el apartado 3º, inciso "a" de ese mismo artículo, ambos del C.P. y en cuanto mando a trabar embargos sobre sus bienes hasta cubrir la suma de pesos cien mil ($100.000) (arts. 518 y ccdtes. del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, hágase saber y devuélvase a la anterior instancia, vía sistema informático. — *Leopoldo O. Bruglia.* — *Mariano Llorens.* — *Pablo D. Bertuzzi.*

ENCUBRIMIENTO

Actitud elusiva del imputado. Procesamiento.

> Deben ponderarse no solo las irregularidades que presentaba el automotor y la documentación que exhibió el incuso sino que, a la par, la actitud elusiva que el nombrado adoptó al momento de su detención frente a las fuerzas de seguridad y la circunstancia de que no haya podido brindar ningún tipo de comprobante relativo a cómo adquirió el rodado de mención, más allá de sus propios dichos.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 02/11/2021. - S. A., F. s/ legajo de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/174406/2021]

Expte. n° CFP 1067/2020/1

Buenos Aires, 2 de noviembre de 2021.

Considerando:

I. Las presentes actuaciones llegan a conocimiento Tribunal en función del recurso de apelación presentado por la defensa de F S A contra la decisión del Juez de grado emitida el 4 de octubre del corriente año, a través de la cual resolvió decretar el procesamiento del nombrado por considerarlo prima facie autor penalmente responsable del delito previsto en el art. 277 inciso 1 "C" e inciso 3, apartado "B", art. 292 segundo párrafo y 289 inc. 3 todos ellos del C.P.N. -que concurren en forma ideal entre sí-; y mandó a trabar embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de pesos cuatrocientos cincuenta mil ($450.000).

II. Al incuso incuso se le atribuye: "... [H]aber tenido en su poder con ánimo de lucro (...) el vehículo marca Volkswagen, modelo Suran, color rojo, chasis N° 8########, motor N° CFZ#####, con dominio colocado ######...", a sabiendas de su procedencia ilegítima.

La detención del encartado se produjo a raíz de la actuación prevencional llevada cabo por la Policía de la Ciudad de Buenos Aires el día 3 de marzo del 2020 en la intersección de la Avenida Juan B. Justo y la calle César Díaz de esta ciudad, cuando advirtieron que el vehículo que conducía el nombrado poseía la luneta trasera rota, motivo por el cual le solicitaron que cesara su marcha, no obstante, lejos de acatar la orden, procedió a darse a la fuga por la Avenida de mención.

Luego de una breve persecución, el rodado finalmente se detuvo. Acto seguido, y tras descender del automóvil, el imputado emprendió una fuga a pie con dirección a la calle Camarones de esta ciudad, sin embargo, se logró su aprehensión en el lugar.

Tras ser requisado se le incautó en su poder una cédula de identificación de vehículos N° ###### que indicaba dominio #######, chasis N° ###########, motor N° ###### a nombre de J A C, la cual, se determinó que era apócrifa (ver informe pericial n° 80/2021 incorporado en el sistema Lex 100 con fecha 9/3/21).

En efecto, y a raíz de las tareas investigativas desarrolladas en la instrucción se comprobó que el dominio que tenía colocado el rodado y que figuraba en la cédula de identificación de automotor aludida, tenía una numeración de chasis y motor que no se correspondía a la insertada en el vehículo conducido por S A sino al dominio "######", el cual tenía impedimento de circulación por una denuncia de robo de fecha 8 de marzo de 2016, registrada ante la UFI N° 10 de San Martín (fs. 50/51 y 55/56 vta. del principal escaneado y cargado al sistema Lex 100).

Asimismo, se determinó que el dominio ###### correspondía a una mujer llamada E P, mientras que la titularidad del domino ###### le correspondía a G D C (cfr. archivos pdf obrantes en documentos digitales del sistema Lex 100 con fecha 8/9/20 y 2/10/20).

Frente a ello, se citó para prestar declaración testimonial a la Sra. P quien manifestó que el día 6 de marzo de 2016, había sufrido el robo de las chapas patentes de su vehículo Volkswagen Suran en la puerta del domicilio de su hermano, motivo por el cual realizó la denuncia correspondiente en la Comisaría Segunda de San Martín. A su vez, indicó que no pudo ver a los autores del hecho y que en los años siguientes comenzó a recibir infracciones provenientes de distintas localidades de la Provincia de Buenos Aires que nunca visitó (cfr. documento de fecha 13/10/20 en el sistema Lex 100).

Por su parte, G D C expuso que el 7 de marzo de 2016 personas armadas a bordo de una motocicleta sustrajeron el vehículo marca Volkswagen, Suran, dominio "######" de su propiedad, el cual se encontraba estacionado en la casa de su hermano.

III. El recurrente solicitó que se revocara el auto de mérito dictado con relación a su asistido por considerar que no se había logrado acreditar el dolo exigido por la figura legal que se le atribuye. En tal sentido, esgrimió que, tal como lo había manifestado al efectuar su descargo, su pupilo habría obrado de buena fe pues desconocía las irregularidades que presentaban el automotor en cuestión y la documentación de este.

Al momento de presentar el informe en los términos del art. 454 del CPPN mantuvo y amplió los agravios esbozados en el recurso de apelación aduciendo que su asistido brindó una descripción coherente y detallada de los de los hechos, de la cual se desprendía que habría sido víctima del engaño de terceras personas que le vendieron un automóvil con las irregularidades detalladas. Del mismo modo, alegó que el encausado no logró advertir los inconvenientes que presentaba el rodado pues resulta ser una persona extranjera con un nivel de instrucción bajo y completamente inexperta en la materia, ya que era la primera vez que adquiría un vehículo.

De manera subsidiaria, cuestionó el monto del embargo aplicado por considerarlo excesivamente onerosos.

IV. Luego de dar lectura a las constancias de la causa, se advierte que la versión defensista ensayada por la parte no ha logrado rebatir la hipótesis delictiva sostenida por el Juez de grado.

En tal sentido, se dirá que los elementos probatorios acollarados al expediente resultan suficientes a los fines de tener por acreditado el suceso atribuido al incuso en su faz objetiva y subjetiva.

En efecto, y en consonancia con lo expresado por el instructor, no solo se ponderarán las irregularidades que presentaba el automotor de mención y la documentación que exhibió el incuso sino que, a la par, la actitud elusiva que el nombrado adoptó al momento de su detención frente a las fuerzas de seguridad y la circunstancia de que no haya podido brindar ningún tipo de comprobante relativo a cómo adquirió el rodado de mención -más allá de sus propios dichos-, persuaden a tener por corroborado el evento investigado con el grado de probabilidad requerido para esta instancia procesal.

En suma, los extremos apuntados permiten vislumbrar que las declaraciones efectuadas por el imputado constituyen un mero intento por mejorar su situación procesal más no alcanzan a derribar las vastas evidencias en las que se sustenta su imputación.

Así las cosas, y en función de los extremos ponderados es que habremos de homologar en esta instancia el decisorio recurrido.

Más allá de lo expuesto, es dable señalar que será, a todo evento, la etapa de debate oral y público, con sus características de inmediación y pleno contradictorio, el marco propicio para el tratamiento del resto de las cuestiones introducidas por la recurrente.

V. Respecto al monto del embargo fijado por el Sr. Juez, corresponde traer a colación la finalidad de la medida cautelar adoptada para determinar si ha sido excesivo. Cabe destacar que su fin consiste en garantizar la posibilidad de una futura responsabilidad pecuniaria, las costas del proceso y el aseguramiento de las responsabilidades civiles emergentes, de acuerdo a lo normado en el artículo 518 del ordenamiento ritual. A la luz de tales parámetros y del ánimo de lucro perseguido por los incusos a través de la maniobra que se les atribuye, el monto fijado por el a quo luce adecuado.

VI. Por último, resta aclarar que, en virtud de lo dispuesto en las Acordadas 31/20 y ccds. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en las Acordadas 10/20 y ccds. de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

Por lo expuesto, este Tribunal *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.

Sirva la presente de atenta nota de envío. — *Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Oposición del Fiscal. Logicidad y fundamentación. Rechazo.

> Cuando se solicita la suspensión del juicio a prueba, la oposición del Ministerio Público Fiscal se encuentra sujeta al examen de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional. En el caso, las razones brindadas por el Fiscal —en cuanto a que el accionar atribuido al imputado fue desarrollado mientras revestía el carácter de funcionario público y en pleno ejercicio de sus funciones— superan el referido control, adjudicándole así carácter vinculante a su dictamen.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 04/11/2021. - C., M. A. s/ legajo de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/173639/2021]

Expte. n° CFP 012931/2015/4/CA002

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2021.

Considerando:

I. Llegan las actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. Florencia G. Plazas, por M. A. C., contra el punto I del decisorio de fecha 14 de octubre de 2021, en cuanto no hace lugar a la suspensión de juicio a prueba oportunamente solicitada en los términos del art. 76 bis CP.

II. En su escrito recursivo, la defensa basó sus agravios en torno a que la oposición del fiscal no resultaba vinculante, y que se hallaban reunidos todos los requisitos para su procedencia.

Agregó que el dictamen en cuestión carecía de razones que permitieran al juez apartarse en el caso concreto de la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia en el fallo "Acosta" (A.2186XLI, "Acosta, Alejandro Esteban s/infracción al artículo 14, primer párrafo de la ley 23.737", c. n° 28/05, considerando 7°, rta. el 23/04/08).

Sumado a ello, destacó que su ahijado procesal no tiene antecedentes condenatorios, y en el hipotético caso de que sea condenado, esta podría ser de ejecución condicional y ser dejada en suspenso, motivo por el cual no existiría en la causa motivo alguno que justifique restringirle el derecho al que se encuentra legalmente habilitado.

III. A fin de analizar la cuestión traída a estudio, corresponde señalar –en línea a lo ya expuesto en diversos precedentes- que la oposición del Ministerio Público Fiscal se encuentra sujeta al examen de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional.

No obstante, y más allá de lo señalado ut supra, lo cierto es que en este caso puntual, las razones brindadas por el Fiscal (en cuanto a que el accionar atribuido a C. fue desarrollado mientras revestía el carácter de funcionario público y en pleno ejercicio de sus funciones) superan el referido control, adjudicándole así carácter vinculante a su dictamen, circunstancia que me lleva a considerar acertada la postura adoptada por el juez en el decisorio atacado.

IV. En atención a lo dispuesto en la Acordadas 31/20 y ccdtes. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 10/20 y ccdtes, de esta Cámara la presente se dicta vía Lex100.

Por lo expuesto, RESUELVO:

CONFIRMAR el punto I del decisorio de fecha 14 de octubre de 2021, en cuanto no hace lugar a la suspensión de juicio a prueba oportunamente solicitada por M. A. C..

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia vía sistema informático. — *Mariano Llorens.*

EXCARCELACIÓN

Existencia de riesgos procesales. Magnitud de la pena máxima del delito enrostrado. Situación migratoria irregular. Investigación compleja. Rechazo.

1. — El encarcelamiento preventivo se presenta como el único medio eficaz para neutralizar el riesgo procesal existente.

2. — A efectos de conceder o no la excarcelación, cobra especial relevancia la magnitud de la pena máxima establecida para el delito que se le ha enrostrado, la cual, podría alcanzar los 20 años de prisión. A ello, cabe adunarle la gravedad del hecho por el cual es perseguido, ya que ello refuerza la presunción de que intentará eludir el accionar de la justicia en caso de recobrar su libertad.

3. — El arresto preventivo solicitado a su respecto se enmarca en una compleja investigación orientada a desentrañar una "banda criminal" a la cual pertenecería el imputado junto a otros integrantes.

4. — El encausado no ha extremado ningún recaudo a los fines de regularizar su situación migratoria, y si bien cuenta con un grupo familiar, ello no ha sido óbice para trasladarse de un país a otro eludiendo el accionar de la justicia.

5. — Sin perjuicio de las limitaciones y complicaciones lógicas que trae aparejada la detención para quien la padece, no se advierte ni tampoco la parte ha invocado, la existencia de un riesgo concreto de contagio de COVID-19 que impida al encartado cursar su detención dentro de la unidad carcelaria.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 04/11/2021. – P. G., H. A. s/ incidente de excarcelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/175094/2021]

Expte. n° CFP 6801/2021/1

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2021.

Considerando:

I. Motiva la intervención de este Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa de H A P G contra la resolución a través de la cual se decidió no hacer lugar a la excarcelación del nombrado.

II. Los argumentos de la defensa aluden a la ausencia de riesgos procesales que impidan que su asistido transite el trámite de extradición en libertad. En particular, ha resaltado que el requerido cuenta con arraigo, se encuentra adecuadamente identificado, posee un grupo familiar compuesto por su pareja y tres hijos y su domicilio ha sido constatado.

A la par resaltó que si bien la situación migratoria de su pupilo es irregular, debía tenerse en cuenta que ello pudo deberse a que la sustanciación de los trámites migratorios se vio afectada por la pandemia de coronavirus.

Del mismo modo, destacó que su asistido carece de antecedentes penales condenatorios, al tiempo que cuestionó que se hayan valorado los procesos en trámite que detenta como óbice para su excarcelación.

Finalmente hizo hincapié en los riesgos que supone el encarcelamiento preventivo teniendo en cuenta el contexto de pandemia actual.

En función de ello, recordó la existencia de otros medios menos lesivos para asegurar la sujeción al proceso del imputado, tales como las pautas de conducta establecidas por el art. 310 del C.P.P.N. y las cauciones fijadas en el art. 320 del mismo cuerpo legal o la implementación de una tobillera electrónica.

III. Cabe recordar que el nombrado ha sido requerido en función de una solicitud de arresto preventivo con fines de extradición emanada de las autoridades de la República del Perú, en la cual se señala textualmente la notificación de índice rojo Control A 10559/10-2019 emitida por OCN Perú en orden al "Delito contra el Patrimonio. Robo agravado seguido de muerte, art. 188 con agravante inciso 3, 4, 5,8 primer párrafo del artículo 189, art. 317-B del Código Peruano" (...). Allí también se consigna: "... Alerta Interpol Control A 10-559/10-2019, Prófugo buscado por un proceso penal. Atención Peligroso, integrante de una banda criminal...".

Asimismo se ha remitido una nota que contiene una descripción del suceso que se le atribuye al imputado, en la cual se enuncia que: "[E]l día 20 de junio de 2019 la empresa agraviada envío vehículo furgoneta con material de radiocomunicaciones con el conductor y un ayudante como copiloto, habiendo recorrido un tramo con dirección a su destino fue interceptado por tres vehículos polarizados, bajaron 8 sujetos todos con arma de fuego amenazando al conductor obligando que abandone el vehículo, se produjo un intercambio de disparos, quedando gravemente herido el copiloto ayudante. El mismo fue abandonado momentos después falleció. Se llevaron la furgoneta con toda

la mercadería, también abandonaron al chofer. El hecho fue captado por las cámaras de seguridad. La misma que al ser analizada se guardó la información. El 21 de junio de 2019 fue intervenido un vehículo con las mismas características anotaciones y defectos de uno de los que participó en el hecho..."

Luego de señalar los motivos por los cuales el Estado requirente ha solicitado la extradición de P G y analizados los agravios esbozados por la defensa, estimamos que las objeciones planteadas no logran desvirtuar el escenario que el juez de grado tuvo en consideración en la resolución cuya impugnación se pretende.

En efecto, de la compulsa del legajo se advierte que el encarcelamiento preventivo se presenta como el único medio eficaz para neutralizar el riesgo procesal al que se alude en la resolución recurrida.

En primer lugar, cobra especial relevancia la magnitud de la pena máxima establecida para el delito que se le ha enrostrado, la cual, tal como lo ha señalado el a quo, podría alcanzar los 20 años de prisión (cfr. fs. 3 del sumario realizado por Interpol).

A ello, cabe adunarle la gravedad del hecho por el cual es perseguido, ya que ello refuerza la presunción de que intentará eludir el accionar de la justicia en caso de recobrar su libertad. En tal sentido, es preciso destacar, como se detalló previamente, que el arresto preventivo solicitado a su respecto se enmarca en una compleja investigación orientada a desentrañar una "banda criminal" a la cual pertenecería el imputado junto a otros integrantes.

Tampoco puede soslayarse que el requerimiento del nombrado se da a los efectos de que cumpla un proceso penal en trámite en su país de origen, que eludió instalándose en Argentina. Esta situación, por cierto, podría determinar su elusión del proceso de extradición en caso de que recuperase su libertad ya que el riesgo de fuga se incrementaría por estas razones. En particular, si se tiene en cuenta que de acuerdo a la información obtenida a través de la Dirección Nacional de Migraciones (cfr. Informes glosados al expediente principal), P registra un cruce al país realizado el día 7/7/2019, en el paso La Quiaca-Villazón, procedente de Bolivia, siendo la fecha del ingreso a Argentina próxima a la comisión del hecho delictivo en el que habría participado en Perú (20/6/2019). A su vez, se encuentra corroborado que ingresó en forma terrestre a través de Bolivia, lo cual permitiría presumir que salió de Perú inmediatamente después de haber cometido el ilícito que se le endilga.

En paralelo, y sin perjuicio de las explicaciones brindadas por la defensa en este punto, lo cierto es que el encausado al día de la fecha no ha extremado ningún recaudo a los fines de regularizar su situación migratoria, y si bien cuenta con un grupo familiar, ello no ha sido óbice para trasladarse de un país a otro eludiendo el accionar de la justicia.

Por lo demás, y sin perjuicio de las limitaciones y complicaciones lógicas que trae aparejada la detención para quien la padece, no se advierte ni tampoco la parte ha invocado, la existencia, en el sub examine, de un riesgo concreto de contagio de COVID-19 que impida al encartado cursar su detención dentro de la unidad carcelaria.

Más aún si se tiene en cuenta que a partir de la declaración como pandemia del COVID-19 y la naturaleza fluctuante que tal situación epidemiológica acarrea, todos los poderes del Estado han ido adoptando una serie de medidas tendientes a prevenir su propagación y, como consecuencia de ello, a preservar la salud de las personas privadas de su libertad.

En suma, frente a lo expuesto con antelación, se devela la existencia de peligros procesales que, de momento, no pueden ser neutralizados a través de otros medios menos lesivos para los derechos del imputado, motivo por el cual se confirmará la decisión impugnada.

IV. Finalmente, es preciso destacar que, en virtud de lo dispuesto en la acordada 31/20 y ccds., de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la acordada 10/20 y ccds., de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

En función del acuerdo que antecede, este Tribunal *Resuelve:*

CONFIRMAR la resolución recurrida en todo cuanto dispone y fue materia de apelación.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y pase a la anterior instancia mediante sistema informático. *— Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

ESTAFA

Contacto con la víctima. Expendio de moneda extranjera falsa. Procesamiento.

El imputado prestó una participación indispensable para que la maniobra que se investiga pueda efectuarse, en tanto se utilizó su línea telefónica al contactar a la víctima y de esta manera concretar el ilícito que se investiga.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 04/11/2021. - C. S., H. R. s/ legajo de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/175051/2021]

Expte. n° CFP 006521/2019/5/2/CA004

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2021.

Considerando:

I) Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de H. R. C. S. contra el auto de procesamiento y embargo dispuestos en su contra, por considerarlo partícipe necesario del delito de estafa en concurso ideal con el deexpendio de moneda falsa extranjera (artículos 172 y 282 del Código Penal).

II) La causa se inició el día 15 de agosto de 2019 a raíz de la denuncia realizada por J. A. C., oportunidad en la que manifestó que en virtud de una publicación que realizó en una red social, en la que puso a la venta su teléfono móvil marca Apple modelo IPHONE X de 256 GB, color negro, IMEI 3530-5609-4869- xxx, una usuaria lo contactó con intenciones de comprarlo. Así, coordinaron encontrarse el día 10 de agosto de 2019 en el local comercial "M.", ubicado en Av. Rivadavia 11.xxx de esta ciudad. En la fecha acordada, Castro recibió un mensaje vía WhatsApp desde el número de abonado 11-4091-6558, que luego se pudo saber que pertenecía a C. S., quien ya se había contactado anteriormente con él y le comunicó que no iba a poder asistir y que en su lugar iría su hermana y aportó el teléfono 11-6737-0210. Tras haber intercambiado mensajes de texto con este último número telefónico, C. se encontró con una mujer, acompañada de un hombre, quien le abonó la suma de US$ 1000 -en diez billetes de US$ 100- y $800 a cambio del aparato telefónico. Días después, Castro tomó conocimiento de que los dólares eran falsos.

III) La defensa señaló que la participación necesaria atribuida al imputado en el hecho investigado se basa exclusivamente en conjeturas que carecen de fuerza probatoria suficiente para acreditar su participación.

Sostuvo que el único elemento que podría ligar al imputado con el hecho investigado es la titularidad de la línea utilizada, sin embargo, refirió que el alta pudo haber sido tramitada por otra persona utilizando sus datos, ponderando que ha extraviado su DNI.

Subsidiariamente indicó que, a su entender, la eventual participación de C. S. no resultó determinante ni necesaria, por lo que debiera responder ante el hecho como partícipe secundario.

Por último, solicitó la reducción del embargo dispuesto al considerarlo extremadamente elevado.

IV) Llegado el momento de resolver, este Tribunal considera adecuada la evaluación realizada por el juez de grado al momento de dictar el procesamiento de C. S. por los hechos por los cuales fuera indagado, siendo las constancias obrantes en la causa suficientes para endilgarle el hecho, al menos en esta etapa que transita el proceso.

Entre tales elementos probatorios cabe destacar el informe brindado por Telecom Personal a fs. 58/59 de la causa principal donde surge que la línea 11-4091-6558 pertenecía al imputado. Asimismo, debe tenerse presente que la dirección que surge de su DNI es coincidente con aquella donde estaba emplazado el negocio que tenía T. D. -a quien se encontró en poder del celular que entregara la denunciante-. Tal circunstancia encuentra explicación en que el aquí imputado fue su empleado en ese comercio. Por último, es del caso destacar que si bien el recurrente afirmó en su declaración indagatoria que extravió su DNI en el año 2018 o 2019 y que inició el trámite para obtener uno nuevo, el Registro Nacional de las Personas informó que el último documento emitido data del año 2016, cuestión que lleva a descartar su versión de los hechos.

En síntesis y tal como señaló el Juez a quo, el imputado prestó una participación indispensable para que la maniobra que se investiga pueda efectuarse, en tanto se utilizó su línea telefónica al

contactar a C. y de esta manera concretar el ilícito que se investiga, motivo por el cual tampoco tendrá favorable acogida el agravio de la defensa en este sentido.

Debemos recordar que el auto de procesamiento contiene un juicio de probabilidad acerca de la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad penal que, en la especie, encontramos reunida. Se trata de la valoración de elementos probatorios suficientes para producir probabilidad, aún no definitivos ni confrontados, pero que sirven para orientar el proceso hacia la acusación, vale decir hacia la base del juicio (Clariá Olmedo, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Lerner Córdoba, 1984, T. II, p. 612).

V) Por último, en relación al monto del embargo, el Tribunal tiene dicho que la naturaleza de la medida precautoria de embargo tiene como fin garantizar en medida eficiente una eventual pena pecuniaria o las costas del proceso y el aseguramiento de las responsabilidades civiles emergentes, conforme lo establece el art. 518 del Código de rito (conf. causa n°36.184 "S. J. s/ procesamiento y embargo", rta. el 23/9/04 reg. 457).

En este sentido, teniendo en cuenta los costos del peritaje y los demás conceptos que corresponden estimar en esta evaluación (art. 518 del C.P.P.N.), el monto será disminuido a la suma de diez mil pesos ($10.000), tal como ha sido fijada para su consorte de causa S. C. -ver CFP 6521/19/3/CA2-.

VI) Resta aclarar que atento a lo dispuesto en la Acordada 31/20 y cc. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la Acordada 10/20 y cc. de esta Cámara, la presente se suscribe en forma electrónica.

Por lo expuesto, el Tribunal *Resuelve:*

I) CONFIRMAR el punto I del auto recurrido en cuanto dispuso el procesamiento como partícipe necesario de H. R. C. S. en orden al delito previsto en el artículo 172, en concurso ideal con el artículo 282 del Código Penal.

II) CONFIRMAR PARCIALMENTE el punto II de la misma resolución en cuanto dispuso trabar embargo y MODIFICAR su monto hasta cubrir la suma de diez mil pesos ($10.000).

Regístrese, notifíquese, hágase saber y devuélvase a la anterior instancia vía sistema informático. *— Leopoldo O. Bruglia. — Mariano Llorens. — Pablo D. Bertuzzi.*

EMBARGO

Características del hecho. Inexistencia de prueba pericial. Defensa pública. Reducción.

1. — Teniendo en cuenta las características particulares del hecho y de la investigación desarrollada, donde no se realizó tarea pericial alguna, sumado a que las imputadas se encuentran asistidas por la defensa pública oficial, el monto en concepto de embargo debe ser reducido.

2. — El embargo, como medida precautoria, tiene como fin garantizar una eventual pena pecuniaria, las costas del proceso, los honorarios profesionales y el aseguramiento de las responsabilidades civiles emergentes.

CNFed. Crim. y Correc., sala I, 04/11/2021. - F. K. y otro s/ legajo de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/175361/2021]

Expte. n° CFP 013706/2018/1/CA001

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2021.

Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Dra. Florencia G. Plazas, Defensora Pública Oficial, en representación de K. F. y de D. N. L., contra los puntos II y IV del auto de fecha 18 de octubre del corriente año, en cuanto mandó a trabar embargo sobre los bienes y dinero de las nombradas por la suma de diez mil pesos ($10.000) a cada una.

Al fijar el monto de embargo, el a quo ponderó las posibles costas que demandará el trámite de la presente y que el delito previsto en el art. 296 en función del art. 292 del Código Penal no poseía pena de multa.

II. La parte recurrente cuestionó la suma fijada en concepto de embargo. Alegó que el delito no preveía pena de multa, que no había reclamo resarcitorio ni actor civil constituido, que las imputadas poseían defensa oficial y que, además, la tasa de justicia se encontraba establecida en la suma de mil quinientos pesos ($1500), por lo que debía reducirse a una suma cercana a esa cifra.

Por último, agregó que debía considerarse el patrimonio de sus asistidas al momento de establecerse el monto.

III. Ahora bien, el embargo, como medida precautoria, tiene como fin garantizar una eventual pena pecuniaria, las costas del proceso, los honorarios profesionales y el aseguramiento de las responsabilidades civiles emergentes (art. 518 del Código Procesal Penal de la Nación).Teniendo en cuenta dichos parámetros, entendemos que luce razonable el planteo de la defensa. En efecto, teniendo en cuenta las características particulares del hecho y de la investigación desarrollada, donde no se realizó tarea pericial alguna, sumado a que las imputadas se encuentran asistidas por la defensa pública oficial, consideramos que el monto en concepto de embargo debe ser reducido a la suma de $2.500 (dos mil quinientos pesos) a cada una.

IV. Resta aclarar que atento a 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, el tribunal *Resuelve:*

CONFIRMAR PARCIALMENTE los puntos II y IV del resolutorio impugnado, REDUCIENDO el monto fijado en concepto de embargo sobre los bienes y/o dinero de K. F. y de D. N. L. a la suma de $2.500 (dos mil quinientos pesos) a cada una.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la anterior instancia vía Lex 100. Sirva la presente de atenta nota de envío. — *Leopoldo O. Bruglia.* — *Mariano Llorens.* — *Pablo D. Bertuzzi.*

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES

Conducta penalmente típica. Juicio abreviado. Celeridad y economía procesal. Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

1. — En cuanto al destino de comercialización que se exige para la sustancia estupefaciente en la figura en trato, tal finalidad se tiene por acreditada por la cantidad secuestrada —la cual registró un peso superior a 11 kg—, el hecho que se encontraron diversos elementos que habitualmente son utilizados para para fraccionar —balanza—, acondicionar y su mejor guardado —bolsas de nylon y máquinas termoselladoras—.

2. — La circunstancia de que la imputada era quien tenía la posibilidad de permitir el acceso y retirar cuanto se encontraba en su domicilio, en el que se mantenía la sustancia estupefaciente y el manejo de los elementos utilizados para su fraccionamiento y guarda, permite sostener que aquella llevó adelante una selección de medios que le permitieron desarrollar en forma oculta la actividad que mantenía hasta que fuera descubierta, teniendo pleno conocimiento de la prohibición que pesa sobre la sustancia secuestrada y demostrándose así su voluntad realizadora para alcanzar la finalidad de comercio que sanciona el tipo penal previsto en el art. 5° c) de la ley 23.737, todo lo cual fuera reconocido por la acusada.

3. — De las constancias obrantes en autos permiten afirmar que la imputada comprendía la criminalidad de la conducta que se le atribuye y tuvo la posibilidad de dirigir sus acciones conforme a dicha comprensión, no presentándose en el caso alguna causal que justifique su conducta o reduzca su culpabilidad.

4. — De la modificación del Código Procesal Penal Federal, la multiplicidad de acusados ya no resulta óbice para la aplicación del juicio abreviado respecto de aquel que prestara su acuerdo. Debe interpretarse que el legislador privilegia que cada imputado en forma individual pueda acogerse o no al juicio abreviado, sin depender de la aquiescencia de los coimputados para ejercer este derecho de origen legal de acordar con el titular de la acción como representante de la sociedad una forma de juicio especial por la cual conforme a los hechos se fija una pena que pone fin al conflicto.

5. — No puede soslayarse que las objeciones que se presentan ante la falta de acuerdo de todos los imputados, en general, se vinculan con el posible y eventual riesgo que podría representar para los consortes de causa que no prestaron su conformidad al trámite de que pudiera verse afectada la imparcialidad del Tribunal, al conocer, ante la admisión de uno de los imputados sobre el hecho traído a juicio y fijada su calificación legal según lo

acordado. Tal circunstancia debe ser descartada, pues la conformidad prestada para la aplicación del juicio abreviado no resulta una fuente de conocimiento que resulte distinta de lo ya actuado en la causa, siendo que el análisis a efectuarse debe limitarse a la participación admitida en el acuerdo, no pudiendo utilizarse como prueba en el juicio que siga a otros imputados ni en caso de desestimarse el mismo, tampoco aquella conformidad o admisión tomarse en contra del imputado como reconocimiento de su culpabilidad.

6. — En todo proceso penal se deben observar los principios de celeridad y economía procesal, los cuales confluyen con el derecho de todo el imputado a obtener un pronunciamiento judicial que de la manera más rápida posible ponga fin a la incertidumbre propia de todo procedimiento de estas características, siendo el trámite del proceso de juicio abreviado una forma de lograr el cumplimiento de la exigencia constitucional de razonabilidad en los plazos de juzgamiento poniendo a disposición de la parte acusada la posibilidad de optar por un mecanismo de resolución rápida de su situación procesal.

TOral Penal Económico Nro. 2, 17/11/2021. - Sierra Urzola, Lais Andrea s/ infracción ley 22.415.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/180977/2021]

Expte. n° CPE 000431/2020/TO01

Buenos Aires, 17 de noviembre de 2021.

Resulta:

I. Que según surge del requerimiento de elevación a juicio formulado por la Dra. María Gabriela RUIZ MORALES, Fiscal ante los Juzgados en lo Penal Económico, interinamente a cargo de la Fiscalía Nro. 3 del Fuero, se imputó a Lais Andrea SIERRA URZOLA, la tenencia de sustancia estupefaciente (picadura de marihuana) con fines de comercialización, en la cantidad de once mil ochocientos setenta (11.870) gramos. La misma fue secuestrada el día 10 de diciembre del año 2020 en el allanamiento realizado por la División Operaciones Federales de la Superintendencia de Drogas Peligros de la PFA, en su domicilio de calle San José 361, piso 2° depto. "H" de esta ciudad. Por este hecho se imputó a la nombrada la presunta comisión –en calidad de autora (art. 45 del C.P.)– del delito de tenencia de material estupefaciente, con fines de comercialización, conforme las previsiones del art. 5, in. C de la ley 23.737.

Cabe destacar que, este proceso tiene origen en la investigación que se inicia para conocer sobre los envíos de sustancia estupefaciente a los Estados Unidos mediante la encomienda nro. EE005883373 y al Reino Unido mediante la encomienda 7765843514, misivas en las que se indicó como remitente a Wanda Luz FLORES NOGALES, los que todavía tramitan ante el juzgado instructor.

II. Que en fecha 11 de diciembre de 2020 prestó declaración indagatoria la nombrada SIERRA URZOLA.

III. Que el pasado 21 de julio se declaró clausurada la etapa de instrucción y se dispuso la elevación parcial a juicio de la causa. Asimismo, se extrajeron testimonios a fin de formar actuaciones por separado, todo ello respecto de la ampliación de indagatoria de los imputados SIERRA URZOLA y de Hernán Rodrigo BRESCIA, en orden a su intervención en los hechos de contrabando.

IV. Que como se dijera la presente causa resulta conexa a las causas CPE 433/2020/T01 (int. 3143) caratulada "RUBIO GOMEZ, Stephanie y otros s/ infracción ley 22.415" y CPE 433/2020/T02 (int. 3185) caratulada "RODRIGUEZ, José Nahuel y otro s/ infracción ley 22.415"

En relación a la causa CPE 433/2020/T01 (int. 3143) caratulada "RUBIO GOMEZ, Stephanie y otros s/ infracción ley 22.415", según surge del requerimiento fiscal de elevación a juicio fueron imputados en dicha actuaciones: José Nahuel RODRÍGUEZ, con DNI ND 36.330.605; argentino; soltero; nacido el 30 de junio de 1990; con domicilio real en Aguirre 337, departamento 2, CABA; hijo de Carlos Rodríguez y de Lucia Bruno, actualmente detenido en el Complejo Penitenciario Federal I.; Stephanie GOMEZ RUBIO, con DNI Extranjero nro. 95.674.161, colombiana; soltera; nacida el 30 de noviembre de 1989; con domicilio real en Pasaje Tres Arroyos y General Otero, Villa Dominico, Peía, de Buenos Aires; hija de Bernardo RUBIO y de Janelle GOMEZ; actualmente detenida en el Complejo Penitenciario Federal IV y David Antonio CALVO IBARRA con Cédula de Ciudadanía Colombiana N° 9.871.042; colombiano; nacido el 16 de junio de 1981; con domicilio real en la calle Dorrego

2415, piso 4°, departamento C", CABA; hijo de Jairo Antonio CALVO (v) y de Carmen Rosa IBARRA (y); alojado en el Complejo Penitenciario Federal I por los siguientes hechos: HECHO 1: El intento de envío de una encomienda postal internacional con destino a Holanda, registrada con la guía aérea con el N° RR 698754769 AR, la cual contenía en su interior clorhidrato de cocaína, con un peso de 285 gramos (conforme los resultados de la pericia química obrante a fs. 2062/7). HECHO 2: El intento de recepción del envío postal internacional identificado con la guía aérea N° UPS #40699095721 WL5T343394J, el día 29/09/2020, procedente de Holanda, el cual contenía en su interior MDMA (Éxtasis), con un peso aproximado de 5362 gramos (según acta de fs. 648/49 y resultados de la pericia química agregados a fs. 2331/6).

Los hechos antes descriptos consisten en haber intervenido, en calidad de coautores (art. 45 del CP), en el delito de contrabando agravado – por tratarse de sustancia estupefaciente en grado de tentativa, (arts. 863, 864 inciso d y 866 segundo párrafo, y 871, todos del Código Aduanero)

En relación a la causa CPE 433/2020/TO2 (int. 3185) caratulada "RODRIGUEZ, José Nahuel y CALVO IBARRA, David Antonio s/ Inf. Ley 22.415", según surge del requerimiento parcial de elevación a juicio formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal se imputaron a David Antonio CALVO IBARRA y José Nahuel RODRIGUEZ, los siguientes hechos: HECHO N° 3: un envío secuestrado el 7 de enero de 2020, identificado con el Track and Trace CM 12250334 2 AR, que contenía oculto mil ochocientos cinco (1805) gramos de sustancia estupefaciente MDMA, el cual había sido remitido desde España hacia Argentina. HECHO N° 4: envío postal internacional impuesto el 10 de marzo de 2020, y detectado por autoridades estadounidenses el día 19 de mayo de 2020, el cual contenía una manta impregnada con clorhidrato de cocaína, con número de identificación EE 005883373AR, en la que se consignó como remitente a WANDA LUZ FLORES NOGALES. HECHO N° 5: envío detectado el 16/06/2020, identificado con el N° de guía aérea 77 6584 3514, el cual contenía 33 hojas de papel, de las cuales 27 estaban impregnadas con clorhidrato de cocaína, con un peso aproximado de 380 gramos. En esa remesa, se consignaron los datos del remitente a nombre de "WANDA LUZ FLORES NOGALES. HECHO N° 6: envío identificado con la guía aérea DHL 2683228273. con destino a Suecia detectado el 24 de junio de 2020, oportunidad en que se hallaron noventa y nueve con treinta (99,30) gramos de clorhidrato de cocaína. HECHO N° 7: un envío postal internacional identificado con la guía aérea N° 8140 7506 5427 detectado el 14 de septiembre de 2020, que contenía una sustancia cristalina de color beige oculta en la suela de un par de zapatillas, que fue sometida a reactivo específico de MDMA arrojando resultado positivo, con un peso de quinientos cincuenta y tres (553) gramos.

Los HECHOS 1 y 2, corresponden a la causa CPE 433/2020/TO1 (int. 3143), caratulada "RUBIO GOMEZ, Stephanie, RODRIGUEZ, José Nahuel y CALVO IBARRA, David Antonio s/ Inf. Ley 22.415", en la que se imputó a David Antonio CALVO IBARRA y José Nahuel RODRIGUEZ, formar parte de una organización, con actividades de alcance trasnacional, la cual de manera coordinada, habitual y permanente, se habría dedicado a la comisión de ilícitos (art. 210 del CP) y también a estos el delito de contrabando agravado por tratarse de sustancia estupefaciente con destino de comercialización (HECHOS Nro. 3 a 7), que encontraría adecuación típica en las previsiones de los arts. 863, 864 inc. "d" y 866 2do. supuesto del C.A, en grado de tentativa respecto de los HECHOS 3, 5, 6 y 7 (art 871 del C.A) y consumado en relación al HECHO 4. Ambas figuras en concurso real (art. 55 del CP).

V. Que, la Dra. Claudia BARBIERI, Auxiliar Fiscal de la Fiscalía General Nro. 2 ante los Tribunales Orales del fuero, solicitó en fecha 10 de noviembre del corriente año, se dé al presente, trámite de juicio abreviado, presentando el acta de juicio abreviado celebrado en los términos del art. 431 bis, apartado 2º, segunda parte, del CPPN utilizando medios digitales, la cual fue agregada mediante el Sistema Lex 100.

VI. Que se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 431 bis, apartado 3ro. del C.P.P.N. mediante sistemas digitales, ello conforme con lo dispuesto por la Acordada N° 31/20 CSJN y concordantes y se llamaron autos para dictar sentencia.

VII. Que el acuerdo presentado fue celebrado entre el representante del Ministerio Público y la imputada SIERRA URZOLA; en función de ello y dado que en causas conexas se encuentran requeridos a juicio los imputados Stephanie RUBIO GOMEZ, José Nahuel RODRIGUEZ y David Antonio CALVO IBARRA, quienes no participaron en el trámite solicitado y teniendo en cuenta la limitación formal que dispone el art. 431 bis del CPP, incorporado por la ley n° 24.825/97, en cuanto que solo podrá aplicarse el juicio abreviado si todos los impu-

tados en una misma causa prestan su conformidad (apartado 8 in fine), corresponde a esta magistratura verificar la viabilidad del procedimiento que se pretende por parte del Ministerio Público Fiscal y una de las imputadas vinculadas en el proceso.

En tal sentido, no puede obviarse que, en oportunidad de regular el instituto en trato en el sancionado código procesal penal federal, el cual se viene implementando en forma gradual en las distintas jurisdicciones federales y plenamente vigente en las de Salta y Jujuy, el Legislador ha mantenido las limitaciones antes establecidas en orden al monto de la pena que puede estimarse suficiente, a las posibles razones al rechazo, a la intervención del querellante y su vinculación en este juicio especial modificando, al igual que se lo hace en ordenamientos provinciales, el impedimento vinculado al requisito que todos los imputados presten su conformidad, al establecer expresamente en el art. 323, cuarto párrafo, del CPPF, que: "La existencia de varios imputados en un mismo proceso no impedirá la aplicación de las reglas de los procedimientos abreviados a alguno de ellos".

Debe destacarse que, la modificación que se realiza, se corresponde con los nuevos criterios de política criminal que otorgan operatividad a distintas herramientas que buscan dar solución de los conflictos penales con la intervención de las partes, conforme a los arts. 22 y 30 del CPPF, y que permiten a quien tiene a su cargo la responsabilidad de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses de la sociedad implementar los distintos mecanismos que se presentan como alternativa al juicio o los procedimientos especiales (juicio abreviado), debiendo evaluar su pertinencia para la solución del conflicto y sus efectos en la acción que se sigue; todo lo cual escapa al control de la judicatura, el cual para el caso de este trámite, se circunscribe a la verificación de que la conformidad prestada se corresponda con un acto voluntario y que la calificación legal acordada resulte congruente con el hecho traído a juicio que resulta objeto del acuerdo.

Entonces, de la aludida modificación, por la cual la multiplicidad de acusados ya no resulta óbice para la aplicación del instituto respecto de aquel que prestara su acuerdo, debe interpretarse que el Legislador privilegia que cada imputado en forma individual pueda acogerse o no a este procedimiento, sin depender de la aquiescencia de los coimputados para ejercer este derecho de origen legal de acordar con el titular de la acción como representante de la sociedad (120 CN) una forma de juicio especial por la cual conforme a los hechos se fija una pena que pone fin al conflicto.

La aplicación de este criterio en el caso permite evitar alguna afectación al derecho de igualdad ante la ley (art 16 CN), la cual podría derivar de la actual coexistencia de respuestas procesales diversas en función del ámbito territorial en el cual se lleve adelante el proceso. En efecto, en una distinta jurisdicción de similar competencia el acuerdo presentado no podría ser objetado por no estar firmado por todos los imputados en el mismo proceso – tal como resultaría en el caso de su presentación en las jurisdicciones federales de Salta y Jujuy, donde se encuentra vigente el referido art 323 del CPPF . De ello, por el principio que obliga a una igualdad de trato en análogas circunstancias, establecido como garantía en el orden constitucional, y por la necesaria integración de las distintas normas de orden procesal que se encuentran en vigencia, se debe otorgar prevalencia a aquella que otorga mayores derechos (art. 2 CP), lo cual permite, sin necesidad de declaración de inconstitucionalidad alguna, dar operatividad a la solución que se presenta.

Por otra parte, no puede soslayarse que las objeciones que se presentan ante la falta de acuerdo de todos los imputados, en general, se vinculan con el posible y eventual riesgo que podría representar para los consortes de causa que no prestaron su conformidad al trámite de que pudiera verse afectada la imparcialidad del Tribunal, al conocer, ante la admisión de uno de los imputados sobre el hecho traído a juicio y fijada su calificación legal según lo acordado. Tal circunstancia también debe ser descartada, pues la conformidad prestada para la aplicación de este tipo de procedimiento no resulta una fuente de conocimiento que resulte distinta de lo ya actuado en la causa, siendo que el análisis a efectuarse debe limitarse a la participación admitida en el acuerdo, no pudiendo utilizarse como prueba en el juicio que siga a otros imputados ni en caso de desestimarse el mismo, tampoco aquella conformidad o admisión tomarse en contra del imputado como reconocimiento de su culpabilidad.

Por otra parte, no se advierte en el caso como la garantía de imparcialidad podría verse vulnerada cuando, conforme surge de la descripción efectuada en el requerimiento de elevación, la nombrada SIERRA URZOLA resulta ser la única imputada por la tenencia de estupefacientes objeto del acuerdo,

resultando posible de aplicación lo previsto en el art. 8vo. y 360 del CPPN.

Por lo demás, tampoco puede dejarse de considerar que en todo proceso penal se deben observar los principios de celeridad y economía procesal los cuales confluyen con el derecho de todo el imputado a obtener un pronunciamiento judicial que de la manera más rápida posible ponga fin a la incertidumbre propia de todo procedimiento de estas características, siendo el trámite del proceso de juicio abreviado una forma de lograr el cumplimiento de la exigencia constitucional de razonabilidad en los plazos de juzgamiento poniendo a disposición de la parte acusada la posibilidad de optar por un mecanismo de resolución rápida de su situación procesal.

Todo lo cual lleva a considerar que un rechazo al acuerdo presentado por una limitación formal resultaría contrario a la vigencia de tal derecho y a los lineamientos fijados por la C.S.J.N. cuando resolvió que se deben evitar aquellos temperamentos que constituyan una intolerable afectación del derecho del imputado a obtener un pronunciamiento definitorio de su situación en la mayor brevedad posible y sin dilaciones indebidas (cfr. Fallos 272:188 entre muchos otros).

En función de lo hasta aquí expuesto, habiéndose asegurado a través de la audiencia de visu celebrada, que la imputada prestó su conformidad en forma libre y voluntaria y entendió los términos del acuerdo y sus consecuencias, y verificado el cumplimiento de los requisitos legales, no advirtiendo afectación de garantía constitucional alguna respecto de los consortes en la causa, corresponde admitir la procedencia del instituto en cuestión en lo que respecta a la nombrada SIERRA URZOLA.

Considerando:

VIII. Que analizada la posibilidad de aplicar el instituto del juicio abreviado en la presente, con la realización de la audiencia de visu ha podido verificarse que el reconocimiento de los hechos y de su responsabilidad ha sido efectuado por la imputada SIERRA URZOLA, sin vicios que afectaran su voluntad y en completo conocimiento de sus consecuencias. Por ello, corresponde analizar la procedencia del instituto en el caso de autos.

En efecto, en virtud de lo normado por el art. 431 bis, 5° párrafo del C.P.P.N. (t.o. ley N° 24.825) corresponde a esta magistratura merituar las pruebas reunidas relativas al contenido de la acusación y la conformidad de la nombrada sobre la materialidad de los sucesos y su participación, según la calificación legal que recibiera, todo ello valorado conforme a las reglas de la sana crítica según lo dispone el art. 398 del Código Procesal Penal de la Nación.

IX. Que en función de ello, cabe señalar que la materialidad de los hechos que fueran descriptos, en lo que hace a la tenencia de material estupefaciente para su comercialización se desprende de los siguientes elementos probatorios que forma parte de las presentes actuaciones:

Del expediente en formato papel:

1) A fs. 2/7 luce la denuncia realizada por la Procuraduría de Narcocriminalidad de la Procuración General de la Nación; la que a su vez, estuvo motivada en la Investigación Preliminar nro. 33.558/2020. Dicho expediente se inició a raíz de una nota remitida por la Drug Enforcement Administration que daba cuenta que en el mes de mayo de 2020, arrestaron en la ciudad de Nueva York a un ciudadano de nacionalidad estadounidense de nombre EARL POOLE, quien tenía consigo un envío postal conteniendo una manta de abrigo y una bolsa de tela con un diseño de flores, constatándose que la manta estaba impregnada en clorhidrato de cocaína. Que las tareas de investigación arrojaron que dicha sustancia habría ingresado a los EEUU mediante la encomienda nro. EE005883373 de Correo Argentino, impuesta el día 10/03/2020, por una persona de nombre HERNÁN AUGUSTO MAX BRESCIA, remitente: WANDA LUZ FLORES NOGALES y destinataria: CATHERINE LOVE. De la información que fuera recopilada por los agentes de la DEA en Nueva York surgiría como responsable de la maniobra el ciudadano de Santa Domingo República Dominicana de nombre Roberto ALEXANDER, quien en ese momento residirìa en la República del Paraguay, teniendo entre otros contactos, dos números telefónicos pertenecientes a la República Argentina +54 1133973455 y +54 3875455385

2) A fs. 44 luce la copia del acta de procedimiento de AFIP nro. 72/2020 vinculada a la intercepción del envío de DHL nro. 77 6584 3514; la que diera origen a los autos nros. 438/2020, acumulados a la presente (ver fs. 59). Asimismo a fs. 46/9 obran fotografías de aquel procedimiento; así como del sobre y demás documentación del envío.

3) A fs. 111/17 luce informe de Telecom Personal en el que hacen saber los datos de las titularidades del abonado nro. 113973455 y del 3875455385, con su correspondiente planilla de llamadas entrantes y salientes.

4) A fs. 127/133 obra un informe confeccionado por la División Operaciones Federales de la Policía Federal Argentina vinculado a tareas investigativas efectuadas respecto de Roberto ALEXANDER, Wanda Luz FLORES NOGALES y Hernán Augusto Max BRESCIA.

5) A fs. 135/7 se incorporó un informe de la División Investigaciones Narcotráfico de la DGA vinculado al envío de DHL nro. 7765843514. 10) A fs. 140/159 obra agregado un informe confeccionado por la División Operaciones Federales de la Policía Federal Argentina relativo a las escuchas efectuadas sobre los abonados de 387 5455385, 113397-3455 y 1165330521.

6) A fojas 298/9 fue agregada la información remitida por la Procuraduría de Narcocriminalidad de la Procuración General de la Nación vinculada a la intercepción de parte de la DEA del envío nro. EE005883373.

7) A fs. 349/57 luce el informe remitido por la División Operaciones Federales de la Policía Federal Argentina, no surgió información relevante vinculada al teléfono 1133973455, presuntamente utilizado por Roberto ALEXANDER pero del análisis del teléfono 3875455385 se determinó que el mismo correspondería a alguien con residencia en la zona de Parque Chacabuco o Caballito, en tanto habitualmente aquel celular abría antena en Dr. M. Moreno 1550 CABA. Solicitada información a la empresa de telefonía celular a fin de tomar conocimiento del real titular de la línea antes mencionada y de los abonados que mantuvieron conversaciones telefónicas surgió como dato importante el abonado correspondiente al nro. 1156992787, el cual pertenece a la imputada SIERRA URZOLA. De la información brindada por la página SUDAMERICADATA, se pudo constatar que la nombrada SIERRA URZOLA, poseía vinculado el domicilio de la calle San José 361, piso 2º, CABA como así también la línea telefónica 1156992787, sumado a ello cuando se buscó información respecto a su lugar de trabajo, de su perfil de FACEBOOK, surgió que trabajaba en una peluquería sita en la calle Formosa 591 de esta Ciudad, en el barrio de Caballito, lugar en el que activara la antena del teléfono con característica de SALTA, toda vez que la antena abierta por el 3875455385, tenía dirección en José María Moreno 1550, a diecisiete cuadras del lugar en que trabajaría Andrea Lais SIERRA URZOLA.

De la información obtenida respecto a SIERRA URZOLA, como así también del listado de llamadas y mensajes de texto del abonado nro. 3875455385, se pudo verificar que este habría cruzado la frontera con destino a Bolivia el día 29/02/2020, realizada la búsqueda en la base de datos de la Dirección Nacional de Migraciones – paso fronterizo de Salvador Mazza Yacuiba, se advirtió el paso de un masculino colombiano de nombre Luis Eduardo DURAN FAJARDO, pasaporte AN824742 y fecha de nacimiento 17041970. Por su parte, se pudo obtener que en el último registro migratorio, al momento del ingreso, DURÁN FAJARDO aportó domicilio en la calle San José 361, piso 2º, dpto. "H", CABA, siendo que esta misma dirección fue registrada en la base de datos de Nosis, en la consulta efectuada en relación a SIERRA URZOLA. Cabe destacar que al momento del allanamiento realizado al departamento de la calle San José, la propia imputada admitió que en dicho domicilio vivía DURAN FAJARDO.

8) De los informes remitidos por la División Operaciones Federales de la Policía Federal Argentina, obrantes a fs. 588/90, relacionados con las tareas de investigación efectuadas en relación a LAIS ANDREA SIERRA URZOLA, LUIS EDUARDO FAJARDO DURAN y el domicilio de la calle SAN JOSE 361, PISO 2º H, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se desprendió que allí residía la imputada SIERRA URZOLA y que DURÁN FAJARDO, con quien mantendría una relación de pareja y el cual al momento de la realización del informe se encontraba en Colombia. En dicha oportunidad la nombrada aportó como teléfono de contacto de DURÁN FAJARDO, el abonado que surgiera del listado 3875455385, el 1156992787.

9) Del informe agregado a fs. 612/15, confeccionado por la División Operaciones Federales de la Policía Federal Argentina, surge, entre otras cosas, que DURAN FAJARDO, en su último registro migratorio aportó el domicilio de LAIS SIERRA, sito en San José 361, piso 2º, dpto. "H", CABA.

10) A fs. 651/2 obra informe de la Aduana haciendo saber que en el marco del allanamiento dispuesto respecto del domicilio sito en la Av. Corrientes 1373, piso 4to., depto. P, CABA en la causa 433/2020 actualmente acumulada a la presente se halló un papel manuscrito vinculado con la pre-

sente, en tanto hacía referencia a Wanda Luz FLORES NOGALES y a una operación de correo.

11) Del informe confeccionado por la División Operaciones Federales de la Policía Federal Argentina, de fs. 653/60, vinculado con el abonado nro. 1156992787, utilizado por Lais Andrea SIERRA URZOLA, pareja de Luis Eduardo DURAN FAJARDO, surge en fecha 15/09/2020 una comunicación telefónica vinculada a la compra de una envasadora al vacío.

12) De la respuesta elevada por la PROCUNAR, que luce a fs. 661/3 respecto a la solicitud cursada oportunamente a la Oficina Local de la Drug Enforcment Agency del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América respecto a Roberto ALEXANDER y los abonados de Argentina que se comunicaron con el nro. 3875455385. Cabe destacar que entre ellos obra el nro. 1156992787, perteneciente a SIERRA URZOLA.

13) A fs. 664/834 obran agregadas copias extraídas de la causa nro. CPE 433/2020 caratulada "GRANDA DELGADO, JONATHAN DANIEL Y OTROS S/ INF. LEY 22.415", conexa a la presente.

14) Del informe remitido por la DEA, que luce a fs. 851/2, surge que los abonados telefónicos nros. 1133973455 y 3875455385 fueron obtenidos como contactos del teléfono que utilizaba Roberto ALEXANDER y fueron informados por corresponder a Argentina, lugar de procedencia de la encomienda. Asimismo, hizo saber que Luis Eduardo DURAN FAJARDO no poseía antecedentes penales en dicho país.

15) A fs. 1083/4 obra un informe realizado por la División Operaciones Federales de la Policía Federal Argentina respecto al análisis de las escuchas realizadas sobre los abonados nros. 1165330521, 1137947649 y 1156992787.

16) De la presentación efectuada por Luis Eduardo DURAN FAJARDO, de fs. 1203, se verifica que declaró como domicilio real el sito en la calle en San José 361, piso 2° Depto. H, CABA.

17) Del peritaje químico efectuado sobre la sustancia acompañada por la División Operaciones Federales de dicha fuerza de las constancias se desprende que las 14 bolsas conteniendo sustancia orgánica fueron identificadas con las letras "A" a "N" y efectuado el correspondiente exámen químico mediante corrimientos cromatográficos y posterior revelado, se obtuvo resultado positivo a la presencia de MARIHUANA totalizando un peso de once mil ochocientos setenta (11.870) gramos.

18) A fs. 1250/51 luce agregado el examen médico legal previsto en el art. 78 del C.P.P.N.

Del expediente digital surgen los siguientes elementos probatorios:

19) En fecha 11/12/20 se incorporó el acta de allanamiento realizado en fecha 10 de diciembre de 2020 en el domicilio sito en la calle San José 361, piso 2º, dpto. "H" de esta ciudad, donde se secuestró, como ya se dijera, 11,870 kg de material estupefaciente (marihuana) y diversos elementos de interés, tales como bolsas de nylon, máquinas termoselladoras, balanzas, etc.

20) Con fecha 30/12/2020 se incorporó el análisis de los videos efectuados por la División Operaciones Federales de la Policía Federal Argentina, realizada por las cámaras de seguridad del edificio emplazado en San José 361, allanado el 10 de diciembre del año 2020. De los mismos se puede advertir que la nombrada SIERRA URZOLA y DURÁN FAJARDO, fueron vistos en varias oportunidades salir y entrar del edificio sito en el lugar antes mencionado como así también fueron detallados diversos movimientos efectuados por las personas antes mencionadas.

Al respecto, cabe señalar que al momento del allanamiento al domicilio de la calle San José 361, piso 2° depto. "H" de esta ciudad, fue la propia imputada SIERRA URZOLA quien atendió al personal policial y admitió ser la inquilina del domicilio y residir allí y en relación al material estupefaciente secuestrado se destaca que se encontraba dentro de una maleta de mano, con cuatro ruedas y tela de color verde oscuro con vivos grises, similar al comúnmente denominado "camuflaje". Abierta dicha valija, pudieron encontrarse nueve bolsas transparentes que contenían material verde amarronado de aspecto vegetal, que se hallaban cerradas al vacío, el personal actuante abrió una de las bolsas, a fin de percibir la sustancia (arrojando que por el olor sería característico a marihuana). Seguidamente, procedieron a pesar una de las bolsas, mediante el uso de una balanza digital de marca "Moretti", arrojando un peso total (las nueve bolsas mencionadas) de 9.070 gramos y se efectuó reactivo de campo (a dos bolsas tomadas al azar), que arrojaron positivo para marihuana. En la misma valija, se halló un rollo de bolsas de plástico de

similares características a las que poseían en su interior el material vegetal de aspecto verde. Posteriormente, el personal policial actuante procedió a la requisa del ropero, donde en el primer cajón, se encontraron un total de cuatro bolsas de nylon transparente conteniendo sustancia vegetal compactada, cerradas al vacío, de iguales características a las mencionadas anteriormente. Tales bolsas procedieron a pesarse de a una, arrojando un peso total de dos mil seiscientos setenta (2.670) gramos. Se realizó el reactivo de campo a una de ellas (tomada al azar) que resultó positivo para marihuana. En el armario en cuestión, fue hallada también una envasadora al vacío marca "Turbosaver", modelo "TS1200"; seis rollos de bolsas de plástico transparente, de similares características a las que poseían en su interior el material vegetal de aspecto verde amarronado encontrado en el interior de la maleta y del cajón: una cinta de embalar color marrón claro, una cinta de pegar transparente, un rollo de nylon color negro, un rollo de nylon transparente; una balanza de precisión de mano color gris metalizado y una balanza digital color blanca marca "Wemir Black", modelo "SF400". Posteriormente, se efectuó la inspección en la cocina y dentro de la heladera (específicamente en la puerta inferior de esta) fue hallado un envoltorio transparente cerrado con cinta adhesiva, que en su interior poseía sustancia verde amarronada de origen vegetal, sobre la cual se realizó reactivo de campo, arrojando resultado positivo para marihuana y un peso de 40 gramos.

A todo lo cual se debe añadir los restantes informes agregados a la causa, reservados en Secretaria y demás enumerados en el requerimiento Fiscal de elevación a juicio; por lo que la base fáctica resulta plenamente probada.

X. Que en cuanto a la calificación legal, los hechos atribuidos a la nombrada SIERRA URZOLA, según se señalara en el acuerdo de juicio celebrado que fuera acompañado, encuentra adecuación típica dentro de las previsiones del artículo 5to. inciso c) de la ley 23.737 y art. 45 del CP.

Sobre el carácter de estupefaciente de la sustancia encontrada, según acta de apertura del material secuestrado en el procedimiento realizados en el domicilio de la calle San José 361, piso 2° depto. "H" de esta ciudad,cabe remitirse el informe pericial realizado por la Policía Federal Argentina, obrante a fs. 1237 en el cual se concluye que las muestras recibidas resultaron ser marihuana en la cantidad de 11.800 gramos. (ver punto X 17) de la la presente).

De lo informado se desprende que las sustancias estupefacientes secuestradas se encuentran incluidas en el Anexo I decreto del PEN 722/91, sustituido por el Decreto PEN 560/19 y art. 41 de la ley 23.737 y abarcada por la definición del art. 77, regla 9na. del C.P.

Sobre la posibilidad de disposición que respecto de la sustancia secuestrada en el domicilio de la calle San José 361, piso 2° depto. "H" de esta ciudad, tenía la aquí imputada cabe referir que el mismo se trataba de la vivienda en la cual residía, circunstancia que quedó acreditada de los diversos informes obrantes en la causa, las propias manifestaciones efectuadas por la nombrada y la documentación secuestrada (el contrato de alquiler). Asimismo era ella la que a la fecha del allanamiento era la única que tenía la llave que posibilitaba el ingreso al domicilio, la posibilidad cerrarlo y también retirar todo cuanto allí fuera encontrado (al respecto se destaca que su pareja no se encontraba en el país a la fecha del allanamiento). Por lo demás, una importante porción de la droga secuestrada se halló en un cajón del ropero y otra parte en la heladera de la vivienda, lo que demuestra que la presencia de droga no pretendía ser escondida ni disimulada, sino por el contrario, que era inmediata la posibilidad de acceder a la misma, lo cual permite afirmar que respecto a la sustancia estupefaciente que allí se encontró tenía la plena posibilidad de disponer.

En cuanto al destino de comercialización que se exige para la sustancia estupefaciente en la figura en trato, tal finalidad se tiene por acreditada por los siguientes motivos: la cantidad secuestrada (la cual registró un peso superior a 11 kg); el hecho que se encontraron diversos elementos que habitualmente son utilizados para para fraccionar (balanza), acondicionar y su mejor guardado (bolsas de nylon y máquinas termoselladoras) y cuanto surge de las registro logrados con las intervenciones telefónicas ordenadas, entre las que se destacan comunicaciones de la aquí imputada SIERRA URZOLA que daban cuenta que la máquina termoselladora referida fue cambiada, toda vez que la primera comprada por ellos no funcionaba vid transcripción obrante a fs, 655/59.

Por lo precedentemente expuesto, se tienen por verificada la concurrencia de los elementos que el tipo objetivo del delito en trato exige.

Que respecto del elemento subjetivo de la figura en bajo análisis, se trata de un delito doloso por lo que se requiere por parte de quien lo desarrolle el conocimiento del alcance de su conducta y que en forma voluntaria seleccione los medios para lograr su finalidad. En tal sentido, la circunstancia de ser quién tenía la posibilidad de permitir el acceso y retirar cuanto se encontraba en su domicilio, en el que se mantenía la sustancia estupefaciente y el manejo de los elementos utilizados para su fraccionamiento y guarda, permite sostener que Sirra Urzola llevó adelante una selección de medios que le permitieron desarrollar en forma oculta la actividad que mantenía hasta que fuera descubierta, teniendo pleno conocimiento de la prohibición que pesa sobre la sustancia secuestrada y demostrándose así su voluntad realizadora para alcanzar la finalidad de comercio que sanciona el tipo penal previsto en el art. 5to. c) de la ley 23.737, todo lo cual fuera reconocido por la aquí imputada.

XI. Que, asimismo, de las constancias obrantes en autos permiten afirmar que SIERRA URZOLA comprendía la criminalidad de la conducta que se le atribuye y tuvo la posibilidad de dirigir sus acciones conforme a dicha comprensión, no presentándose en el caso alguna causal que justifique su conducta o reduzca su culpabilidad. (ver informe médico legal obrante a fs. 1250/51). Consecuentemente, la nombrada resulta merecedora del reproche penal que se le endilga, conclusión a la que se arriba en función de la valoración de la totalidad de las pruebas colectadas durante la investigación conforme a las reglas de la sana crítica a las que hace mención el art. 398 del C.P.P.N.

XII. Que, a su vez, en cuanto al grado de participación en el hecho imputado, en su calidad de autora del delito de tenencia de material estupefaciente (MARIHUANA) con fines de comercialización, cabe concluir que luego de probada su existencia y efectuada su calificación legal, se desprende, como ya se señalara, que Lais Andrea SIERRA URZOLA tenía pleno acceso y dominio sobre el material estupefaciente secuestrado ya que el mismo se encontraba en su domicilio particular de pequeñas dimensiones, en sectores donde la imputada tenía libre acceso y disponibilidad, como por ejemplo en el interior de una valija, de un cajón del ropero e inclusive en el interior de la heladera, por lo cual deberá responder en carácter de autora (art. 45 del Código Penal).

XIII. Que, finalmente, cabe destacar que la existencia de los hechos, su participación en los mismos y la calificación penal recaída se encuentran reconocidos por la imputada, conforme se desprende de la audiencia *de visu* llevada a cabo oportunamente (cfr. art. 431 bis, apartados 2do. y 3ro. del C.P.P.N.).

XIV. Que a fin de graduar la pena a imponer a Lais Andrea SIERRA URZOLA rige en el caso la limitación establecida por el art. 431 bis 5° párrafo del C.P.P.N., estimándose adecuada la consignada en el acuerdo celebrado con fecha 10/11/2021, presentado al sistema informático Lex100.

Que, conforme las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del C.P., se considera como circunstancia agravante la naturaleza de los hechos, su grado de participación en los mismos, la cantidad de material estupefaciente secuestrado y su posibilidad de procurar su sustento y como atenuantes su correcta conducta en el penal donde se encuentra detenida y la impresión obtenida en la audiencia de visu llevada a cabo. Por ello de conformidad con la representante del Ministerio Público Fiscal se habrá de imponer a la nombrada las penas fijadas en el acuerdo de fecha 10 de noviembre de 2021 conformadas por: la pena de cuatro años de prisión y multa de cuarenta y cinco unidades fijas, la inhabilitación absoluta prevista en el artículo 12 del CP y el decomiso establecido en el art. 23 del CP en relación al dinero secuestrado.

Asimismo se le impondrán el pago de las costas del proceso (arts. 530 y 533 del CPPN).

XV. En lo que respecta a los elementos de prueba correspondientes a la causa y al estupefaciente incautado, encontrándose en pleno trámite ante el juzgado instructor las actuaciones por separado, se pondrán a disposición de las mismas, haciéndole saber que no interesa la guarda de contramuestras del material estupefaciente secuestrado.

XVI. Que, en relación al dinero secuestrado con motivo del allanamiento realizado al domicilio de la imputada SIERRA URZOLA sito en la calle San José 361, piso 2° depto. “H” de esta ciudad, cuya suma asciende a Dólares estadounidenses un mil novecientos tres (U$S 1903) y Pesos veintiocho mil trescientos diez ($ 28.310), dicha sumas también deberán ser decomisadas. Ello, teniendo en cuenta en primer lugar lo pactado por las partes en el acuerdo de juicio abreviado y frente a las pautas

objetivas de valoración vinculadas con el carácter esencialmente económico del delito, que acreditan que el dinero secuestrado era un medio necesario para llevar las conductas por las que se dicta condena, una ganancia o provecho del delito. Asimismo, la nombrada SIERRA URZOLA manifestó al momento de prestar declaración indagatoria que se encontraba desempleada y que durante el año que transcurrió en pandemia vivió con unos ahorros, por lo que se procederá a su decomiso con arreglo al art. 23 del CP y puesta a disposición de la CSJN en los términos de la Acordada nº 2/2018 del 15/02/2018, a sus efectos. Ello, previa satisfacción de los gastos de la custodia bancaria generada en las presentes actuaciones.

XVII. Que por último, respecto a la regulación de honorarios de los letrados intervinientes, se suspenderá la misma, hasta tanto acrediten su calidad frente al impuesto al valor agregado (IVA) y sus respectivos números de claves de identificación tributaria (CUIT).

Por todo ello, el Tribunal,

Resuelve:

I. CONDENAR a Lais Andrea SIERRA URZOLA, como autora del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inc. "c" de la ley 23.737; arts. 23, 29, 45, del CP y arts. 403, 530, 531 y siguientes del C.P.P.N y art. 22 del CPPF), en relación a los hechos requeridos a juicio a fs. 1446/1485 del expediente digital, a sufrir las siguientes penas:

a) CUATRO AÑOS DE PRISIÓN;

b) MULTA DE CUARENTA Y CINCO unidades fijas.

c) INHABILITACIÓN ABSOLUTA, por el tiempo de la condena, prevista en el art. 12 del C.P.

II. IMPONER a Lais Andrea SIERRA URZOLA el pago de las costas procesales.

III. DECOMISAR las sumas de dinero secuestradas a Lais Andrea SIERRA URZOLA, consistente en Dólares estadounidenses un mil novecientos tres (U$S 1903) y Pesos veintiocho mil trescientos diez ($ 28.310)

IV. ORDENAR que por Secretaría se practique el cómputo de penal impuesta a la imputada Lais Andrea SIERRA URZOLA, fijándose las fechas de sus vencimientos.

V. PONER a disposición de las actuaciones por separado los elementos de prueba de la presente y sustancia secuestrada haciendo saber que no interesa en las presentes la conservación de contramuestras de la misma.

VI. SUSPENDER la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes, hasta tanto acrediten su calidad frente al impuesto al valor agregado (IVA) y sus respectivos números de claves de identificación tributaria (CUIT).

Regístrese, notifíquese, firme que sea, cúmplase, comuníquese, fórmese legajo de ejecución y, previo certificado de ley, oportunamente archívese. — *Jorge A. Zabala.*

REPARACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIO

Contrabando. Adquisición y recepción de camperas chinas. Abandono a favor del Estado. Realización de donativo. Suspensión de la acción penal.

> Sobre la posibilidad de extinguir la acción penal por la forma incorporada al Código Penal en su art. 59, inc. 6 del Cód. Penal —t.o. ley 27.147— que requiere la reparación integral del perjuicio, ha de estarse a la res. 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, del 13/11/2019, que pone en vigencia el art. 22 del Cód. Proc. Penal Federal y ccdtes., y por el cual el legislador indica que para resolver los conflictos se debe dar preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social, reafirmando así el carácter legal de todos aquellos mecanismos que, según criterios de oportunidad, permiten la finalización de un proceso penal sin la realización del juicio.

TOral Penal Económico Nro. 2, 18/11/2021. - Soto Ríos, José Armando s/ infracción ley 22.415.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/181845/2021]

Expte. n° CPE 000089/2021/TO01

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2021.

Considerando:

I. Que, conforme el requerimiento de elevación a juicio, se investiga la presunta adquisición y recepción por parte de José Antonio SOTO RÍOS de mercadería de origen extranjero, trescientas quince (315) camperas de origen chino, que de acuerdo a la circunstancias de la causa, se presumen ingresadas al país de contrabando. De ello, ante la falta de la correspondiente documentación respaldatoria que acredite el legal ingreso, se califica el hecho como infracción al art. 874. Apartado 1°, inc. "d" del Código Aduanero y atribuido al nombrado en calidad de autor art. 45 del CP.

II. Que los Dres. Ramón Elías SALTO y Manuel Ángel PROS a cargo de la defensa de José Antonio SOTO RÍOS, solicitaron se lleve adelante una audiencia a efectos de tratar una posible solución al coflicto art. 59 inc. 6 del CP y 22 del C.P.P.F., indicando haber mantenido tratativas con la representante del Ministerio Público Fiscal (ver presentación incorporada al sistema Lex100 con fecha 20/10/2021).

III. Que a fin de resolver lo solicitado se fijó audiencia, la que se llevó a cabo el pasado 26/10/2021 a la misma fueron citados, los letrados defensores, el imputado SOTO, la Representante del Ministerio Público Fiscal y Ricardo Javier Valerga, Jefe (int.) División Gestión de Secuestros.

IV. Que, en el desarrollo de la audiencia celebrada, el representante de Aduana, Ricardo Javier Valerga, manifestó que a efectos de determinar los tributos aduaneros y no aduaneros que resultaban exigibles en el caso concreto (derecho de importación, tasa de estadística, I.V.A., Ganancias e I.V.A. Adicional, gastos de depósito almacenaje y custodia de la mercadería, costo de destrucción de la mercadería) se tomaba el almacenaje hasta el 31/10 del corriente, el cual ascendía a $1886 pesos. Por otro lado, afirmó que existía otro dictamen por el cual la importación debía ser cancelada en el tipo de cambio al día anterior al efectivo pago, entonces en el informe presentado oportunamente se realizó con el tipo de cambio vigente para el 17 de febrero del corriente $88,94 pesos argentinos por cada dólar. El representante de AFIPDGA agregó que el informe presentado fue realizado con la cotización en pesos según lo indicado por el art. 947 del Código Aduanero respecto de la base imponible, en lo que concierne a la deuda tributaria, la misma se calculaba con el tipo de cambio al día anterior al efectivo pago. Por lo tanto al día de la audiencia (26/10/2021), calculando que el pago se realizara en ese mismo momento, debía abonarse u$s 6430,39, sin intereses ya que cada campera de las secuestradas tenía un valor de u$s 19,45 ctvs. y las que tienen relleno u$s 21 dólares.

V. Que, la Dra. Silvana IANNICELLI manifestó que la aplicación del instituto era posible cuando el imputado realizaba el pago y reparaba el daño infligido, señaló que en el caso de que se pudiera abonar únicamente el valor mencionado para retirar la mercadería, conllevaba una especie de financiación del imputado a cuestas del Estado por lo cual no lo consideraba viable ya que sería como si nada hubiese ocurrido, y precisamente lo que se persigue con este tipo de soluciones alternativas era no llegar a la instancia de juicio donde la solución era demasiado gravosa para este tipo de hechos, pero que debía haber una reparación para la sociedad por el perjuicio ocasionado con este hecho. Propuso que en caso de realizar el abandono total de la mercadería en favor del Estado, por no poder el imputado afrontar el pago, la misma sea donada a distintas instituciones benéficas, realizó en ese sentido, una salvedad respecto de la diferencia entre lo que sería el decomiso nombrado en el artículo 23 del Código Penal y el abandono de la mercadería por parte del imputado, como propuesta de solución alternativa dentro de la instrumentación del instituto. A su vez, requirió que se le impongan reglas de conducta, como así también trabajo comunitario, ya que las considera una especie de reparación a la sociedad por el perjuicio ocasionado.

VI. Que de lo manifestado, el defensor Dr. Salto afirmó haber dialogado con su asistido, llegando al acuerdo de seleccionar la opción, que propusiera el Ministerio Publico Fiscal, de realizar el abandono de mercadería secuestrada en el marco de la causa de autos, a los fines de que se disponga su uso como donativo. Con relación a la aplicación de las reglas de conducta, afirmó que su asistido no tenía inconveniente según lo referido de realizar donaciones y/o algún tipo de tarea comunitaria. La defensa técnica para resumir y pasar en concreto, señaló que su ofrecimiento era 1: Abandonar la mercadería secuestrada en autos. 2: Someterlo a las reglas de conducta que la Auxiliar Fiscal o el Tribunal imponga.

VII. Que, seguidamente la Auxiliar Fiscal Dra. IANNICELLI realizó una descripción de los hechos remitiéndose al requerimiento de elevación a juicio, afirmó que la Fiscalía consideraba vigente y aplicable el artículo 59 inc. 6 del CP como método de extinción de la acción penal y en función de lo manifestado, afirmó estar de acuerdo con lo propuesto y solicitó entonces que en el transcurso de 4 meses el imputado realice tareas comunitarias y también la donación de la mercadería abandonada, que dejó al criterio del Tribunal respecto del lugar a elegir y el tiempo.

VIII. Que, se propuso a las partes intervinientes proponer lugares a los cuales destinar la mercadería abandonada y un lugar de realización de tareas, asumiendo ambas el compromiso de acercar en un listado de entidades benéficas. La Auxiliar Fiscal, Dra. Silvana IANNICELLI, puso en conocimiento de este Tribunal los datos de contacto de diversas entidades de bien público (ver escrito incorporado al sistema lex100 con fecha 04/11/2021) y el defensor, Dr. Manuel Ángel PROS, dio cumplimiento con el mismo compromiso mediante presentación de escrito en fecha 16/11/2021 (ver escrito incorporado al sistema lex100 con fecha 17/11/2021). Así, respecto a las camperas secuestradas, se trata de 235 camperas con relleno y 80 sin relleno tipo camuflado, la Fiscalía aportó cuatro 4 instituciones de bien público donde podían ser donadas, por su parte la defensa aportó cinco 5 instituciones. Sobre las tareas comunitarias resulta adecuado que José Armando SOTO RIOS las realice en la Fundación Nuevo Comienzo, Av. Roque Saenz Peña 616, Piso 9 of 908 CP 1035, CABA, Director Joel Lipszyc, mail joellipsyc@gmail.com, durante cuatro 4 meses a razón de diez 10 horas mensuales y una donación mensual de alimentos por un valor de pesos CINCO MIL ($5000) al Comedor y Merendero JUSTO VERA, Salta 2062, 9 de Abril, Esteban Echeverría, Pcia de Buenos Aires, Responsable Gloria Cristina Luke, cel 1164297854

IX. Que por todo, oídas las partes, y tratándose el proceso de una instancia de resolución de conflictos en la que debe buscarse siempre una mejor y más rápida forma de administración de justicia, ha de analizarse en su logicidad, fundamentación y razonabilidad la solución aquí propuesta por la defensa, que recibiera dictamen favorable de la representante del Ministerio Público Fiscal.

X. Que, al respecto, sobre la posibilidad de extinguir la acción penal por la forma incorporada al CP en su art. 59 inc. 6 del CP. (t.o. ley 27.147) que requiere la reparación integral del perjuicio, ha de estarse a la Resolución Nro 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, del 13/11/2019, que pone en vigencia el art. 22 del C.P.P.F. y ccdtes., y por el cual el Legislador indica que para la resolver los conflictos se debe dar preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social, reafirmando así el carácter legal de todos aquellos mecanismos que, según criterios de oportunidad, permiten la finalización de un proceso penal sin la realización del juicio.

XI. Que, bajo tales principios, el Tribunal debe evaluar la posición que presentan los argumentos que sostienen el dictamen favorable presentado por el Ministerio Público Fiscal, el cual tiene, con el abandono ofrecido y lo demás comprometido, por suficientes para estimar reparado el daño que se podría haber provocado, todo lo cual se sostiene en representación de los intereses generales de la sociedad (CN120) y resolviendo de ese modo el conflicto que nos atañe (art. 5 y 69 del C.P.P.N. y art. 22 C.P.P.F.).

XII. Que, ante la posibilidad de aplicar el mecanismo propuesto para la solución del caso, deben verificarse cumplidos sus requisitos. Al respecto cabe referir que en este proceso se imputa la presunta adquisición y recepción de mercadería de origen extranjero, consistente en trescientas quince (315) camperas de origen chino que, de acuerdo a la circunstancias, se presumen provenientes de contrabando. En este sentido, se debe estar al juego armónico de aquellas normas que las leyes penales consagran en tal sentido, así: La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible y la indemnización del daño material (art. 29 inc. 1° y 2° del CP) se puede tener por satisfecha con el abandono de la totalidad de las camperas a favor del Estado; la restitución del objeto materia del delito (art. 403 2do. párrafo del CPP) y la reparación del daño moral causado a la víctima (arts. 29 inc. 2° del CP) no resultan del caso; el pago de las costas (íd. Inc. 3°) y respecto del decomiso del producto o el provecho del delito (arts. 30 inc. 3° y 76 bis párrafo 6to. del CP) debe estarse al final del proceso y a lo ya señalado. En el campo del derecho civil, el concepto de reparación integral está ligado a la "… restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie…" (art. 1740 CCyCN) y cuando se trata de bienes inmateriales se dirige, en esencia, a hacer desaparecer los efectos del he-

cho ocurrido mediante alguna forma de compensación. Aquí, como se dijera, esto es el abandono de la mercadería la cual será destinada a diferentes instituciones de bien público, el realizar tareas comunitarias en una institución de bien público durante 4 meses y a razón de 10 horas mensuales y una donación mensual de alimentos por un valor de $5000, para satisfacer la posible afectación al bien supraindividual en juego.

XIII. Que por ello, se dispondrá que la mercadería abandonada con el siguiente destino, para lo que se solicitara a los referentes de las instituciones de bien público la coordinación con la División Rezagos y Comercialización (Sección secuestros) de la Dirección General de Aduana (A.F.I.P/DGA) a efectos de recibir las mismas, debiendo la División Rezagos y Comercialización (Sección secuestros), confeccionar las actas correspondientes y posterior remisión a este Tribunal: a. A la Asociación civil "Siete Vueltas", en colaboración con la escuela Nro. 351 de Tilcara "Jose María Fascio" de El durazno, Provincia de Jujuy (contacto Juan Ignacio Varutti, teléfono 1140271604) veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas ; b. A la Asociación civil "Río Colorado" (teléfono de contacto 114410 4626), veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas ; c. A la Comunidad "Nuestra Señora del Huerto", con domicilio dentro del Hospital Rivadavia de esta ciudad (teléfono de contacto 48070120)veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; d. Al Centro social "Santa Vicenta María" (contacto María Teresa, teléfono 11 38812654) veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; e. Al Comedor y Merendero JUSTO VERA, Salta 2062, 9 de Abril, Esteban Echeverría, Pcia de Buenos Aires, Responsable Gloria Cristina Luke, cel 1164297854, veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; f. Al Centro de Integración Latinoamericano Santa Rosa, Giachino 526, Barrio Santa Catalina Lomas de Zamora, Responsable Nilda Li , cel 1165231559. veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; g. Al Centro Construyendo Alternativas, Güemes Macacha 3380, Barrio 2 de Abril, Lomas de Zamora. Responsable Noelia Morinigo, cel 1158898502, veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; h. A la Fundación Sendero, Cerrito 65, Termperley. Responsable Nora De Sio, cel 1156958444, veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; i. A la Asociacion Familia Kolping Hogar Jesus Niño, Calle Pionero P.Kuhn y Adolfo Kolping, Puerto Rico Misiones, Tel 03743 421446 Responsable Lilian Barrios, cel 3743509462, veintisiete27 camperas con relleno y ocho 8 camperas sin relleno tipo camufladas.

XV. Que por ello, habiendo el Ministerio Público Fiscal considerado los ofrecimientos razonables en los términos de este instituto y por los fundamentos aquí expuestos, la solución que se propone ha de tomarse como adecuada para la solución del conflicto. Debe advertirse que el cumplir con lo comprometido requiere un plazo de tiempo, por lo que también corresponde (sobre la base analógica de lo previsto por el art 76 bis del CP) la suspensión del procedimiento por el término de cuatro meses, dejando sentado que la acción solo podrá extinguirse una vez que se verifique el cumplimiento total de lo comprometido, por lo cual se debe hacer lugar a lo solicitado y SUSPENDER la acción penal que se sigue en las presente causa por el término indicado y cumplido volverán las presentes actuaciones a despacho.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal;

Resuelve:

I. SUSPENDER, por el término de CUATRO MESES, la acción penal que se sigue en la presente causa CPE 89/2021/TO1 (int. 3184) caratulada: "SOTO RIOS, José Armando s/ inf. ley 22.415" a José Armando SOTO RIOS (de nacionalidad boliviana, titular de D.N.I. N° 95.633.347, nacido el 4 de octubre 1994 en la ciudad de Cochabamba Cercado, Estado Plurinacional de Bolivia, hijo de David Soto Chabilla y Rosmery Ríos, estado civil soltero, quien se dedica a la compra y venta de ropa por internet, con domicilio real en la calle Emilio Lamarca 416 de esta Ciudad, y constituido en la calle Lavalle 1392 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

II. HACER SABER a José Armando SOTO RIOS que deberá realizar tareas comunitarias en la Fundación Nuevo Comienzo, Av. Roque Saenz Peña 616, Piso 9 of 908 CP 1035, CABA, Director Joel Lipszyc, mail joellipsyc@gmail.com, durante cuatro 4 meses a razón de diez 10 horas mensuales.

III. HACER SABER a José Armando SOTO RIOS que deberá DONAR mensualmente mientras dure la presente suspensión, alimentos por un valor de pesos CINCO MIL ($5000) al Comedor y Merendero JUSTO VERA, Salta 2062, 9 de Abril, Esteban

Echeverría, Pcia de Buenos Aires, Responsable Gloria Cristina Luke, cel 1164297854.

IV. TENER POR ABANDONADA A FAVOR DEL ESTADO la mercadería secuestrada correspondiente al 235 camperas con relleno y 80 sin relleno tipo camuflado, disponiéndose que las mismas sean entregadas a las siguientes instituciones benéficas: a. A la Asociación civil "Siete Vueltas", en colaboración con la escuela Nro. 351 de Tilcara "Jose María Fascio" de El durazno, Provincia de Jujuy (contacto Juan Ignacio Varutti, teléfono 11-40271604) veintiséis 26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas ; b. A la Asociación civil "Río Colorado" (teléfono de contacto 114410 4626), veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; c. A la Comunidad "Nuestra Señora del Huerto", con domicilio dentro del Hospital Rivadavia de esta ciudad (teléfono de contacto 48070120)veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; d. Al Centro social "Santa Vicenta María" (contacto María Teresa, teléfono 11 38812654) veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; e. Al Comedor y Merendero JUSTO VERA, Salta 2062, 9 de Abril, Esteban Echeverría, Pcia de Buenos Aires, Responsable Gloria Cristina Luke, cel 1164297854, veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; f. Al Centro de Integración Latinoamericano Santa Rosa, Giachino 526, Barrio Santa Catalina Lomas de Zamora, Responsable Nilda Li , cel 1165231559. veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; g. Al Centro Construyendo Alternativas, Güemes Macacha 3380, Barrio 2 de Abril, Lomas de Zamora. Responsable Noelia Morinigo, cel 1158898502, veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; h. A la Fundación Sendero, Cerrito 65, Termperley. Responsable Nora De Sio, cel 1156958444, veintiséis26 camperas con relleno y nueve 9 camperas sin relleno tipo camufladas; i. A la Asociacion Familia Kolping Hogar Jesus Niño, Calle Pionero P.Kuhn y Adolfo Kolping, Puerto Rico Misiones, Tel 03743 421446 Responsable Lilian Barrios, cel 3743509462, veintisiete27 camperas con relleno y ocho 8 camperas sin relleno tipo camufladas.

V. REQUERIR a la División Rezagos y Comercialización (Sección secuestros) de la Dirección General de Aduana (A.F.l.P/DGA), a través de Ricardo Javier Valerga, preste colaboración a efectos de dar cumplimiento con las referidas donaciones a cuyo efecto deberá coordinar la entrega con los referentes de las instituciones señaladas en el punto precedente, confeccionar las actas correspondientes y posterior remisión a este Tribunal.

Regístrese, notifíquese y líbrense oficios a las instituciones de bien público y a la División Rezagos y Comercialización (Sección secuestros) de la Dirección General de Aduana (A.F.l.P/DGA). — *Jorge A. Zabala.*

EMBARGO

Pago de las costas causídicas. Levantamiento.

Toda vez que se comprobó que el imputado pagó las costas causídicas, corresponde dejar sin efecto el embargo trabado y anotado.

TOral Penal Económico Nro. 2, 19/11/2021. - AFIP, DGI c. Ures, Alejandro Héctor s/ incidente de embargo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/182782/2021]

Expte. n° CPE 000324/2011/1/2

Buenos Aires, 19 de noviembre de 2021.

Considerando:

1) Que con fecha 7 de agosto de 2013, el Juzgado Penal Tributario Nro. 2, resolvió ordenar el procesamiento sin prisión preventiva de Alejandro Héctor URES, y mandar trabar embargo sobre bienes del nombrado, hasta cubrir la suma de nueve millones doscientos cincuenta mil pesos ($9.250.000).

2) Que dicha medida cautelar, fue anotada en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bajo el nro. 544415 de fecha 8/10/13 y en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, bajo el Nro. 01 1078400/7 de fecha 17/10/2013.

3)Que con fecha 24/10/17, este Tribunal resolvió condenar a Alejandro Héctor URES, como autor del delito previsto en los artículos 1 y 2 inc. B de la Ley 24.769(art 45 del CP), en orden al hecho por el cual mediara requerimiento de elevación a juicio a sufrir la pena de tres años de prisión de cumplimiento en suspenso. Sentencia que a la fecha se encuentra firme.

4) Que, conforme se desprende de las actuaciones principales, el imputado URES, pagó las costas causídicas.

5) Que, atento al estado de autos, la Dra. Patricia Margarita Garnero, a cargo de la defensa del nombrado URES, solicitó el levantamiento de las medidas cautelares oportunamente dispuestas.

6) Que, corridos traslados a los letrados intervinientes, los mismos no efectuaron presentación alguna.

7) Que por todo ello y en actuación al estado de las actuaciones principales es que corresponde dejar sin efecto la medida cautelar oportunamente impuesta por el Juzgado Nacional en lo Penal Tributario Nro 2 y librar oficio a los registros de la Propiedad de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires,

Por ello.

Resuelvo:

1) Levantar el embargo oportunamente decretado con fecha 7 de agosto de 2013, por el juzgado Nacional en lo Penal Tributario Nro 2, respecto de Alejandro Hector URES, hasta cubrir la suma de pesos nueve millones doscientos cincuenta mil ($9.250.000), medida cautelar anotada en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, bajo el numero 544415, en fecha 8/10/2013 y en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires 01 1078400/7 de fecha 17/10/2013.

2) LIBRAR oficios a los respectivos Registros de la Propiedad.

Regístrese, notifíquese y cúmplase. — *Luis G. Losada*.

DELITOS TRIBUTARIOS

Apropiación indebida de tributos. Cancelación de la obligación fiscal con anterioridad a la ley 27.541 (texto según ley 27.562). Extinción de la acción penal.

1. — Sin perjuicio de la oposición fiscal, bajo una óptica de razonabilidad en la interpretación de la norma aplicable *in bonam partem,* resulta comprensiva de la conducta materia del conflicto penal en el caso concreto donde la obligación fiscal ya estaba cancelada. Requerir un plan de regularización de deuda u otra formalidad, temporalmente innecesario e inocuo. No obstante, los efectos relacionados con la subsistencia de la acción penal normados en el art. 10 de la ley 27.562, *mutatis mutandi,* resultan aplicables. En consecuencia, corresponde extender los efectos extintivos de la acción penal, haciendo lugar a peticionado y sobreseer a los imputados, por los hechos que le fueran imputados en los requerimientos fiscales de elevación a juicio —art. 6° de la ley 24.769—.

2. — La voluntad de implementar planes tendientes a la regularización de deuda guarda estrecha relación con la actitud de la contribuyente en el caso en concreto de cancelar la deuda poco tiempo después de haber sido generada, conforme surge de las constancias de autos. Como consecuencia de ello, la exigencia de requisitos de la normativa dictada con posterioridad a tal comportamiento —en el caso, ley 27.541, modificada por ley 27.562—, no puede ser endilgada contrariamente a los imputados de autos en el caso en concreto.

TOral Penal Económico Nro. 3, 23/12/2021. - AFIP - Dirección General Impositiva c. ALG Golf Center SA y otro s/ infracción ley 24.769.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/200464/2021]

COSTAS

Sin costas.

Expte. n° CPE 001812/2016/TO01

Buenos Aires, 23 de diciembre de 2021.

Considerando:

I. Que con fecha 3/8/2021 el Dr. Jaime SEOANE, abogado defensor del imputado Matías LYNCH, efectuó una presentación solicitando la extinción de la acción penal seguida en su contra en la presente causa y, consecuentemente su sobreseimiento, en los términos de lo normado por el artículo 10 de la ley 27.541 (texto según ley N° 27.562; B.O. 26/8/2020), al considerar que la

deuda objeto de la presente causa se encontraba cancelada en su totalidad mediante pago bancario efectuado 21/6/2018 (conf. Informe presentado por la AFIP el día 4/5/2021). Todo ello con anterioridad a la sanción de la ley 27.541, lo cual, a su entender permitía gozar a su defendido de los beneficios de la extinción de la acción penal regulados. A su vez, sostuvo que no se verificaban ninguna de las causales de exclusión del régimen previstas por el artículo 16 de la ley 27.541.

Así, con fecha 4/8/2021 el Dr. Juan José ORIBE anterior defensor de la coimputada ALG GOLF CENTER S.A./LA ARENA S.A., adhirió a dicha solicitud con relación a su asistida.

Luego, ante la elevación y acumulación jurídica de la causa nro. CPE 106/2019/TO1 (2944), ambas partes ampliaron la solicitud inicial con relación al objeto procesal de dichos actuados, en idénticos términos (ver presentaciones de fechas 17/8/2021 y 18/8/2021 en el Incidente de falta de acción CPE 106/2019/TO1/3).

Ante el reciente cambio de defensa de la persona jurídica imputada en autos se cursó notificación de las solicitudes referidas no efectuándose al respecto ninguna presentación.

II. Posteriormente y ante la solicitud de medidas por el Sr. Fiscal Dr. Santiago ROLDAN, se produjeron diversos informes, se corrieron los traslados pertinentes a fin de que la totalidad de las partes pudieran ser oídas y, finalmente, con fechas 14/10/2021 y 28/10/2021, el MPF se expidió negativamente a la procedencia de la extinción de la acción penal planteada por las defensas de autos.

III. Ahora bien, cabe señalar que el objeto procesal de autos quedó delimitado con relación a la presunta comisión del delito previsto en el artículo 6° de la ley 24.769 por parte de Matías LYNCH y ALG GOLF CENTER S.A./LA ARENA S.A., en el carácter de coautores (C.P., artículo 45), en orden a la presunta apropiación indebida del Impuesto al Valor Agregado retenido por ALG GOLF CENTER S.A. (actualmente denominada LA ARENA S.A.), correspondiente al período mensual de octubre de 2016, por la suma de $323.400 y de diciembre 2016 por la suma de $169.050. Ello, toda vez que dichos importes no habrían sido ingresados a las arcas del Estado dentro de los diez (10) días hábiles administrativos siguientes al vencimiento de dichas obligaciones.

IV. Con fecha 26 de agosto de 2020, se publicó en el Boletín Oficial, la ley 27.562 mediante la cual –en lo que aquí interesa- se estableció:

Art. 8 "...Los contribuyentes y responsables de los tributos y de los recursos de la seguridad social cuya aplicación, percepción y fiscalización se encuentren a cargo de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS...podrán acogerse por las obligaciones vencidas al 31 de julio 2020 inclusive o infracciones relacionadas con dichas obligaciones, al régimen de regularización de deudas tributarias y de los recursos de la seguridad social y de condonación de intereses, multas y demás sanciones que se establecen en el presente capítulo..."

Art. 10. "... El acogimiento al presente régimen producirá la suspensión de las acciones penales tributarias y penales en curso y la interrupción de la prescripción penal respecto de los autores o las autoras, los coautores o las coautoras y los partícipes o las partícipes del presente delito vinculada a las obligaciones respectivas, aun cuando no se hubiera efectuado la audiencia penal hasta ese momento o cualquier sea la etapa del proceso en que se encuentre la causa, siempre y cuando esta no tuviera sentencia firme...La cancelación total de la deuda en las condiciones previstas en el presente régimen, por compensación, de contado o mediante plan de facilidades de pago producirá la extinción de la acción penal tributaria o penal aduanera, en la medida que no exista sentencia firme a la fecha de cancelación. Igual efecto producirá respecto de aquellas obligaciones de idéntica naturaleza a las mencionadas, que hayan sido canceladas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley modificatoria, incluidas, en este supuesto, las inherentes al Régimen Nacional de Obras Sociales. En el caso de las infracciones aduaneras, la cancelación total producirá la extinción de la acción penal aduanera en los términos de los artículos 930 y 932 de la ley 22.415 (Código Aduanero) y sus modificatorias, en la medida en que no exista sentencia firme a la fecha de acogimiento."

Art. 16 "...Quedan excluidos o excluidas de las disposiciones de esta ley quienes se hallen en alguna de las siguientes situaciones... a) Los declarados o declaradas en estado de quiebra... b) Los condenados o las condenadas por alguno de los delitos previstos en las leyes 23.771, 24.769 y sus modificaciones...c) Los condenados o las condenadas por delitos dolosos que tengan conexión con el incumplimiento de obligaciones tributarias...

d) Las personas jurídicas en las que, según corresponda, sus socios o socias, administradores o administradoras...hayan sido condenados o condenadas por infracción a la ley 23.771, 24.769...".

Que, de las constancias aportadas por la AFIP DGI, surge que la contribuyente ALG GOLF CENTER S.A./LA ARENA S.A. (CUIT Nro. 30-71313630-8) regularizó su deuda con relación a los hechos aquí investigados "...el saldo...ha sido cancelado mediante pago bancario del 21/6/2018 y compensaciones del 17/2/2017..." al igual que los intereses generados (ver informes incorporados en fechas 6/5/2021 y 22/9/2021).

Ahora bien, con relación a la oposición formulada por el Sr. Fiscal corresponde adelantar que -sin perjuicio de diversos pronunciamientos del suscripto-, del análisis en el caso en concreto, no coincido con el rechazo propuesto por el MPF, por las consideraciones que expondré a continuación.

En efecto, el análisis de la norma en particular -ley 27.541 (texto según ley N° 27.562; B.O. 26/8/2020)- no puede ser subsumida al caso en concreto de manera estricta y aislada, sin considerar y valorar las circunstancias particulares obrantes en la presente causa.

Destáquese que la cancelación de los montos que debieron ser ingresados en tiempo y forma, operó en el año 2018, mientras que la ley de acogimiento en cuestión fue publicada en el año 2020. El pago total no fue originado por dicha normativa, ni motivado en los requisitos de procedencia establecidos en la misma, circunstancia que no puede ser soslayada en la presente.

Al respecto, cabe señalar que el propio organismo recaudador destacó la imposibilidad de procedencia de aquella circunstancia al sostener en el informe incorporado con fecha 16/9/2021 que "...tanto el Sr. Matías Lynch, como ALG GOLF CENTER SA y/o LA ARENA SA, no han efectuado adhesión al régimen previsto en la Ley 27.541, respecto al período, impuesto y concepto correspondiente al objeto procesal de la presente causa. Se reitera lo manifestado en escrito de fecha 04/05/2021, el saldo correspondiente a SICORE IMPUESTO A LAS GANANCIAS período fiscal 2016/10 y SICORE RETENCIONES Y PERCEPCIONES período 2016/10 y 2016/12 han sido cancelados mediante pago bancario del 21/06/2018 y compensaciones del 17/02/2017".

La sanción de la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública, entre otras consideraciones, determinó la delegación de promover la reactivación productiva, poniendo el acento en la generación de incentivos focalizados y en la implementación de planes de regularización de deudas tributarias, aduaneras y de los recursos de la seguridad social para las micro, pequeñas y medianas empresas (art. 2 inc. c).

Así, en lo atinente a esta materia, se ordenó que "los contribuyentes y las contribuyentes y responsables de los tributos y de los recursos de la seguridad social cuya aplicación, percepción y fiscalización estén a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía, podrán acogerse, por las obligaciones vencidas al 31 de julio de 2020 inclusive o infracciones relacionadas con dichas obligaciones, al régimen de regularización de deudas tributarias y de los recursos de la seguridad social y de condonación de intereses, multas y demás sanciones que se establecen en el presente capítulo" (art. 8).

De lo expuesto se colige que la voluntad de implementar planes tendientes a la regularización de deuda guarda estrecha relación con la actitud de la contribuyente en el caso en concreto de cancelar la deuda poco tiempo después de haber sido generada, conforme surge de las constancias de autos.

Como consecuencia de ello, la exigencia de requisitos de la normativa dictada con posterioridad a tal comportamiento, no puede ser endilgada contrariamente a los imputados de autos en el caso en concreto.

Ello, asimismo, a la luz de encontrarse presente -casi en su totalidad- las condiciones requeridas por la misma, no observándose un alejamiento tal de la intención determinada al legislar la normativa en cuestión. Adviértase para ello que, de las constancias aportadas a la causa surge claramente que el imputado Matías LYNCH y la persona jurídica ALG GOLF CENTER S.A./LA ARENA S.A., no registran condenas penales ni quiebras decretadas -cfr. informe de A.F.I.P. y de Juicios Universales incorporados con fechas 16/9/2021 y 28/4/2021, respectivamente- y de las constancias remitidas por el Registro Nacional de Reincidencia y Policía Federal, los nombrados no registran antecedentes penales computables (cfr. informes de fechas 26/4/2021 y 29/4/2021).

Por todo lo expuesto, garantizado el contradictorio, sin perjuicio de la oposición fiscal, bajo una óptica de razonabilidad en la interpretación de la norma aplicable en bonan parte, resulta comprensiva de la conducta materia del conflicto penal en el caso concreto donde la obligación fiscal ya estaba cancelada. Requerir un plan de regularización de deuda u otra formalidad, temporalmente innecesario e inocuo. No obstante, los efectos relacionados con la subsistencia de la acción penal normados en el art. 10 de la Ley 27562, mutatis mutandi, resultan aplicables. En consecuencia corresponde a esta jurisdicción extender los efectos extintivos de la acción penal, haciendo lugar a peticionado y sobreseer a Matías LYNCH y ALG GOLF CENTER S.A./LA ARENA S.A., por los hechos que le fueran imputados en los requerimientos fiscales de elevación a juicio obrantes en autos, sin costas;

Resuelve:

I.- HACER LUGAR a los planteos de extinción de la acción penal formulados por las defensas de autos;

II.- DECLARAR la extinción de la acción penal seguida con relación a Matías LYNCH (titular del DNI n° 22.431.918, de nacionalidad argentino, nacido el 19/10/1971 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hijo de Juan Carlos y Silvia VELASCO) y SOBRESEER TOTALMENTE al nombrado en cuanto a los hechos que le fueran imputados en los requerimientos de elevación a juicio obrantes en autos (art. 10 ley 27.562 y art. 336 inc. 1 del CPPN);

III.- DECLARAR la extinción de la acción penal seguida con relación a ALG GOLF CENTER S.A. -actualmente denominada LA ARENA S.A.- (CUIT n° 30-71313630-8, con domicilio fiscal en la calle Juncal 4431, persona de existencia ideal representada en autos por Gastón Armando LERNOUD), y SOBRESEER TOTALMENTE a dicha persona jurídica en cuanto a los hechos que le fueran imputados en los requerimientos de elevación a juicio obrantes en autos (art. 10 ley 27.562 y art. 336 inc. 1 del CPPN);

IV.- SIN COSTAS.

Regístrese y notifíquese. — *Luis A. Imas.*

HOMICIDIO POR CONDUCCIÓN IMPRUDENTE

Competencia de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires. Intervención primigenia. Recalificación del hecho hacia una figura pendiente de transferencia. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Economía procesal. Prisión preventiva.

1. — Toda vez que el caso se inició ante el fuero local, en orden al delito de lesiones culposas —figura transferida a la justicia de esta ciudad conforme ley 26.702 y su anexo y aceptación por la ley local 5935—, donde se registraron cinco víctimas, mientras que recién *a posteriori,* se verificó el fallecimiento de una de ellas, es que debe ser el fuero local quien entienda en este expediente.

2. — En función al principio de autonomía que emana del art. 6º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, corresponde que la justicia local asuma la competencia en el marco de las presentes actuaciones, habida cuenta que el hecho primario que originara la intervención de los tribunales locales, resulta ser uno de los delitos oportunamente transferidos a la órbita jurisdiccional de la Ciudad —competencia primaria—, aun si ese hecho hubiera virado posteriormente hacia figuras pendientes de transferencia —competencia secundaria—.

3. — En atención a que la CN le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias.

4. — La continuación del trámite de las presentes actuaciones ante el fuero local permite velar por el principio de economía procesal, garantizar una eficiente administración de justicia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Todo lo cual resulta exigible desde el ejercicio del debido control de convencionalidad y constitucionalidad al momento de decidir.

5. — En observancia al principio de economía procesal, debe asegurarse el acceso efectivo

a la justicia mediante la facilitación de su trámite, en miras de promover un uso eficiente de los recursos, así como garantizar la seguridad jurídica para la sociedad. Esta circunstancia debe tenerse en especial consideración en este caso dado que el imputado se encuentra privado de su libertad bajo prisión preventiva, por lo que cualquier retardo se torna especialmente grave.

6. — Donde los presuntos delitos presentan una interconexión fáctica definida, por suceder dentro de un mismo espacio-tiempo, es pertinente que un solo tribunal intervenga a los fines de evitar las posibles consecuencias negativas que se produzcan ante el desdoblamiento de procesos penales. De lo contrario, se podría ver afectada la eficaz administración de justicia, así como las garantías procesales de quienes sean perseguidos penalmente.

7. — Debe primar el derecho a gozar de la libertad hasta que se dicte sentencia definitiva, acotando dicho derecho únicamente en casos que justifiquen tal medida al solo efecto de no facilitar la impunidad del imputado. Solo se podrá proceder al dictado de la prisión preventiva cuando se presenten los casos previstos en los arts. 181 y 182 del Cód. Proc. Penal CABA, y ninguna otra medida restrictiva permita asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal o el no entorpecimiento de la investigación de su parte.

8. — La pena en expectativa que pudiera corresponderle al imputado por los hechos que le fueran enrostrados, efectivamente se presenta como un elemento contundente para sostener que no comparecerá voluntariamente al proceso. Por lo demás, resulta relevante observar su conducta posterior quien, carente de empatía alguna con las múltiples víctimas que habría embestido, tuvo la templanza para tomar sus pertenencias y retirarse del lugar.

9. — Es posible presumir que el imputado no cumplirá con los compromisos procesales, dado que al tener la oportunidad de ayudar o escaparse del lugar de los hechos, decidió huir en otro vehículo que habría pasado a buscarlo por el lugar.

10. — No es la circunstancia de que el suceso primario que originó la intervención de los tribunales locales resulte ser uno de los delitos que ya fueron transferidos a la órbita jurisdiccional de la Ciudad lo que justifica que sea este fuero el que siga interviniendo en la presente investigación, sino el hecho de que los únicos jueces naturales y constitucionales para entender en los delitos ordinarios que se produzcan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son los magistrados elegidos por el pueblo de esta Ciudad a través de sus instituciones, ergo el Consejo de la Magistratura y la Legislatura local, y ello de ningún modo se ve modificado por la demora de la transferencia plena del tratamiento de todos los delitos ordinarios a la justicia de la Ciudad (del voto del Dr. Vázquez).

CPenal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala de Feria, 28/01/2022. - O. G., J. C. s/ 84 bis - Homicidio por conducción imprudente.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1667/2022]

Número: INC 221/2022-1

2ª Instancia.- Buenos Aires, enero 28 de 2022.

Vistos:

Llega el presente legajo con motivo de la apelación interpuesta por la Dra. Saray Rigueiro, abogada particular del Sr. J. C. O. G. contra la resolución dictada por la Magistrada de grado, quien el 5 de enero de 2022 dispuso: "I.- Hacer lugar a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, en consecuencia, Disponer la Prisión preventiva del imputado J. C. O. G. (DNI N° ...), en este caso registrado bajo el N° 221/2022-0, hasta la celebración del juicio oral y público o hasta el cese de los motivos que justifican la imposición del encierro cautelar. II. Declarar la incompetencia de este Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 12, en favor de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional. En este sentido, y habiendo las partes expresamente consentido este punto, remitir el legajo a la Oficina de Turnos y Sorteos de la Cámara de Apelaciones de ese Fuero Nacional a fin de que se determine el Juzgado que intervendrá en la presente investigación."

Conforme se desprende de la compulsa de las actuaciones remitidas, el 5 de enero de 2022 se

llevó a cabo por parte del Juzgado del fuero N° 12 la audiencia de prisión preventiva en relación con el aquí imputado. En tal oportunidad, la fiscal refirió que imputó se al Sr. O. G. el hecho ocurrido el 2 de enero del 2022 alrededor de las 08:30 horas, momento en el que el nombrado circulaba por la Avenida Figueroa Alcorta con dirección norte de CABA a bordo de un automóvil marca Ford, modelo Focus, color rojo con dominio colocado ... y de manera temeraria, ya que lo hacía a mayor velocidad que la permitida y bajo el efecto de sustancias estupefacientes —cannabis sativa—, y que al llegar al 5300 de esa avenida y en esas circunstancias le fue indiferente para así cruzarse de carril, atravesar la vereda, romper las defensas que protegen la bicisenda y, sin frenar en ningún momento, habría embestido a L. B. C., M. R. de R., J. H. R., C. U. D.-todos ellos ciclistas— produciéndoles lesiones graves. Además, al embestirla habría provocado posteriormente la muerte de M. C. B. en el Hospital Fernández.

Asimismo, al valorar la conducta asumida por el encausado en forma posterior al momento del hecho imputado, la fiscal resaltó que, luego del suceso, el imputado, en lugar de asistir a las víctimas y a pesar de haber sido advertido por sus acompañantes —C. G. y P. A.—, tomó distintos elementos que había en el interior de su rodado y, en clara conciencia del desprecio por la vida humana, cruzó a la mano de en frente donde abordó una camioneta marca Jeep tipo 4x4, modelo Limited color negro, dominio colocado ..., huyendo del lugar junto con F. E. E. como conductor y L. E. V. y P. D. V. como acompañantes. Todos ellos fueron detenidos posteriormente por personal de la Comisaría 1ª de Avellaneda en la intersección de las arterias Mujeres Argentinas y Casella Piñeiro, Provincia de Buenos Aires, por la alerta que pesaba sobre dicho rodado por parte de la Policía de la Ciudad.

Esta conducta fue encuadrada por la Fiscal en la figura de homicidio con dolo eventual receptada en el artículo 79 del CP del que resultó víctima la Sra. M. C. B., en concurso ideal con el delito de lesiones graves del artículo 90 de ese cuerpo normativo, en perjuicio L. B. C., M. R. de R., J. H. R., C. U. D., por los que O. G. debería responder a título de autor penalmente responsable.

En función a lo expuesto, la Sra. Fiscal solicitó el dictado de la prisión preventiva del encausado O. G. y, en virtud de la calificación legal escogida, postuló la incompetencia del fuero local en favor de la Justicia Nacional. En su presentación, la Auxiliar Fiscal de la Unidad de Flagrancia Norte del fuero, argumentó acerca de la existencia del riesgo procesal de peligro de fuga en virtud de la actitud posterior a la comisión del hecho por parte del Sr. O. G. en cuanto a la falta de asistencia de las víctimas, así como a la provisión de un domicilio erróneo que ponía en duda su arraigo, al igual que también valoró los antecedentes penales del nombrado y la expectativa de pena que podría recaer sobre él con relación a las conductas enrostradas. En cuanto al entorpecimiento de la investigación, la fiscal resaltó que, las particularidades del caso y la huida del imputado del lugar del hecho, resultaban indicadores que le permitían sostener que, en caso de recuperar su libertad, el imputado eludiría la acción de la justicia.

A tales consideraciones adhirió el Dr. Gabriel Norberto Becker (T° 33 F° 269 CPACF), letrado patrocinante del Sr. A. H. R. y la Sra. C. R., querellantes y familiares de la Sra. B., quienes no pudieron estar presentes en la audiencia por encontrarse en la ceremonia de sepelio de quien fuera su esposa y madre, respectivamente.

A su turno, la defensora planteó su caso, brindó sus argumentaciones contrarias a la fiscalía y solicitó la libertad de su asistido y, subsidiariamente, una morigeración de la medida precautoria requerida a su respecto, a fin de que se le imponga una prisión domiciliaria en el domicilio de la calle ..., localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.

Por su parte, la Fiscal se opuso a la solicitud planteada por la defensa en tanto consideró que no veía otra alternativa que no sea la prisión de O. G., respecto de quien volvió a remarcar que circulaba a una velocidad mayor a la permitida, a la vez que mencionó sus antecedentes penales al indicar que, el mes de octubre del año 2010, el imputado fue condenado a la pena de seis años y nueve meses de prisión y que, con fecha 18/09/2019, el Tribunal Oral Criminal N° 6 Lomas de Zamora, lo condenó a la pena de un año de prisión que unificó con una condena dictada por el TOC N° 4 de La Matanza, imponiéndole la pena única de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, declarándolo reincidente.

Al momento de expedirse, la titular del Juzgado del fuero N° 12, Dra. Patricia Ana Larocca, resolvió disponer la prisión preventiva del imputado hasta la celebración del juicio oral y público o hasta el

cese de los motivos que justificaban la imposición del encierro cautelar.

En ese sentido, la Sra. Magistrada concluyó que se encontraba acreditada la verosimilitud del hecho, con la certeza requerida para esa etapa procesal, en virtud de las pruebas colectadas, como que el rodado fue hallado en el lugar de los hechos, mediante los distintos testimonios brindados así como de las grabaciones aportadas por las personas que ocasionalmente se encontraban allí, al igual que una videograbación incorporada por el Gobierno de la CABA, a la vez que tomó en cuenta que la defensa no negó los sucesos.

En cuanto a los riesgos procesales, hizo alusión a la pena en expectativa y refirió que sería prematuro descartar la calificación propuesta por la fiscalía receptada en el artículo 79 del CP y agregó que, inclusive de calificarse la conducta en el artículo 84 bis del CP, que prevé una pena menor, también recaería en ese caso una pena de efectivo cumplimiento que iría entre 3 a 6 años de prisión agravada por la fuga del conductor, por haber conducido bajo los efectos de estupefacientes y por culpa temeraria, lo que alejaría del mínimo al quantum punitivo.

En segundo punto, la magistrada refirió que "... contestando al argumento de la defensa en orden a que el imputado no comprendió lo que sucedió sino hasta tiempo después, señala la Sra. Juez que la Fiscalía acompañó un video en el que puede observarse el comportamiento del imputado inmediatamente después de haber embestido a las víctimas, e hizo mención a lo declarado por la testigo P. a quien O. le preguntó si creía que la persona que estaba en el lugar estaba muerta y a lo que esta le respondió que sí. Señala S.S. que tal situación se evidencia como una pauta objetiva de que el señor para ese momento sí sabía cuál había el resultado producido y sin perjuicio de ello intentó escaparse y no auxilió a las personas que había lesionado".

Finalmente, la Dra. Larocca hizo lugar a la solicitud de incompetencia efectuada por la Fiscalía, habida cuenta que la figura de homicidio no había sido transferida a la órbita de la justicia local, medida que fue consentida por la totalidad de las partes.

Contra el decisorio, la letrada defensora, Dra. Saray Rigueiro interpuso recurso de apelación, al entender que la resolución causaba un gravamen irreparable a su defendido al prohibirle transitar el proceso en libertad, restringiéndose un derecho primordial al haberse descartado las opciones morigeradoras que ella había propuesto.

En tal inteligencia, la abogada refirió que, a su criterio, los argumentos de la magistrada de grado no resultaban bastos para negarle la morigeración de la prisión, ya que no hubo entorpecimiento del proceso por parte del Sr. O. G., mientras que sí lo hubo por parte de las restantes partes intervinientes.

A ello, agregó que su defendido brindó el domicilio de la calle ..., localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires donde residiría con sus hijos y su pareja, a la vez que puso a disposición la declaración de la concubina de su asistido para aclarar la cuestión del arraigo, lo que sin embargo fue desestimado por la jueza de grado.

Finalmente, manifestó que la prisión preventiva dictada implicaba una condena anticipada, ya que recién se está en la génesis de la investigación y que valorar los antecedentes criminales del Sr. O. G. importaba un doble juzgamiento, toda vez que el nombrado cumplió acabadamente las distintas condenas que le fueran oportunamente impuestas.

Por ello, solicitó que se revoque por contrario imperio la resolución recurrida y se otorgue la excarcelación de su defendido bajo caución real o fiador y, en su defecto, se disponga una prisión morigerada.

Arribadas las actuaciones a este Tribunal, el Sr. Fiscal de Cámara postuló que la decisión en crisis debía ser confirmada, pues se correspondía con las constancias del legajo y el derecho aplicable.

En primer lugar, hizo alusión a que debía ser la Sala de Feria de esta Cámara la que resuelva el recurso interpuesto, a pesar de que la causa hubiera sido erróneamente remitida al fuero nacional ya que, en base a argumentos del Máximo Tribunal Nacional, se ha dejado establecido que, ante una apelación, debe ser la alzada del tribunal apelado quien resuelva la cuestión, es decir, la Cámara de Apelaciones de la Justicia local.

En cuanto a la admisibilidad del recurso, señaló que si bien satisface algunos recaudos formales de admisibilidad previstos en la ley adjetiva, no se había cumplido con el requisito de fundamentación establecido bajo "consecuencia de inadmisi-

bilidad" por los arts. 281 y 292 del CPPCABA, en tanto la defensa "...se limita a expresar, sin más, que el pronunciamiento es arbitrario y constituye una condena anticipada, pero no explica los motivos en virtud de los cuales arriba a tales conclusiones...", circunstancia que, conforme a su criterio, conllevaban a que el recurso debía ser declarado inadmisible.

Sin perjuicio de ello y para el supuesto que el remedio procesal fuera formalmente admitido, afirmó que el recurso no podía prosperar, en tanto la decisión impugnada se ajustó a los hechos de la causa y al derecho aplicable.

En ese sentido, repasó la materialidad los hechos y la existencia de los riesgos procesales que avalaban la fundamentación llevada por la *a quo* y analizó el caso particular y el comportamiento desplegado por el imputado luego de ocurridos los hechos, para resaltar los motivos que confirmaban su postura de que debía confirmarse la decisión adoptada.

A su turno, el Dr. Becker, como letrado patrocinante de los querellantes A. H. R. y C. R., reiteró los argumentos expuestos oralmente en la audiencia de prisión preventiva en cuanto a la existencia de los riesgos procesales y, en base a los fundamentos expuestos por la Sra. Magistrada de grado en su resolución, consideró que la misma debía ser confirmada, toda vez que, de recuperar su libertad, el imputado O. G. eludiría la acción de la justicia.

Por su parte, una vez vencido el plazo de gracia que le fuera otorgado a la defensa el día 24 de enero pasado, la Dra. Saray Rigueiro efectuó una presentación electrónica el día 27 de enero, la que entiendo no puede ser tomada en consideración para la decisión que corresponda adoptar, habida cuenta el carácter extemporáneo de la presentación, sin perjuicio que los agravios plasmados en su recurso serán debidamente tratados.

Finalmente, cumplidas las vistas pertinentes, desde el 26 de enero de 2022 los autos se encuentran en condiciones de resolver.

El doctor *Franza* dijo:

Primera cuestión

Admisibilidad

El recurso bajo examen ha sido presentado oportuna y fundadamente, contra una resolución cuya impugnabilidad se encuentra expresamente reconocida por el ordenamiento procesal penal (artículo 184 *in fine* CPPCABA).

Asimismo, fue presentado por quien posee legitimación para hacerlo, por lo cual se encuentra habilitada la instancia para la revisión de la resolución en crisis.

Segunda cuestión

I. Acerca de la competencia de la Justicia local.

Sin perjuicio de la admisibilidad formal del presente recurso y, de forma preliminar al análisis del fondo de la cuestión, no obstante que dicha cuestión no ha sido controvertida por las partes y que todas ellas han consentido la declaración de incompetencia del fuero local en favor de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, adelanto que propondré al acuerdo la revocatoria del punto II de la resolución atacada, en tanto dispuso: "II. Declarar la incompetencia de este Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 12, en favor de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional."

En ese sentido, es oportuno recordar que la jueza de grado alcanzó tal solución a pedido de la Auxiliar Fiscal al haber calificado provisoriamente el hecho con relación a la Sra. B. como constitutivo del delito de homicidio con dolo eventual, receptado en el artículo 79 del CP dado que esta figura no había sido transferida a la órbita de la justicia local. Esta decisión fue consentida por la totalidad de las partes, no obstante lo cual me veo facultado a pronunciarme sobre la medida adoptada, habida cuenta que la competencia resulta ser una cuestión de orden público y puede ser declarada en cualquier etapa o estado del proceso, inclusive de oficio.

De esta forma, es menester destacar que la voluntad de las partes no puede predominar por sobre una cuestión de orden público en atención a que, de permitirse tal actividad por parte de los involucrados, se estaría admitiendo la posibilidad del forum shopping como una potestad de las partes de elegir la jurisdicción.

I.a.- Naturaleza de orden público

Puntualmente, el artículo 18 del CPPCABA dispone su declaración de oficio al afirmar que "La incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada, aun de oficio, en cualquier estado del

proceso". Dicha norma debe ser analizada conjuntamente con el artículo 17, el que prevé la garantía de que como juez "Entenderá en el hecho el órgano jurisdiccional competente al tiempo al que se hubiere cometido el delito según lo determinen las leyes y los reglamentos pertinentes."

Es así que, habiendo dilucidado el deber de actuar ante la percepción de una errónea exégesis en esta materia, es que resolveré destacando la competencia primaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en función del artículo 129 de la CN y el artículo 6 y 7 de la Constitución local. Esencialmente, el citado artículo del texto constitucional establece un gobierno autónomo con facultades propias jurisdiccionales para la CABA, el cual debe ser respetado y garantizado, máxime habiendo transcurridos más de veintisiete años desde su sanción.

I.b.- Autonomía de la CABA.

Ahora bien, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires tuvo su exégesis en el Núcleo de Coincidencias Básicas del año 1994 correspondiente a la reforma constitucional, y que dispuso en su artículo 129 que: "La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción (...)".

Es por ello que, de manera previa a adentrarnos en el principio de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, es importante retrotraernos al origen de los elementos constitutivos del Estado y su legitimidad, proveniente de la obra del eximio jurista Norberto Bobbio al manifestar que: "Al lado del problema del fundamento del poder, la doctrina clásica del Estado siempre se ha ocupado del problema de los límites del poder, que generalmente es planteado dentro de las relaciones entre el derecho y el poder (o derecho y Estado). Desde que los juristas se adueñaron del problema del Estado, este es definido mediante los tres elementos constitutivos del pueblo, del territorio y de la soberanía (concepto jurídico por excelencia, elaborado por los juristas y aceptado universalmente por los escritores de derecho público). (...) El Estado es "un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él" (Mortati, 1969, p. 23). En la reducción rigurosa que Kelsen hace del Estado a ordenamiento jurídico, el poder soberano se vuelve el poder de crear y aplicar el derecho (o sea normas vinculantes) en un territorio y hacia un pueblo, poder que recibe su validez de la norma fundamental y de la capacidad de hacerse valer recurriendo en última instancia a la fuerza, y en consecuencia por el hecho de ser no solamente legítimo sino también eficaz (legitimidad y eficacia se reclaman mutuamente). El territorio se convierte en el límite de validez espacial del derecho del Estado, en el sentido de que las normas jurídicas emanadas del poder soberano únicamente valen dentro de determinados confines." (1)

El principio de autonomía de la Ciudad de Buenos se reafirma en los artículos 6 y 7 de la Constitución local. Es así que el artículo 6 establece que: "Las autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los Artículos 129 y concordantes de la CN"; y el artículo 7 reza: "El Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es sucesor de los derechos y obligaciones legítimas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y del Estado Nacional en las competencias, poderes y atribuciones que se transfieren por los Artículos 129 y concordantes de la CN y de la ley de garantía de los intereses del Estado Federal, como toda otra que se transfiera en el futuro".

En tal sentido, conforme los principios fundamentales que rigen la constitución local, el Dr. Daniel Alberto Sabsay ha expuesto que "El artículo 6 tiene su razón de ser en el retaceo de la autonomía que sufrió la CABA, (...) Así, se les confiere a las autoridades de la Ciudad la obligación de utilizar todos los remedios jurisdiccionales y políticos que faciliten el reconocimiento de su estatus jurídico constitucional y la impugnación de las normas que pretendan desconocerlo". Continuó su análisis haciendo referencia a lo expresado por Félix R. Loñ, en cuanto a que: "...seguramente motivado por la intención de las autoridades federales de retacear la autonomía de la Ciudad —manifiesto en las comentadas leyes de garantías y de convocatoria a elecciones locales— es que en el artículo sexto del estatuto se prevé que el Gobierno local deberá agotar las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía". En el mismo sentido, se pronunció la Convención Constituyente a través de una declaración efectuada el 2 de agosto de 1996, por la cual se rechazaron por inconstitucionales las leyes N° 24.588 y 24.620. Esta determinación indica la voluntad del Cuerpo de trasladar la continua-

ción de las acciones tendientes a su modificación a las autoridades que se constituyan en su consecuencia. Esta cláusula constituye, asimismo, una aplicación de lo que establece el Preámbulo en lo que hace a la afirmación de la autonomía porteña. El artículo 7 pone de manifiesto la continuidad jurídica de la CABA respecto de sus anteriores denominaciones y regímenes legales. Consideramos importante que se exprese que la Ciudad es sujeto de los derechos y obligaciones de sus antecesores (...)" (2).

Al respecto se ha dicho que: "Paralelamente, desde su institucionalización como gobierno autónomo, la Ciudad ha edificado su Poder Judicial con las competencias delimitadas por la Ley N° 24.588, como luego veremos, y en lo que concierne a la materia penal, las mismas se han ido ensanchando de la mano de los convenios de transferencia de competencias celebrados entre la Nación y la Ciudad. En efecto, la Cláusula Transitoria Decimotercera de la Constitución de la CABA —que faculta al Gobierno de la Ciudad para que convenga con el Gobierno federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos al poder judicial local, conservando la inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces— y el artículo 6 de la Ley N° 24.588, dieron marco a la política de convenios interjurisdiccionales de transferencia de competencias, que "perforan" la ley Cafiero, y propenden a la conformación gradual de la jurisdicción que por disposición constitucional, corresponde a la Ciudad." (3)

Por lo tanto, de conformidad con la teoría desarrollada por Julio De Giovanni, una de las formas de lograr "perforar" la Ley Cafiero es a través de los convenios de transferencia que, a través de los respectivos acuerdos, se celebren entre los poderes ejecutivos nacional y de la CABA. Ahora bien, partiendo de la misma teoría, otra manera que debe entenderse conducente para la perforación del marco normativo antes aludido, resultan ser las resoluciones judiciales vinculadas a hechos concretos, tal como ocurre en el presente caso.

Sobre el punto, enseñó Maier que ya el artículo 129 de la CN ha reconocido tal carácter, conforme la cual dicha autonomía de gobierno, de legislación y de jurisdicción ha sido concebida por los interesados directos, Nación y Ciudad, como un proceso gradual y consensuado de transferencias de competencias. (4)

En lo que respecta a la organización judicial, dicha autonomía se materializó a través de las transferencias de competencias, desde la Justicia Nacional a la Justicia local, mediante las leyes N° 25.752, 26.357 y 26.702.

Ahora bien, en el marco de las presentes actuaciones, los hechos originarios que convocaran la jurisdicción de la Justicia Penal de la Ciudad, resultaron ser algunos de los delitos ya transferidos a la órbita del fuero local (lesiones agravadas, abandono de persona y encubrimiento, conforme constancia del sumario policial N° 1018/2022 que se agregó como anexo de prueba en el expediente digital del caso).

En tal sentido, el artículo 106 de la CCABA establece que: "Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales (...).

Por lo tanto, resulta dable destacar lo manifestado por la doctrina al respecto, pues, "El artículo 106 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, replica, con las adecuaciones pertinentes, el artículo 116 de la CN. La competencia del Poder Judicial de la Ciudad está enunciada en este artículo en términos similares a los que emplea la Constitución Nacional para definir las atribuciones del Poder Judicial federal. "...el conocimiento y decisión de todas las causas...". El Poder Judicial de la Ciudad no procede de oficio, sino que ejerce su jurisdicción a instancia de parte y en el marco de los casos contenciosos en que es requerida. El caso judicial es el presupuesto que habilita la jurisdicción de los magistrados. La definición del caso judicial, al igual que ocurre a nivel nacional, debe buscarse en la jurisprudencia y, si bien pueden trasladarse en gran medida los precedentes tradicionales en la materia elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales, hay situaciones en las que el caso adopta matices propios a nivel local. Sin perjuicio de estas particularidades que se han ido presentando, (...), resulta indiscutible la exigencia de un caso o causa para habilitar la intervención del Poder Judicial de la Ciudad." (5)

A su turno, en el artículo "La competencia originaria de la CSJN, la Ciudad de Buenos Aires y una cuestión capital", el Dr. Marcelo Pablo Vázquez sostuvo que "...es posible coincidir con la Corte en

cuanto a que la Ciudad posee un estatus constitucional especial o una situación sui generis, pero en modo alguno por las razones que invoca, ya que es tan preexistente a la Nación como las provincias, ostenta igual jerarquía y conserva todos los poderes no delegados al gobierno federal en los términos del artículo 121 CN. Partiendo de estas premisas, lo único que resta por definir es la denominación y no su naturaleza constitucional. (...). La reforma de la Constitución Nacional de 1994 ha insertado a la Ciudad de Buenos Aires, en el sistema federal argentino, incorporándola como nuevo sujeto a la relación federal en su carácter de persona pública estatal, reconociéndole autonomía para ejercer su propio gobierno, con plena facultades de legislación y jurisdicción, conforme la redacción del artículo 129. La autonomía reconocida, por tanto, encuentra como único límite los intereses del Estado Federal, en tanto la misma sea capital de la República y asiento del gobierno federal. Esa autonomía política provoca que pueda darse sus propias instituciones y regirse por ellas como el resto de las Provincias; en consecuencia, ostenta los poderes no delegados por estas a la Nación y aquellos que no colisionan con los intereses de estas." (6)

Aunado a ello, el Dr. Vázquez ha dicho en su artículo "Introducción: El Poder Judicial como medida de la autonomía", que "Por su parte, el artículo 116 —complementado por lo establecido en el artículo 75 inciso 22 y el artículo 129, todos ellos de la CN— distribuye las atribuciones del Poder Judicial federal y de los poderes judiciales provinciales, considerando inmersa a la CABA. Así, la aplicación del derecho común emanado del Congreso de la Nación corresponde a los tribunales locales, bajo las reglas procesales establecidas por cada uno de los Estados Provinciales y de la CABA, en respeto de las formas de Gobierno Federal, asumida por la Nación Argentina —1 CN—. Este esquema no es casual y se encuentra estrechamente ligado con el proceso constituyente del país. En este sentido, se delegó al Congreso de la Nación el dictado en exclusiva de Derecho común, para su aplicación por los tribunales locales bajo las reglas emitidas por las legislaturas provinciales. Por exclusión, es el Poder Judicial federal quien conoce y decide de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes federales, además de las enumeradas en el citado artículo 116 CN. En esta inteligencia, la justicia nacional como tal no existe para la Constitución. Y así lo expresó la CSJN en el fallo "Corrales", el 9 de diciembre de 2015, exhibiendo un cambio sustancial de criterio respecto del alcance de la autonomía de la Ciudad." (7)

Por lo expuesto, y luego de este marco introductorio al análisis de la autonomía de esta Ciudad, es importante destacar el criterio de nuestro Tribunal Superior Federal al esgrimir el criterio favorable para que esa autonomía en materia de jurisdicción siga avanzando a fin de dar acabado cumplimiento con los preceptos constitucionales.

En tal sentido, deviene conducente destacar el fallo "Corrales" (8), especialmente en sus considerandos 8 y siguiente, en cuanto postulara: "...8°) Que en atención a que la CN le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos. En efecto, si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local. 9°) Que transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional".

En consonancia con el nuevo paradigma que viene adoptando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, además del fallo "Corrales" —precedentemente citado—, corresponde destacar los siguientes decisorios.

En efecto, en el precedente "Nisman" (9) la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "...5°) Que si bien en principio las resoluciones en materia de competencia no constituyen sentencias definitivas recurribles por la vía del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicha regla en los casos en los que media denegación del fuero federal. Ello se verifica en el presente por cuanto, conforme lo sostenido por esta Corte Suprema en

la causa "Corrales, Guillermo G. y otro s/ hábeas corpus", (Fallos: 338:1517, voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda) "...a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales" (de acuerdo a los considerandos 5° y 10). En efecto, en dicha oportunidad y frente a un conflicto de competencia en materia penal entre jueces federales y nacionales, el Tribunal señaló que "...en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los Tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio...".

A su vez, dentro de este proceso jurisprudencial, resulta pertinente destacar el fallo "José Mármol 824" en el cual el Máximo Tribunal continuó con el criterio asentado en los fallos "Corrales" y "Nisman" al sostener en su considerando 4° que "...el supuesto en examen debe ser interpretado a la luz de la doctrina sentada por esta Corte en la causa "Nisman" (Fallos: 339:1342 y sus citas) en punto a que —por los motivos allí expresados— no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los tribunales federales que tuviesen asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (considerando 5°). Ello con apoyo en lo decidido en Fallos: 338:1517 —voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda— en el que se puso énfasis en el carácter meramente transitorio de los tribunales ordinarios con asiento en la Capital Federal y en el reconocimiento constitucional de la Autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 de la CN y ley 24.588), así como en la competencia ordinaria que ejercen sus tribunales" (10).

Por último, en lo concerniente al fallo "Bazán", cuya resolución es del 4 de abril de 2019 y representó un punto de inflexión en el criterio del Máximo Tribunal, la CSJN abordó la cuestión sobre la autonomía al afirmar en el considerando 4° que: "...en cumplimiento de la norma constitucional referida se sancionó en el año 1996 la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objetivo declarado en su Preámbulo de "afirmar su autonomía" y 'organizar sus instituciones'". A ello, agregó que la Corte tiene la facultad de inmiscuirse en asuntos que afecten al federalismo para evitar acrecentar el poder del gobierno central en evidente perjuicio de las facultades locales otorgadas en la última reforma constitucional y aseveró que: "El sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de "lealtad federal" o "buena fe federal", conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse que los estados "abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes" (Fallos: 340:1695, considerando 6°); en esa inteligencia, los órdenes de gobierno deben encontrarse solo para ayudarse, nunca para destruirse (arg. Fallos: 307:360)."

En ese sentido, el Máximo Tribunal da cuenta de la potestad de intervención y hace una crítica a los poderes ejecutivos nacional y local y afirma que se evidencia un claro supuesto de "inmovilismo" en la transferencia emanada de orden constitucional. Además, la CSJN manifestó que este inmovilismo debe: "...ser considerado como un desajuste institucional grave de uno de los mecanismos estructurales de funcionamiento del federalismo, sin que la demora en la concreción del mandato constitucional aparezca de manera alguna razonablemente justificada. Esta omisión no solamente constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. Impacta, además, en la distribución de los recursos públicos en la medida en que —como consecuencia de dicha omisión— las veintitrés provincias argentinas se hacen cargo de financiar los gastos que demanda el servicio de administración de justicia del restante distrito" (11).

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, en el precedente "Giordano", receptó el estándar asentado por la CSJN, por medio del cual resaltó que el Máximo Tribunal utilizó criterios de corte pragmáticos que ponen en práctica la voluntad de los y las constituyentes en relación con la Justicia en el territorio de la CABA. En tal inteligencia, el Dr. Francisco Lozano afirmó en relación con la manda constitucional en tal precedente que "...7. En ausencia de criterios legislativos específicos, la CSJN ha aplicado estándares de corte pragmático que ponen en acto los propósitos con que el Constituyente concibió la Justicia. Así, en Fallos: 293:115 dijo que "la determinación del tribunal competente no debe sujetarse en demasía a consideraciones de derecho de fondo que atañen al concurso de leyes penales o bien a la configuración del tipo delictivo, pues en tanto quede salvaguardada la garantía del art. 18 de la CN —como ocurre con la solución que se adopta— las normas que rigen el caso 'admiten un margen de distinción para los supuestos en que su aplicación rigurosa contrariara el propósito de la mejor, más expedita y uniforme administración de justicia' (Fallos: 261:20, consid. 3°)". Agregó que "la determinación

de una de las jurisdicciones en que se ha desarrollado una parte del hecho debe efectuarse atendiendo también a las exigencias planteadas por la economía procesal y a la necesidad de favorecer, junto con el buen servicio de la justicia, la defensa de los imputados". Así resolvió, por ejemplo, que correspondía asignar la competencia al juez cuya jurisdicción "satisfacía más adecuadamente la investigación y el proceso, por encontrarse allí los mayores elementos probatorios; y dicho lugar suele coincidir, por lo general, con el domicilio del imputado". Aplicando estas razones a nuestro supuesto, resulta adecuado asignar competencia al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 22, pues es quien ha descripto una actuación por parte de los órganos de la Ciudad que permiten tener reunidos, *prima facie*, elementos suficientes para llevar adelante una acción contra el Sr. Giordano por la comisión de las conductas indicadas en el primer punto de este voto, entre las que se encuentran dos delitos cuyo juzgamiento ha sido transferido a la CABA (lesiones leves agravadas por el vínculo y violación de domicilio). A su turno, por lo dicho más arriba, la justicia de la Ciudad (al igual que en su caso podría hacerlo la nacional) podrá pronunciarse acerca de cualquiera de los tipos penales enunciados en la imputación, puesto que, una vez suscitada su competencia, los jueces penales no federales en el ámbito de la CABA no tienen limitaciones para la calificación de delitos que aún no fueron transferidos (en el caso de los jueces de la CABA) o que, en el pasado, fueron parte de su quehacer (en el caso de los jueces nacionales)" (12).

En tal oportunidad, los jueces Santiago Otamendi, Marcela De Langhe e Inés M. Weinberg referenciaron los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de Nación que fueron contestes en reconocerle a esta justicia local el estatus jurídico constitucional para albergar las competencias que transitoriamente ejerce la justicia nacional ordinaria en el ejido de esta Ciudad al aseverar que: "... Corresponde en primer término establecer las bases constitucionales sobre las que se erige la actual distribución de competencias en la materia. Con fundamento en los fallos "Corrales" y "Nisman" (Fallos: 338:1517 y 339:1342, respectivamente), la Corte determinó en "Bazán" que resulta imperioso cumplir con "el claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena" (consid. 17°). Allí reconoció al Poder Judicial de la Ciudad como el "ámbito que constitucionalmente le corresponde" a las competencias que transitoriamente ejerce la justicia nacional ordinaria en el territorio de la Ciudad (consid. 8°)...".

Asimismo, en este *leading case,* el TSJ reafirmó el carácter "transitorio" que revisten los tribunales ordinarios, con cita al fallo "Nisman" al entender que "...la Corte ya ha advertido en el fallo 'Nisman' que 'el carácter nacional de los Tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio' (consid. 5°)."

A ello agregó que la naturaleza de la competencia de los tribunales ordinarios no federales es la misma que la de los juzgados de esta ciudad por mandato constitucional, al concluir que "...En este marco, y de acuerdo con la reciente jurisprudencia, los jueces que integran el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son quienes constitucionalmente deben ejercer las competencias en cuestión, mientras que la justicia nacional ordinaria solo de manera transitoria ejercerá, en tanto órgano remanente, aquellas que aún no han sido transferidas.

Estos "órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad" de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia, pero coyunturalmente esta se halla dividida en función de los convenios vigentes de transferencias. No obstante, en caso de que se deba resolver un conflicto como el del *sub lite* y que sea necesario atribuir el conocimiento de la causa a un solo magistrado, este deberá decidir sobre la totalidad de los delitos imputados de competencia ordinaria, con independencia de la delimitación trazada por los convenios. Razones de mejor y más eficiente administración de justicia exigen evitar que, una vez determinada la competencia por este Tribunal, se susciten nuevos conflictos de este tipo a medida que avance el proceso.

Esta regla rige, entonces, tanto para los jueces locales respecto de los delitos aún no transferidos, como para los jueces nacionales con relación a los ya transferidos."

En este punto, es relevante el voto del Dr. Lozano en el precedente "Giordano" que resalta que la Corte ha declarado un incumplimiento literal de la CN con graves consecuencias en la distribución de recursos, alteración en la interacción de los Estados para el equilibrio federal, desconocimiento del autogobierno, vulneración de derechos políticos e ineficiencia de la administración de justicia.

Puntualmente, a ello refirió cuando manifestó: "La CSJN observa, asimismo, que el 'incumplimiento literal de la CN con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto' (consid. 12), tiene graves consecuencias: a) impacta en la distribución de recursos (consid. 12); b) resulta 'difícilmente compatible' con las directivas de equidad, solidaridad e igualdad de oportunidades que, en la visión de la CSJN, 'gobiernan la interacción de los Estados para lograr un proceso de desarrollo equilibrado de escala federal' (consid. 12); c) desconoce 'las facultades de autogobierno de un Estado local' (consid. 13); d) vulnera los derechos políticos de los ciudadanos de la CABA (consid. 13); y e) atenta contra una "eficiente administración de justicia" (consid. 15)."

En sentido similar, el máximo Tribunal local sostuvo en el precedente "Chabán", según los votos de los Dres. Francisco Lozano y Marcela De Langhe, que "...En tal escenario, y dado el avance que ha tenido la causa ante el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 3, corresponde radicar la causa ante dicho estrado, que, por lo demás, resultará también competente en el caso de que la causa vire hacia figuras pendientes de transferencia (cf. mi voto *in re* "Giordano", Expte. N° 16368/19, resolución del 25 de octubre de 2019)..." y que "...Al igual que el juez Luis F. Lozano y la jueza Alicia E. C. Ruiz, entiendo que, haciendo primar un criterio que privilegie un servicio de justicia eficiente, que atienda a la necesidad de evitar retrasos injustificados en la tramitación del proceso, corresponde que continúe interviniendo la justicia de la Ciudad..." (13).

En consonancia con los precedentes citados, el TSJ de la CABA se expidió en el fallo "Quisbeth García", siendo así, el Dr. Luis Francisco Lozano sostuvo: "Sin perjuicio de las posturas sentadas por los magistrados intervinientes, lo cierto es que la causa ha avanzado ante el juzgado local hasta la instancia de la audiencia prevista en el art. 210 CPP, etapa en que dan cuenta de considerar un posible acuerdo de suspensión de juicio a prueba. A mérito de ello, y a fin de no entorpecer el avance de la causa ni retrotraerla a instancias ya precluidas, cabe radicar la causa ante el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 19 que, por lo demás, será competente aún si la causa virase hacia figuras pendientes de transferencia (cfr. mi voto *in re* "Giordano", Expte. N° 16.368/19, resolución del 25 de octubre de 2019)."

Por su parte, los Dres. Los jueces Santiago Otamendi, Inés M. Weinberg y Marcela De Langhe postularon que: "La calificación legal que en definitiva pueda recibir el hecho investigado no obsta a lo afirmado precedentemente. En efecto, de acuerdo con la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Bazán", Fallos: 342:509; "Nisman", Fallos: 339:1342 y "Corrales", Fallos: 338:1517) los jueces que integran el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son quienes constitucionalmente deben ejercer las competencias penales ordinarias (no federales), mientras que la justicia nacional solo de manera transitoria ejercerá, en tanto órgano remanente, aquellas que aún no han sido transferidas" (14).

En consecuencia, de conformidad con el recorrido jurisprudencial reseñado, no puedo sino concluir que en función al principio de autonomía que emana del artículo 6 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, corresponde que la justicia local asuma la competencia en el marco de las presentes actuaciones, habida cuenta que el hecho primario que originara la intervención de los tribunales locales, resulta ser uno de los delitos oportunamente transferidos a la órbita jurisdiccional de la Ciudad (competencia primaria), aún si ese hecho hubiera virado posteriormente hacia figuras pendientes de transferencia (competencia secundaria).

A todo evento y, aún en caso de que las partes no compartieran la decisión aquí propugnada, será el Tribunal Superior de Justicia el órgano encargado de dilucidar la cuestión de orden público, como resulta ser la competencia hasta aquí analizada.

I.c.- Principio de mejor administración de justicia

En tal inteligencia, y siguiendo estos lineamientos, me pronuncié en un caso análogo al presente que en su inicio había tramitado como lesiones culposas, pero que fue recalificado al producirse el deceso del sujeto pasivo y en el que me postulé en favor de mantener la jurisdicción local en miras a garantizar una eficiente administración de justicia y evitar un retraso injustificado en la tramitación y decisión del caso (15).

A mayor abundamiento, en tal decisión, entendí que la continuación del trámite de las presentes actuaciones ante el fuero local permite velar por el principio de economía procesal, garantizar una eficiente administración de justicia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Todo lo

cual resulta exigible desde el ejercicio del debido control de convencionalidad y constitucionalidad al momento de decidir (art. 1 Cód. Civ. y Com. de la Nación, art. 75 inc. 22 CN y art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica).

En cuanto a la razonabilidad del plazo y a la necesidad de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario, debo traer a colación los estándares internacionales en derechos humanos asentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha expedido en reiteradas oportunidades sobre esta garantía al establecer que "...la razonabilidad del plazo debe apreciarse en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. De acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención y como parte del derecho a la justicia, los procesos deben realizarse dentro de un plazo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales" (16).

Relacionado con el ámbito de los derechos humanos y bajo un entendimiento analógico —a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática del derecho positivo—, es que por aplicación del artículo 2 del Cód. Civil, considero que debe de interpretarse la ley teniendo en cuenta "sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Así, a partir de la suscripción y ratificación por parte del Estado Nacional del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe —Acuerdo de Escazú— (en vigencia desde el 22 de Abril de 2021 y receptado mediante la sanción de la Ley N° 27.566), el debido acceso a la información, a la participación y a la justicia han quedado allí recientemente consolidados, en apoyatura al ordenamiento jurídico aplicable.

En ese orden de ideas, no es posible desconocer las obligaciones internacionales asumidas por nuestra Nación en lo que respecta a afianzar la diligencia de los procesos judiciales con ajuste a una perspectiva de derechos humanos, que permita resolver con celeridad toda inquietud planteada por un ciudadano. Bajo ese entendimiento, en observancia al principio de economía procesal, debe asegurarse el acceso efectivo a la justicia mediante la facilitación de su trámite, en miras de promover un uso eficiente de los recursos, así como garantizar la seguridad jurídica para la sociedad. Esta cuestión tiene una faceta dual, ya que el acceso efectivo a la jurisdicción dotada de garantías y respeto a principios supraconstitucionales debe asegurarse tanto para el acusado como para quienes han sido víctimas, ya sean directas o indirectas del hecho.

En este sentido, cabe recordar también los lineamientos emanados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Bazán, donde se reconoció la necesidad de que los habitantes de esta Ciudad —en razón de su autonomía— puedan someter sus conflictos a conocimiento de las autoridades judiciales locales, en razón de su competencia. Así señaló que "A diferencia de lo que ocurre en el resto del país, los habitantes de la ciudad de Buenos Aires no son juzgados ni someten sus pleitos a una justicia propia que —en la medida de su competencia— resuelva las controversias de acuerdo a los procedimientos que su legislación ya prevé y se encuentre sujeta al control político de su legislatura".

En ese contexto, cabe recordar "Se ha advertido que la sustracción al conocimiento del poder judicial porteño de estas cuestiones configura así un supuesto que "roza el derecho de igualdad de todos los justiciables ante la jurisdicción judicial" (17).

Esta circunstancia debe tenerse en especial consideración en este caso dado que el imputado se encuentra privado de su libertad bajo prisión preventiva, por lo que cualquier retardo se torna especialmente grave.

Por otra parte, en esa dirección es oportuno traer a colación la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos —Ley N° 27.372— a través de la cual se garantiza en el artículo 3 el derecho de las personas víctimas a una participación judicial integral, respetuosa de sus garantías fundamentales. Mientras que el artículo 4 de dicha norma prevé que tal inclusión sea bajo los principios sobre los que se fundamenta mi postura: a) una rápida intervención; b) un enfoque diferencial y c) evitando una revictimización.

En consonancia, en el ámbito local, la Ley de Protección de Personas Víctimas o Testigos de Delitos —Ley N° 6115—, recepta idénticos principios

y establece en su artículo 2: "Establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las personas que hubieran sido víctimas o testigos de delito, así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar delitos y lograr la reparación de los derechos conculcados, garantizando la seguridad de los sujetos protegidos".

Bajo ese análisis, y siempre en miras a garantizar los fundamentos de economía procesal reseñados, la competencia local debe basarse también en el principio de prelación temporal "...Surgido de la costumbre de los molinos romanos que aplicaban la regla "qui primus venerit, primus molet" (quien llega primero, muele primero), se transformó luego, con el correr de los siglos, en un regla general, la regla Prius in tempore, potior in iure..." (18), a través del cual se le da prevalencia a quien realizó un acto con eficacia jurídica de manera primigenia.

I.d.- Aplicación de tales principios al presente caso.

En el presente caso, es evidente que la jurisdicción local ha sido quien ha intervenido de forma primigenia, tal como surge del sumario policial (N° 1018/2022 de la Comisaría Comuna Vecinal 14C), en el cual en fecha 2 de enero de 2022 alrededor de las 12:00 horas, el Inspector Pablo Adrián González (LP 1764) se comunicó telefónicamente con la Dra. Natalia Pla, Auxiliar Fiscal a cargo de la Fiscalía de Cámara PCyF Unidad Norte, oportunidad en la que, la funcionaria, siendo anoticiada de los pormenores del caso y con anuencia de S.Sa. ordenó entre otras medidas, tomar conocimiento del hecho e iniciar actuaciones sumariales por la figura de lesiones culposas previstas en el art. 94 CP. Además, tal como surge del expediente electrónico, la causa fue puesta en conocimiento de la Dra. Larocca, Jueza a cargo del Juzgado PCyF N° 12, el 4 de enero de 2022 a través del pedido de audiencia de prisión preventiva formulado por la representante del MPF.

Por ende, de la compulsa de las actuaciones se desprende claramente que han sido distintas funcionarias de este fuero las que han intervenido primeramente en este expediente, ejerciendo distintos actos jurídicos centrales en relación con la investigación de los hechos.

En efecto, del sumario policial surge que la Sra. Fiscal dispuso posteriormente al conocimiento de los hechos que, personal policial concurriese a los distintos nosocomios intervinientes para conocer de forma inmediata el estado de salud de los damnificados y mantenerse al tanto de su evolución; solicitó la presencia de peritos viales en el lugar; el secuestro de los elementos involucrados; realizar comisión por cámaras y testigos, como también croquis y vistas fotográficas del lugar; realizar la transcripción de las llamadas al Departamento de Emergencias Policiales 911; la recepción de una amplia declaración testimonial de los damnificados en la medida que su estado de salud lo permitiese, del personal policial y de los acompañantes del vehículo imputado y que se encontraban en el lugar del hecho; el secuestro del vehículo automotor en el que fuera hallado el imputado O. G. y la oportuna detención del nombrado y de quienes lo acompañaban, respecto de quienes dispuso la formación de sumario por infracción a los arts. 277 (encubrimiento) y 108 (omisión de auxilio) del CP.

Asimismo, es necesario resaltar que los sucesos que dieron origen a la presente causa fueron los de lesiones, cuya competencia primaria es de esta jurisdicción en atención a la Ley N° 26.702 que en el inciso "a)" dispuso la transferencia del delito de "Lesiones (artículos 89 al 94, Cód. Penal)". En base a esta tipificación de la conducta llevada a cabo por el Sr. O. G. es que se dio inicio a las presentes actuaciones, tal como surge del sumario policial 1018/2022, tal como se mencionara anteriormente.

Surge de la intervención temprana y primigenia, que en virtud del accionar del imputado, se habrían producido lesiones hacia L. B. C., M. R. de R., J. H. R., C. U. D. y a M. C. B. —todos ellos ciclistas—, mientras que esta última falleció posteriormente en el Hospital Fernández. En tal dirección, la Auxiliar Fiscal caratuló como lesiones en relación con las primeras personas nombradas mientras que, en lo relativo a la Sra. M. C. B., encuadró el accionar delictivo bajo la figura de homicidio por dolo eventual receptado en el artículo 79 del CP. Además, consideró que a los restantes imputados, Sres. F. E. E., L. E. V. y P. D. V., les correspondía la calificación de encubrimiento, de conformidad con el artículo 277 del CP.

En ese sentido, es oportuno resaltar que la causa tuvo su inicio en virtud de una única conducta —unidad de acción— susceptible de ser subsumida en la figura de lesiones, cuyas víctimas serían cin-

co, mientras que a la postre se produjo el deceso de una de ellas.

De esta manera, surge manifiesto que el caso tuvo su génesis en orden a uno de los delitos cuya competencia se encuentra transferida a la Justicia Local, mientras que el desenlace mortal de una de las damnificadas, podría configurar, *prima facie*, el delito de homicidio doloso o bien, la figura de homicidio imprudente en los términos de los artículos 79 y 84 bis del CP, respectivamente, más allá de la calificación que en definitiva podría adoptarse conforme el curso investigativo.

Por otra parte, sumado a ello, se desprende de la lectura del sumario la posible existencia del delito de abandono de personas que podría achacarse a los imputados en virtud de su conducta posterior al suceso, siendo también ese delito propio de la jurisdicción de la CABA.

Entonces, es claro que la competencia primaria de las calificaciones jurídicas otorgadas a las conductas que habría cometido el Sr. O. y los demás posibles imputados resultan ser propias de la jurisdicción local.

En este punto, resulta pertinente recordar el precepto sobre unidad de acción antes referido que, impide la escisión de los efectos jurídicos de una única conducta, máxime cuando se aborda la cuestión desde una óptica pragmática en la que debe primar, como este caso, la jurisdicción que intervino en primer lugar por la totalidad de los posibles sucesos y sus consecuencias jurídicas.

En tal dirección, el Profesor Rusconi explica que "...el concepto de acción delimita en forma elocuente el ámbito dentro del cual se moviliza legítimamente el derecho penal. Como unidad conceptual nos marca el requisito mínimo de legitimación: no se juzgan situaciones, estados, condiciones, sucesos naturales, o cualquier característica que no represente un comportamiento de un ser humano" (19).

Tal es así que la escisión estricta a jurisdicciones cuya materia es similar implicaría un desdoblamiento de múltiples causas penales en claro detrimento de las garantías judiciales, tanto de las personas acusadas, como de quienes hayan sido víctimas directas e indirectas del delito. En este sentido, se debe procurar que las decisiones que se adopten no pierdan de vista los derechos de la presunta víctima, por lo que considero que someterla a diferentes jurisdicciones implicaría no solo una revictimización, sino también una sobreexposición innecesaria. En igual sentido, es pertinente establecer una única jurisdicción a la hora de proteger las garantías fundamentales de la persona perseguida penalmente.

Es tal la relevancia de esta tesis en pos de evitar la escisión de causas penales, que fue adoptada por el Dr. Maier en la propuesta de su Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica en el cual en los artículos 11 a 13 estableció que deberá ser un único tribunal el que entienda en causas de delitos de acción pública —como los que aquí se imputan— y primará la conexión en casos, como el presente, donde el resultado se produjo simultáneamente por la acción del sujeto activo (20).

Esta solución es pertinente por razones de economía procesal y con el objeto de garantizar una mejor administración de justicia, tal ha sido el estándar dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al dirimir un conflicto de competencia, en base a los fundamentos del señor Procurador Fiscal, quien había sostenido que, en virtud de la inescindible unidad contextual que presentaban los hechos, resultaba conveniente, desde el punto de vista de una mejor administración de justicia, que la investigación quedará a cargo de un tribunal determinado (21).

Es que frente a estos supuestos, donde los presuntos delitos presentan una interconexión fáctica definida, por suceder dentro de un mismo espacio-temporal, es pertinente que un solo tribunal intervenga a los fines de evitar las posibles consecuencias negativas que se produzcan ante el desdoblamiento de procesos penales. De lo contrario, se podría ver afectada la eficaz administración de justicia, así como las garantías procesales de quienes sean perseguidos penalmente, tal como ya fuera reseñado.

Además, del análisis holístico de las actuaciones acompañadas se evidencia una pertinente y elevada actividad por parte del Ministerio Público Fiscal local en lo relativo a los avances en la pesquisa para esclarecer los hechos. En ese sentido, se destaca la confección de un croquis sobre la dinámica del suceso, la recepción de testimonios de transeúntes que presenciaron lo que pasó y la actitud posterior del imputado, el informe pericial toxicológico número 4/22 que evidenció la presencia de estupefacientes en sangre, el peritaje N° 3/22 realizado por el Insp. Oscar Morales de Ingeniería Vial

de cuyas conclusiones puede inferirse la conducción temeraria, la requisitoria de los antecedentes criminales de los imputados, las transcripciones de los llamados al 911, la toma de fotografías del lugar del hecho y la determinación de las velocidades máximas de la Avenida Figueroa Alcorta, los inventarios de las bicicletas embestidas, la confección de informes médicos y socio ambientales de las personas acusadas, entre otros.

Como si no fuera suficiente, también ha sido vasta la intervención judicial a través de la cual la Dra. Larocca, Jueza a cargo del Juzgado PCyF N° 12, tomó conocimiento de la totalidad de las actuaciones, presidió la audiencia de prisión preventiva y dispuso tal medida luego de conocer los pormenores de la causa.

En conclusión, se evidencia una elevada participación de funcionarios locales que no se vieron impedidos de tales acciones, inclusive cuando ya la calificación provisoria había sido encuadrada en la de homicidio. Por ende, cualquier cambio de jurisdicción implicaría un retardo innecesario en el que un distinto representante del MPF o un juez de instrucción deberán tomar un conocimiento acabado de un expediente de elevada complejidad, el cual ya ha sido realizado por las autoridades locales competentes.

De este modo, toda vez que el caso que nos ocupa se inició ante el fuero local, en orden al delito de lesiones culposas —figura transferida a la justicia de esta ciudad conforme Ley 26.702 y su anexo y aceptación por la ley local N° 5935—, donde se registraron cinco víctimas, mientras que recién a posteriori, se verificó el fallecimiento de una de ellas, es que debe ser el fuero local quien entienda en este expediente. Además, no debo dejar de advertir que también se vislumbró de forma inicial la figura de abandono de personas, que ha sido transferida a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual no debe ser descartada, al menos, en esta etapa del proceso.

En este punto, es vital abordar ciertos aspectos de imputación objetiva que permitirán reforzar las argumentaciones vertidas desde una exégesis dogmática. Tal como explica el Profesor De Jesús la imputación objetiva constituye un elemento normativo del tipo y se encuentra implícita en las figuras típicas receptadas en el código de fondo y su análisis se ejerce tanto sobre la conducta como el resultado (22).

Sintéticamente, el Dr. Nardiello ha expuesto que "la constatación entre tal relación de acción y resultado (cuando se requiera) será el requisito previo para indagar si de tal relación de acontecimiento puede generarse una responsabilidad penal. El siguiente paso será comprobar que un proceder es imputable a su autor como productor de un resultado" (23).

Por ende, en el presente caso, se cuenta con un resultado lesivo determinado así como una conducta prohibida cometida por el Sr. O. G. y, presumiblemente, un nexo causal entre uno y otro, todo lo que sería penalmente reprochable al nombrado.

En ese sentido, no puedo dejar de soslayar que la declaración de incompetencia dictada por la Dra. Larocca, así como el pedido de la Auxiliar Fiscal, luce prematura al haberse dispuesto sin contar con la autopsia realizada por el Cuerpo Médico Forense que pueda determinar científicamente el nexo causal entre el accionar delictivo y el resultado muerte.

En tal inteligencia, entiendo que la resolución fue apresurada, al tomar la decisión sin contar con una prueba fundamental y que estaba pendiente de producción. Esta circunstancia podrá brindar un elemento central para dar por concluido el análisis de la imputación objetiva y poder determinar, con el grado de certeza requerido para esta etapa, todos los extremos atribuibles al Sr. O. G.

Por lo expuesto, considero que la declaración de incompetencia en razón de la materia efectuada por la Magistrada de grado a pedido de la Auxiliar Fiscal no luce acertada.

En consecuencia, en función a los argumentos vertidos y, habida cuenta la opinión expuesta por la *a quo* en relación con la declaración de incompetencia del fuero local, considero que por una cuestión de oportunidad, mérito y conveniencia, corresponderá disponer el apartamiento de la titular del Juzgado del fuero N° 12, solicitándose a la Secretaría General de Cámara que, a través de los procedimientos pertinentes, se desinsacule un nuevo Juzgado para intervenir en el presentes caso y a los fines de que su titular oficie de manera urgente a su par del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 23 de la Capital Federal, requiriéndole que se inhiba en el conocimiento de la causa y remita la totalidad del expediente para que continúe su trámite en el fuero de origen, es decir, el local.

Tercera cuestión.

Sobre el fondo de la resolución recurrida.

Agravios

Ahora bien, habiéndome pronunciado acerca de la admisibilidad formal del recurso de apelación incoado, así como sobre la competencia del fuero local para intervenir en autos, corresponde mencionar en este punto que el remedio procesal bajo examen se dirige contra la resolución que ordenó la prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público Fiscal.

Puntualmente, la defensa entendió que el decisorio resultaba arbitrario al afirmar que la jueza de grado omitió tratar las cuestiones relativas a la morigeración de la prisión preventiva, al no analizar otras opciones distintas a la prisión al referir que "los argumentos esgrimidos por VS no son bastos como para también negarle una morigeración de prisión, sobre todo con el argumento de entorpecimiento de la investigación."

A su vez, la Dra. Rigueiro manifestó que se encontraba acreditado el arraigo de su defendido por lo que no habría peligro de fuga y que la prisión preventiva implicaba una condena anticipada impuesta en un momento inoportuno y desajustada con los fines del proceso.

a) Acerca de los presupuestos en materia de prisión preventiva.

Previo a resolver, corresponde recordar que el ordenamiento ritual local le confiere al magistrado la facultad de limitar la libertad ambulatoria del imputado excepcionalmente cuando: a) se lo haya intimado del hecho que se le atribuye; b) se hubiera probado, provisoriamente, la materialidad del hecho y la responsabilidad que por él le cabe al imputado, en calidad de autor o partícipe y c) si existiere peligro de fuga o de entorpecimiento del proceso —de conformidad con los artículos 180 y 184 del CPPCABA—.

Así pues, la normativa vigente —artículo 181 del CPPCABA— solo admite restringir la libertad ambulatoria por peligro de fuga "(...) cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, los antecedentes y circunstancias personales del/la imputado/a permitan sospechar fundadamente que intentará substraerse a las obligaciones procesales". Estas circunstancias deberán ser evaluadas conjuntamente para poder determinar la existencia o no del peligro de fuga. Específicamente remite a la consideración del arraigo, la pena en expectativa y la procedencia de la condena condicional, y el comportamiento del imputado durante este proceso u otro.

Por su parte, en cuanto al entorpecimiento de la investigación, el código de rito —artículo 182— establece que: "Se entenderá que existe riesgo de entorpecimiento del proceso cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, las características personales del/la imputado/a y el estado de la pesquisa, permitan sospechar fundadamente que la libertad del encausado pondrá en peligro la recolección de elementos probatorios, individualización y/o aprehensión de otros/as imputados/as o el normal desenvolvimiento del proceso".

En este entendimiento, debe primar el derecho a gozar de la libertad hasta que se dicte sentencia definitiva, acotando dicho derecho únicamente en casos que justifiquen tal medida al solo efecto de no facilitar la impunidad del imputado. Es decir, solo se podrá proceder del modo que solicita la acusadora pública cuando se presenten los casos previstos en los artículos 181 y 182 del CPPCABA, y ninguna otra medida restrictiva permita asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal o el no entorpecimiento de la investigación de su parte.

Es conocida la dicotomía que se da en nuestro campo de estudio respecto de la eficacia y las garantías. Eminentemente opuestos, uno de los extremos conceptuales brega por asegurar la aplicación de la ley penal, mientras que el otro lo hace en aras de que primen los derechos de los ciudadanos. Es claro para cualquier operador jurídico el enfrentamiento dialéctico que se da entre uno y otro, que constantemente intentan invadir la zona de acción de su contraparte para reducirlo, y que a su vez, necesitan de la existencia del otro para significar su propia entidad.

Ahora bien, en el campo de ese enfrentamiento conceptual, las medidas de coerción implican la dispensa de un derecho en pos de determinados aseguramientos, bien del proceso en sí, o de elementos probatorios.

En sentido análogo, traigo a colación por la claridad de la prosa, a saber: "En la esfera del proceso penal, como es sabido se representa un cuadro de tensión permanente entre la actuación del poder

penal del Estado, tendiente a averiguar la verdad para asegurar la aplicación de la ley y su deber de garantizar el respeto a la dignidad del imputado y la plena vigencia de sus derechos fundamentales" (24).

Es por tal motivo, que se trata de vías estrechas —las medidas de coerción—, que deben estar específicamente determinadas y con estrictos requisitos: la necesidad de una ley que permite su realización, la competencia del órgano que la dicta, como así también, un marco de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida (25).

b) Acerca de la materialidad de los hechos.

Ahora bien, aplicando los lineamientos hasta aquí mencionados, adelanto que habré de inclinarme por confirmar el pronunciamiento adoptado por la Magistrada de grado, por considerar de oportuna aplicación la medida de coerción solicitada por la Fiscal.

En cuanto al hecho imputado, de lo referido en la audiencia por la representante del MPF, surge que se le atribuyó al Sr. O. G. el hecho presuntamente ocurrido el día 2 de enero del 2022, alrededor de las 08:30 horas, momento en el que el imputado se encontraría circulando por la Avenida Figueroa Alcorta con dirección norte de CABA a bordo de un automóvil marca Ford, modelo Focus, color rojo con dominio colocado ..., de manera temeraria ya que lo hacía a mayor velocidad que la permitida —70 (Km/H), según el peritaje confeccionado por el Insp. Oscar Morales de Ingeniería Vial cuando la velocidad máxima reglamentaria en esa dirección es de 60 (Km/H)— y bajo el efecto de sustancias estupefacientes —cannabis sativa—. Luego, al llegar al 5300 de esa avenida y en esas circunstancias le habría sido indiferente para así cruzarse de carril, atravesar la vereda, romper las defensas que protegen la bicisenda y, sin frenar en ningún momento, haber embestido a L. B. C., M. R. de R., J. H. R., C. U. D. —todo ellos ciclistas— produciéndoles lesiones graves. Además, al embestirla, habría provocado posteriormente la muerte de M. C. B. en el Hospital Fernández.

Respecto de su verosimilitud, entiendo que se ha alcanzado el grado de probabilidad propio de la etapa procesal en que nos encontramos, puesto que de los elementos probatorios aportados a la causa, se puede presumir, al menos en principio, que habría existido el suceso fáctico en los términos imputados por la Fiscalía actuante.

Dicha acusación se edifica sobre la prueba incorporada, consistente en las grabaciones aportadas por ocasionales transeúntes al momento del suceso, el video reproducido en la audiencia de prisión preventiva en el cual se observa el automóvil en cuestión circulando por la Avenida Figueroa Alcorta y el instante del hecho de forma lejana. Además, se contó con los testimonios de los Sres. H. S. y J. F., quienes habrían presenciado el hecho y dieron aviso al 911, así como con las declaraciones testimoniales de P. A. y C. G. —acompañantes del vehículo conducido por el imputado— quienes brindaron detalles previos al hecho, así como del momento posterior.

En estos términos, del cuadro probatorio apuntado, se puede concluir que corresponde tener por acreditado, con el grado de provisoriedad requerido en esta etapa procesal, tanto el aspecto objetivo como subjetivo de la materialidad de los hechos, al exponer las testigos mencionadas en último término, los detalles del consumo de sustancias durante la noche previa por parte del Sr. O. G. y de la actitud posterior asumida por el acusado al preguntarle a la testigo P. si la persona en el lugar se encontraba muerta, a lo que esta le respondió que sí.

A mayor abundamiento, la verosimilitud del hecho se complementa con el informe pericial toxicológico número 4/22 practicado sobre el imputado que da cuenta de la presencia de estupefacientes en sangre y del peritaje número 3/22 realizado por el Inspector Oscar Morales, especialista en Ingeniería Vial, que concluyó sobre la conducción temeraria por parte del Sr. O. G., que se trasladaba con exceso de velocidad por la Avenida Figueroa Alcorta.

En orden a la calificación jurídica, la fiscalía encuadra la conducta como constitutiva del delito de homicidio con dolo eventual en concurso ideal con el delito de lesiones graves, receptados en los artículos 79 y 94 bis del CP, respectivamente.

Este encuadre normativo no fue atacado por parte de la defensa, a pesar de mostrar cierta discrepancia y entender que debería ser calificado todo bajo el artículo 84 bis del CP, por lo que se estará al marco provisorio estipulado tanto por la Fiscal como por la jueza de grado.

Todos estos elementos me permiten corroborar *prima facie* la materialidad del hecho por el cual se intimó al imputado, con el grado de certeza propio

de esta etapa procesal, tal como manifesté anteriormente.

c) Acerca de los riesgos procesales.

En este punto, adelanto que la fundamentación subsiguiente da cuenta de mi postura en torno a la existencia en el caso de los riesgos procesales de peligro de fuga y de entorpecimiento del proceso.

En este sentido, la Jueza de grado consideró principalmente la circunstancia prevista en el artículo 181 inciso 2 del CPPCABA que establece como criterio para determinar la existencia de peligro de fuga: "...La magnitud de la pena que podría llegarse a imponer en el caso. Se tendrá en cuenta especialmente la escala penal correspondiente al delito o concurso de delitos atribuidos que tuviese una pena máxima superior a los ocho (8) años de privación de libertad y se estimase fundadamente que en caso de condena no procedería la condena condicional", a la vez que ponderó la huida del lugar del hecho por parte del imputado.

En efecto, la *a quo* refirió que esta última circunstancia le permitió considerarla como un indicio de que, de recuperar la libertad, el Sr. O. G. no cumpliría los compromisos procesales. Además, puntualizó sobre la magnitud de la pena en expectativa atendiendo a los antecedentes que registra el nombrado, lo cual la convenció de que en caso de que el imputado recuperase su libertad, intentaría eludir la acción de la justicia.

Sin perjuicio de que la jueza no consideró de incidencia alguna la cuestión de que el imputado primeramente brindara un domicilio ... al ..., localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, en el cual no vive desde hace más de tres meses, tal como expuso la Sra. Mariela Molina, lo cierto es que el arraigo del acusado no ha sido efectivamente probado. En este punto, coincido con la fiscal y la querella, en que brindar un primer domicilio ficticio y luego proveer uno ubicado en la calle ..., Localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, es un indicio que debe tenerse en cuenta dentro del marco que permite, al menos, echar un manto de duda sobre el arraigo.

Al margen de ello, fue la magnitud de la pena en expectativa lo que convenció a la Jueza de disponer la prisión preventiva del Sr. O. G., sobre la cual se debe destacar que, provisoriamente, la calificación más gravosa fue encuadrada en el artículo 79 del CP. Este artículo establece que: "Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena."

En tal inteligencia, sería prematuro descartar tal calificación que imposibilitará la imposición de una pena en suspenso y que, además, el mínimo supera los ocho años y que una posible pena futura, de ser encontrado culpable, deberá meritar una serie de conductas agravantes que ya fueron expuestas, tales como la multiplicidad de víctimas o el accionar posterior al hecho por parte del Sr. O. G.

Sin embargo, la Dra. Larocca analizó complementariamente la clasificación propuesta por la defensa como infracción al artículo 84 bis del Código de fondo y arribó a idéntica conclusión.

En esa dirección, el citado artículo establece que: "Será reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte. La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieren las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales".

Entonces, es relevante destacar que, por lo hasta aquí acreditado del caso, la pena sería sobre la versión agravada dada la fuga del conductor, quien se habría transportado bajo los efectos de estupefacientes y por culpa temeraria. Tal como expuso la Dra. Larocca y como mencioné previamente, esto alejaría del mínimo la pena a imponer e igualmente, de imponerse el mínimo, sería de efectivo cumplimiento dado las condenas que posee el acusado. Inclusive al realizar esta exégesis totalmente

favorable al imputado se puede concluir en una pauta objetiva que representa un indicio serio de peligro de fuga.

En el caso, la Jueza valoró que atento a los numerosos antecedentes del nombrado, en caso de recaer condena en este expediente, la pena sería de efectivo cumplimiento, puesto que no se presentan las exigencias legales para que sea dejada en suspenso conforme los artículos 26 y 27 del CP.

En efecto, el encausado registra antecedentes que tornarían en improcedente la suspensión de la ejecución de la pena, conforme fue certificado y expuesto en la audiencia de prisión preventiva. De allí surge que, en octubre del año 2010, el imputado fue condenado a la pena de seis años y nueve meses de prisión y que, con fecha 18/09/2019, el Tribunal Oral Criminal N° 6 de Lomas de Zamora lo condenó a la pena de un año de prisión, que unificó con una condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 4 de La Matanza, imponiéndole la pena única de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento y declarándolo reincidente.

Por ende, en el presente caso y con relación al imputado, no solo no podría adoptarse la modalidad de ejecución de la pena que prevé el artículo 27 del CP, sino que además se debería mantener la declaración de reincidencia del nombrado.

Por tal motivo, y sin perjuicio de que hipotéticamente pueda recaer respecto del nombrado la calificación legal más beneficiosa sobre el resultado más gravoso y que la escala penal de ese tipo no alcance los ocho años de pena privativa de la libertad, en este caso concreto la pena en expectativa que pudiera corresponderle por los hechos que le fueran enrostrados, efectivamente se presenta como un elemento contundente para sostener que el nombrado no comparecerá voluntariamente al proceso.

En función de lo hasta aquí desarrollado, entiendo que la defensa no ha logrado demostrar el error de la judicante, pues no puede presumirse que efectivamente en este caso el Sr. O. G. no intentará evadir el proceso, máxime cuando la pena en expectativa sería de efectivo cumplimiento, siendo que el dictado de la medida en cuestión es la que mejor se adecua a las circunstancias del caso y es la que mejor asegurará el acatamiento del imputado.

Por lo demás, resulta relevante en este aspecto observar la conducta posterior del imputado quien, carente de empatía alguna con las múltiples víctimas que habría embestido, tuvo la templanza para tomar sus pertenencias y retirarse del lugar.

En este sentido, la *a quo* consideró de manera integral las constancias de la causa, valorando la conducta del Sr. O. G. y la pena en expectativa, para concluir que en el caso se presenta el peligro de fuga suficiente para dictar la medida cuestionada por la defensa, de conformidad con el artículo 181 del CPPCABA.

Lo expuesto no supone considerar a la medida de coerción en trato como una pena anticipada, sino que, lejos de ello, se trata de demostrar la presencia de uno de los requisitos que el legislador previó como presunción de peligro de fuga, cuya constitucionalidad no fue aquí criticada.

Aunado a lo hasta aquí desarrollado y, adentrándome ahora en el riesgo de entorpecimiento del proceso previsto en el artículo 182 del CPPCABA, cabe señalar que entiendo que el estado embrionario del caso demuestra que restan abundantes pruebas por recabar y producir. Si bien se practicaron distintos peritajes e informes y, tal como anteriormente se remarcara, el avance de la pesquisa en el fuero local aparece como apto como para la atribución de competencia de la justicia de la Ciudad, lo cierto es que la investigación se encuentra en su génesis y debe avanzar para evitarse que el imputado pueda frustrar el normal desarrollo de la justicia eludiéndola, tal como ya hiciera al escapar del lugar de los hechos sin brindar asistencia alguna a las víctimas.

Además, no se ha recolectado aún la declaración de todos los testigos presenciales del hecho ni de las distintas personas damnificadas que sufrieron lesiones, por lo que, atento a la gravedad de los sucesos, debería evitarse que el acusado pueda interferir o alterar el testimonio de alguno de ellos.

Finalmente, y tal como ya fue acreditado, es posible presumir que el imputado no cumplirá con los compromisos procesales, dado que al tener la oportunidad de ayudar o escaparse del lugar de los hechos, el Sr. O. G. —con conocimiento de lo que había producido—, decidió huir en el vehículo marca Jeep que habría pasado a buscarlo por el lugar.

Por lo expuesto, entiendo que se encuentran corroboradas en autos las circunstancias previstas por los artículos 181, incisos 1, 2 y 3 y 182 del CPPCABA, es decir, tengo por configurado —al igual que la *a quo*—, los dos riesgos procesales que tornan posible la implementación de medidas de coerción, tales como las que se encuentran bajo análisis.

Por lo demás, coincido con el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Esteban Righi, en cuanto a la estricta necesidad de la medida. Asimismo, en cuanto al requisito de proporcionalidad, podemos afirmar que la decisión no aparece desproporcionada per se, y por lo tanto, tampoco considero pertinente la aplicación de medidas alternativas, tal como insistió la defensa.

En honor a la brevedad y para evitar la repetición innecesaria de argumentaciones, considero que los argumentos expuestos a la multiplicidad de condenas, la pena en expectativa, el accionar posterior a la comisión del hecho, la provisión de un domicilio falso en el que no vive hace más de tres meses me hacen descartar de plano cualquier medida morigeradora de la prisión.

En el artículo citado al comienzo, el Dr. Bruzzone ejemplifica medidas de coerción desproporcionadas remitiéndose al caso en que se dicta una prisión preventiva para un delito con pena de multa (26). Pues bien, si se tiene en cuenta que aquí se investiga un delito con pena de prisión y se aduna la circunstancia de que nuestro proceso penal local, de corte acusatorio, cuenta con un dinamismo que redunda en una deseable celeridad de los procedimientos, podemos concluir que no se trata de una medida que se encuentre fuera de proporción.

d) Acerca de la arbitrariedad de la decisión.

Finalmente, en lo que atañe a este planteo y tal como he expresado en reiteradas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, de manera uniforme, que la denuncia por arbitrariedad, por su carácter excepcional y restringido, exige un apartamiento inequívoco de las normas que gobiernan el caso o una decisiva carencia de fundamentos (Fallos: 276:132, 295:140, 278, 538, 323:2879, entre otros).

En virtud del estándar expresado precedentemente y de conformidad con la reseña de los argumentos desarrollados por la Sra. Magistrada de grado a lo largo de su decisión, no puedo sino señalar que no se advierte que nos encontremos ante ninguna de las situaciones destacadas por el tribunal cimero. Por el contrario, considero que la decisión adoptada por la *a quo* es el resultado de un procedimiento argumentativo acabado y basado en la normativa aplicable al caso.

Por lo tanto, entiendo que la denuncia por arbitrariedad por la parte recurrente no es más que un desacuerdo con la solución a la que arribó la Jueza de grado, sobre la cual ha expuesto afirmaciones genéricas que no se encuentran sustentadas en normativa aplicable en claro intento de mejorar la situación procesal de su asistido, sin conseguirlo.

De acuerdo con el plexo argumental desarrollado, y dicho todo cuanto he considerado necesario, corresponde y así propongo al acuerdo: I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa particular del imputado J. C. O. G. II.- Revocar la decisión adoptada por la Sra. Magistrada de grado en el aparado II) de la resolución dictada el día 5 de enero pasado y, en consecuencia, declarar la competencia del fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas para la intervención en las presentes actuaciones. III.- Confirmar el apartado I) de la decisión adoptada por la titular del Juzgado del fuero N° 12 el 5 de enero pasado, en cuanto resolvió "Hacer lugar a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, en consecuencia, Disponer la Prisión preventiva del imputado J. C. O. G. (DNI N° ...), en este caso registrado bajo el N° 221/2022-0, hasta la celebración del juicio oral y público o hasta el cese de los motivos que justifican la imposición del encierro cautelar...". IV.- Apartar a la Dra. Patricia Ana Larocca del conocimiento de las presentes actuaciones de conformidad con los lineamientos expuestos en los considerandos y, en consecuencia, solicitar a la Secretaría General de Cámara se proceda a desinsacular un nuevo juzgado para la intervención en autos, a los fines de que su titular oficie de manera urgente a su par del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 23 de la Capital Federal (conf. Actuación N° 25.632/2022 del presente incidente), requiriéndole que se inhiba en el conocimiento de la causa y remita la totalidad del expediente para que continúe su trámite en el fuero local. V.- Tener presente las reservas efectuadas por la impugnante.

Tal es mi voto.

Los doctores *Vázquez* y *Sáez Capel* dijeron:

Por coincidir en términos generales con los argumentos expuestos por nuestro distinguido colega preopinante, el doctor *Franza*, y sin perjuicio

de la calificación que, en definitiva, recaiga en las presentes, adherimos en lo sustancial a la solución que propone en su voto.

El doctor *Vázquez* dijo:

En primer término, he de poner de manifiesto que coincido con los argumentos esbozados por el doctor *Franza* en su voto, en lo atinente a que, en asuntos de competencia, la voluntad de las partes no puede predominar por sobre una cuestión de orden público.

En esa línea, resulta inconveniente la metodología de requerir anticipadamente el consentimiento de las partes para una decisión todavía no adoptada, como así también la de materializar la declinación de competencia sin esperar que esta Alzada se expida, provocando el riesgo del eventual dictado de resoluciones contrapuestas con aquello que pudiera resolver el juez del fuero transicional a quien se le remitiera el proceso.

A su vez, y en la misma línea, también comparto lo afirmado por mi colega preopinante en lo relativo a la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —dispuesta por el artículo 129 de la CN, así como por los artículos 6 y 7 de la Constitución de la Ciudad—; a las consideraciones realizadas, tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como por el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad, en la abundante jurisprudencia reseñada por el distinguido vocal preopinante; y a que, en definitiva, corresponde que sea este fuero en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas por ante el cual continúe tramitando el proceso.

Sin embargo, difiero parcialmente en lo atinente a los motivos que cimentaron esa decisión, en la medida en que, a mi entender, no es la circunstancia de que el suceso primario que originó la intervención de los tribunales locales resulte ser uno de los delitos que ya fueron transferidos a la órbita jurisdiccional de la Ciudad lo que justifica que sea este fuero el que siga interviniendo en la presente investigación, sino el hecho de que los únicos jueces naturales y constitucionales para entender en los delitos ordinarios que se produzcan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son los magistrados elegidos por el pueblo de esta Ciudad a través de sus instituciones, ergo el Consejo de la Magistratura y la Legislatura local, y ello de ningún modo se ve modificado por la demora de la transferencia plena del tratamiento de todos los delitos ordinarios a la justicia de la Ciudad.

En ese sentido, me he pronunciado en numerosas oportunidades, y en la Sala que originariamente integro, respecto de que no existen cuestiones de competencia —ni en razón de la materia, ni del territorio— entre el fuero local y los tribunales no federales de la Ciudad sino, en todo caso, razones institucionales que demoran la transferencia plena del tratamiento de todos los delitos ordinarios a la justicia de la Ciudad, cuya secuela será la disolución definitiva del fuero criminal y correccional (en honor a la brevedad, me remito a lo manifestado en Sala III, Causa N° 23.078/2019-0 "Incidente de apelación en autos: Hinojosa, Gustavo s/ art. 89 y 149 bis CP", rta. 13/08/2019; Sala I, Causa N° 24508/2019-0 "Jiménez, Ezequiel E. s/ 292 1° parr. - Falsificación de documento público y privado" rta. el 29/08/2019, entre muchas otras).

En esta tesitura, cabe reiterar que la competencia material de la Ciudad de Buenos Aires para juzgar delitos, es propia por mandato constitucional —conforme los arts. 129 de la CN y 6 de la Constitución de la Ciudad—, por lo que no luce acertado renunciarla automáticamente en favor de una justicia que, irrevocablemente, está destinada a desaparecer. Y, en efecto, tal ha sido la postura, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como del Tribunal Superior de Justicia, en la vasta jurisprudencia reseñada en el voto del doctor *Franza*.

En consecuencia, y en virtud de lo expuesto, no encuentro escollos constitucionales, institucionales o administrativos, que me impidan afirmar que el trámite de las actuaciones —independientemente de que el hecho que aquí se investiga constituya, o no, un homicidio; de cuál fue el fuero que previno, o bien, de qué calificación fue la primigenia— debe continuar en el fuero local. Por lo demás, este criterio no solo es conteste con el principio de autonomía jurisdiccional que como autoridades constituidas tenemos el deber de preservar —por imperio del art. 6 de la Constitución local—, sino también, y en virtud del sistema acusatorio que rige en la Ciudad de Buenos Aires, con las garantías del justiciable.

En consecuencia, el Tribunal por unanimidad resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa particular del imputado J. C. O. II. Revocar la decisión adoptada por la Sra. Magistrada de grado en el aparado II) de la resolución dictada el día 5 de enero pasado y, en consecuencia, Declarar la competencia del fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas para la intervención en las presentes actuaciones. III. Confir-

mar el apartado I) de la decisión adoptada por la titular del Juzgado del fuero N° 12 el 5 de enero pasado, en cuanto resolvió "Hacer lugar a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, en consecuencia, Disponer la Prisión preventiva del imputado J. C. O. G. (DNI N° ...), en este caso registrado bajo el N° 221/2022-0, hasta la celebración del juicio oral y público o hasta el cese de los motivos que justifican la imposición del encierro cautelar...". IV. Apartar a la Dra. Patricia Ana Larocca del conocimiento de las presentes actuaciones de conformidad con los lineamientos expuestos en los considerandos y, en consecuencia, solicitar a la Secretaría General de Cámara que proceda a desinsacular un nuevo juzgado para la intervención en autos, a los fines de que su titular oficie de manera urgente a su par del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 23 de la Capital Federal (conf. Actuación N° 25632/2022 del presente incidente), requiriéndole que se inhiba en el conocimiento de la causa y remita la totalidad del expediente para que continúe su trámite en el fuero local. V. Tener presente las reservas efectuadas por la impugnante. Regístrese, notifíquese por medios electrónicos y remítase, de igual modo, a la Secretaría General de esta Alzada, a fin de que desinsacule el Juzgado que deberá intervenir en las presentes. — *Jorge A. Franza.* — *Marcelo Vázquez.* — *José Sáez Capel.*

(1) Bobbio, Norberto, "Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política". Red Federal de Formación Docente. Ministerio de Cultura y Educación de la Nación Presidencia de la Nación", 1998, ps. 127/128.

(2) Sabsay, Daniel Alberto, "Principios fundamentales para la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Constitución Porteña", artículo en: Basterra, Marcela I. "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada", Editorial Jusbaires, 2017, ps. 40/41, con cita a Loñ, Félix R. "Comentario liminar", en López Alfonsín, Marcelo A. "Constitución de la CABA comentada", Buenos Aires, Ed. Estudio, 1997, p. 32.

(3) Salvatelli, Ana, De Giovanni, Julio, quien extensamente trata el tema de los convenios de transferencia de competencia en "La ciudad autónoma necesita..." op. cit., p. 34 y en "Algunas reflexiones...", op. cit. p. 108; y tema analizado en la Introducción, en la sección titulada "Perspectivas actuales de la autonomía porteña", con remisión a ello.

(4) Maier, J. B., "Derecho Procesal Penal", T. II, Parte General, Sujetos Procesales, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003, primera edición, p. 526-527.

(5) Basterra, Marcela I., "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada", Editorial Jusbaires, 2017, ps. 1129/1130.

(6) Vázquez, Marcelo Pablo, "La competencia originaria de la CSJN, la Ciudad de Buenos Aires y una cuestión capital", LA LEY CABA-2011 (octubre), 481, TR. LA LEY AR/DOC/3705/2011.

(7) Vázquez, Marcelo Pablo: "Introducción: El Poder Judicial como medida de la Autonomía", artículo en: Basterra, Marcela I. "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada", Editorial Jusbaires, 2017, ps. 40/41, con cita a Loñ, Félix R. "Comentario liminar", en López Alfonsín, Marcelo A. "Constitución de la CABA comentada", Buenos Aires, Ed. Estudio, 1997, p. 1121.

(8) CSJN, Competencia CCC 7614/2015/CNC1-CA1 "Corrales, Guillermo G. y otros/ hábeas corpus", rto. 09/12/2015

(9) CSJN, CCC 3559/2015/16/5/1/RH8 "N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros", rto. el 20/09/2016.

(10) CSJN, Competencia CFP 9688/2015/1/CA1-CS1 José Mármol 824 (ocupantes de la finca) si incidente de incompetencia, rto. el 12/06/2018.

(11) Competencia CSJ 4652/2015/CS1 "Bazán, Fernando s/ amenazas", rto. el 04/04/2019.

(12) cf. TSJ en "Giordano", Expte. n° 16368/19, resolución del 25/10/2019.

(13) TSJ, N° 16836/2019-0, "Incidente de competencia en autos "Chabán, Oscar A. s/ infr. art. 149 bis, CP - coacción s/ conflicto de competencia I", rta. el 09/09/2020).

(14) Expte. N° TSJ 17539/2019-0 "Incidente de incompetencia en autos Quisbeth García, Ariel s/ 89 - Lesiones leves s/ Conflicto de competencia I", rto. 07/10/2020.

(15) CAPCyF, Sala II, Causa N° 5011/2020-1, caratulada "Incidente de apelación en autos "Navarro, Carlos y otros sobre 94 - lesiones culposas", voto Dr. Jorge Atilio Franza

(16) CorteIDH, Caso "Perrone y Preckel c. Argentina", Sentencia de 8 de octubre de 2019, Serie C N° 385; entre otros.

(17) CSJN, Competencia CSJ 4652/2015/CS1, Bazán, Fernando s/ amenazas, del voto mayoritario, rto. el 04/04/2019, con cita a: Bidart Campos, Germán, "Tratado Elementos de Derecho Constitucional", Ediar, T. III, p. 356.

(18) López Mesa, Marcelo "Acerca de los principios rectores de nuestro derecho civil", publicado en https://www.asesoria.gba.gov.ar/biblioteca/files/ 2017-11/4891-14-44-44-04.ACERCA_DE_LOS_PRINCIPIOS_RECTORES_DE_NUESTRO_DERECHO_CIVIL.pdf

(19) Rusconi, M. (2007) "Derecho Penal: Parte General", 1ª Ed., Buenos Aires: Ad Hoc, ISBN: 950-894-589-3, p. 171.

(20) Maier, Julio B. (1989) "Derecho Procesal Penal Argentino - Fundamentos. El Derecho procesal penal y su inserción en el orden jurídico", Buenos Aires: Hammurabi SRL.

(21) CSJN, Fallos: 295:114; 305:1105; 308:487 y Competencias N° 513, L. XXXVII *in re* "Di Rico, Vicente A. s/ defraudación", y N° 836 L. XLII *in re* "Valpreda, Omar s/ infracción tenencia de arma uso civil", competencias 309 —L.XLV— *in re* "Pérez, Karina s/ inf. art. 89 del CP"; 271 —L.XLV— *in re* "Sandra s/ inf. art. 149 CP" y 316 —L.XLV— *in re* "Bidone, Julio s/ lesiones y amenazas"; 816 —L. XLVI— "Rodríguez Castillo, Freyde E. y otros s/ infr. art. 149 bis, amenazas, CP" y 43 —L. L.— "P., B. M. s/ resistencia a la autoridad.

(22) De Jesús, Damasio E, (2006) "Imputación Objetiva", Buenos Aires: Euros Editores SRL, ISBN: 9974578787, ps. 44 a 47.

(23) Nardiello, Ángel Gabriel. (2012) "Estructura del hecho punible", 1ª edición, Buenos Aires: Hammurabi, ISBN: 978-950-741-586-9, ps. 69 y 70.

(24) López González, Mirta L., "Una mirada más acerca de los peligros procesales", en "Cuestiones Penales, Homenaje al profesor doctor Esteban Righi", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p. 503.

(25) Gustavo A. Bruzzone, "La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal", en "Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier", Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 253.

(26) Bruzzone, G. "La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal", en "Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier", Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 250.

CRUELDAD ANIMAL

Confinamiento de animal silvestre en peligro de extinción. Reconocimiento como sujeto de derecho. Necesaria intervención de los seres humanos.

1. — Si bien ninguna disposición del plexo normativo argentino establece que los animales sean sujetos de derecho, sino que de acuerdo con lo previsto por el Código y Comercial se les atribuye el carácter de cosas, la tendencia mundial traza un nuevo paradigma con relación a la categoría jurídica en la que se ubica a los animales, haciéndolos merecedores, dada su condición de seres vivos y sintientes, de derechos que le son propios, aunque en numerosos casos, como el presente, se requiere de la intervención de los seres humanos para restablecer o efectivizar dichos derechos **[1].**

2. — Se impone declarar que los animales son merecedores de la más amplia protección jurídica dada su condición de víctimas y sujetos —no humanos—. Sin embargo, al no poder accionar por sí mismos, son los seres humanos quienes deben representarlos ante la vulneración de sus derechos.

JPenal, Contravencional y de Faltas Nro. 4, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/12/2021. - Robledo, Leandro Nicolás y otros s/ 239 - Resistencia o desobediencia a la autoridad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/200018/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, "Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ hábeas corpus", 18/12/2014, TR LALEY AR/JUR/63931/2014.

Número: IPP 246466/2021-0

CUIJ: IPP J-01-00246466-3/2021-0

1ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 22 de 2021.

Antecedentes:

Tal como surge del dictamen Fiscal, en la presente causa se le atribuye a Leandro Nicolás Robledo y a Iris Patricia López, entre otros hechos, el siguiente: "en su carácter de propietaria y/ò responsable de la finca de la Avda. ... de esta Ciudad, el haber dado confinamiento a un animal silvestre, en particular un ejemplar macho de cinco a seis (5-6) años de edad aproximadamente, perteneciente a la especie "Auloatta Caraya", luego de haberlo extraído de su hábitat natural y haberlo mantenido en condiciones que afectan su bienestar provocándoles un sufrimiento innecesario, careciendo de todo permiso de tenencia y/ò de su origen legal, siendo que además la especie indicada se halla protegida por la Ley 22.421 y con la agravante que se encuentra en peligro de extinción. Ello así toda vez que en el marco del registro domiciliario y con motivo a la orden de allanamiento dispuesta, más precisamente en una de las habitaciones ubicadas en el último piso de la vivienda, en el interior de un vestidor y detrás de la puerta, en el piso y sobre una manta se hallaba dicho ejemplar de la especie "Caraya", sin ningún acceso a comida y agua, razón por la se dispuso la intervención de la División Delitos Ambientales de la PFA. Una vez rescatado de su sitio de cautiverio, dicho ejemplar a quien se lo identificó como "Coco", fue evaluado por el profesional del departamento Unidad Federal de Investigación de Delitos Ambientales, Médico Veterinario, Dr. Pablo Palacios Copello, determinó que la especie presentaba una incapacidad motora de los cuatro miembros, posiblemente "tetraparesia" y sin acceso a la luz solar directa desde hace años, recibiendo una dieta de frutas, verduras y cereales comerciales sin suplementación para corregirlas carencias. De la misma manera el animal presentaba la falta de los cuatro (4) caninos - costumbre común en el mundo del mascotismo ya que disminuye las lesiones producidas por los monos al disminuir sus mecanismos naturales de defensa. Por último, el profesional veterinario dictaminó que dicho ejemplar "presenta lesiones que van a imposibilitar su reinserción al medio natural ya que de momento le es prácticamente imposible desplazarse por sus propios medios. Las lesiones en este momento, son tan severas que no se cree recomendable la inserción de este ejemplar en recintos compartidos por otros ejemplares de la misma especie, ya que no podría obtener alimento por la competencia de sus pares". Finalmente, y una vez puesto a resguardo "Coco" en custodia judicial de la "ONG Asociación Civil Pájaros Caídos", se lo derivó para un consulta integral por los profesionales de la "Fundación Temaiken" con la intervención del supervisor del Hospital Veterinario, Dr. Martín Falzone (MV) informándose que "Coco" "se desplaza por el piso sobre su vientre, pudiendo movilizar sus cuatro (4) miembros aunque en forma restringida, con un peso de 2,835 kg que equivale a un score corporal grado "2" —bajo para la especie— presentando imposibilidad de hacer movimientos normales en cada uno de sus miembros, presenta desvio de ejes óseos a nivel de ambos brazos —radio y cúbito— y ambas piernas —tibia—. Asimismo, presenta en su cavidad oral la ausencia de colmillo superior derecho y colmillo inferior izquierdo, con ausencia de premolares y molares de rama inferior izquierda y de premolares de rama inferior derecha, surgiendo de la auscultación cardio pulmonar un aumento del murmullo vesicular. Finalmente, se observó de las placas radiográficas signos de desvío de ejes óseos a nivel de ambos radios y cúbitos —posiblemente como consecuencia de fracturas en "vara verde"— con deformación de cavidad torácica a nivel de esternón, que permite concluir con un cuadro compatible con enfermedad metabólica ósea severa" (...)".

La Fiscalía calificó el suceso descripto como constitutivo de actos de maltrato y crueldad animal (arts. 2 inciso 1° y 3 inciso 7° de la Ley 14.346), en concurso real con tenencia ilegitima de sub productos provenientes del tráfico ilegal de fauna silvestre (art. 27 de la Ley 22.421).

Así las cosas, el Fiscal solicitó se declare sujeto de derecho y se disponga la libertad total de Coco, la especie "Caraya" ("Auloatta Caraya") encontrada en el inmueble de la Avda. ... de esta Ciudad, y se ordene su traslado a un centro de primates en la provincia de Córdoba llamado "Proyecto Carayá", todo ello, por los argumentos que surgen de su petitorio, al que en honor a la brevedad me remito.

Finalmente, se corrió vista a la Defensoría Oficial N° 19, sin expedirse su titular al respecto.

Fundamentos:

A la hora de resolver, tengo en cuenta que los hechos que se investigan, están íntimamente ligados a conductas reprimidas por la Ley 14.346 y la Ley 22.421.

En este sentido, conforme se desprende de las constancias aportadas por la Fiscalía, Coco es un ejemplar macho de aproximadamente 5 a 6 años de edad, correspondiente a la especie "Auloatta Caraya", que pertenece a la Fauna Autóctona de la Argentina protegida por la Ley 22.421, con lo cual mi intervención se torna necesaria.

Puesta a analizar la petición Fiscal, se advierte que ninguna disposición del plexo normativo argentino establece que los animales sean sujetos de derecho, sino que de acuerdo con lo previsto por el Cód. Civ. y Comercial se les atribuye el carácter de cosas (conf. art. 227 Cód. Civ. y Comercial). Por ese motivo y siendo que por su esencia los animales resultan ser seres sintientes, para resolver la cuestión traída a estudio voy a acudir a las fuentes del derecho —es decir la ley, la jurisprudencia y la costumbre— teniendo en especial consideración los principios generales del derecho.

En esa inteligencia, corresponde hacer una breve referencia a la normativa aplicable, comenzando por recordar que la Constitución Nacional luego de su reforma en el año 1994, estableció que todos los habitantes gozan del derecho a un medio ambiente sano y tienen el deber de preservarlo (conf. art. 41).

En la órbita de la CABA, la Constitución local asume el compromiso de desarrollar una política de planeamiento y gestión del ambiente urbana y permanentemente promueve "[l]a protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos" (art. 27 inc. 5).

A nivel internacional, la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, sancionada en 1977, reconoce a los animales una serie de derechos, entre los que enuncia el derecho al respeto, a los cuidados y a la protección que el hombre debe dispensarle (art. 2 incs. a. y c.). Asimismo el art. 4 establece que todo animal perteneciente a una especie salvaje, tiene derecho a vivir en libertad en su propio ambiente natural y cualquier privación de libertad, es contraria a este derecho.

A su vez, cabe destacar la Declaración de Cambridge, proclamada el 7 de Julio de 2012, en la Universidad de Cambridge (Inglaterra), donde se concluye, en base a evidencia científica, que los animales no humanos tienen consciencia. Se dijo que: "...las evidencias convergentes indican que los animales no humanos tienen los sustratos neuroanatómicos, neuroquímicos, y neurofisiológicos de los estados de la conciencia junto con la capacidad de exhibir conductas intencionales. Consecuentemente, el grueso de la evidencia indica que los humanos no somos los únicos en poseer la base neurológica que da lugar a la conciencia. Los animales no humanos, incluyendo a todos los mamíferos y pájaros, y otras muchas criaturas, incluyendo a los pulpos, también poseen estos sustratos neurológicos"

También se proclamó la "Carta de Derecho de lo Viviente", el 26 de mayo de 2021 —apoyado institucionalmente por la universidad de Toulon (Francia)— en el marco de un programa perteneciente a las Naciones Unidas. Allí se destaca la necesidad de mantener un equilibrio entre los intereses de los seres humanos, los animales y la naturaleza.

En el ámbito de la Unión Europea, hay numerosos tratados vinculados a la protección de los animales, entre los cuales se destacan el "Tratado de Ámsterdam" de 1997 que los reconoce como "seres sensibles" y el "Tratado de Lisboa" de 2007, que proclama el respeto al bienestar de los animales y los considera "seres sintientes" (art. 13).

A nivel nacional, la Ley 14.346 les brinda tutela a los animales, estableciendo sanciones penales dirigidas a quienes infligieren malos tratos o los hiciere "victimas" de actos de crueldad (art. 1). De este carácter de "víctima" asignado por la ley precitada a los animales, se desprenden tres cuestiones. La primera, que solo se puede ser cruel con un sujeto que tiene capacidad de sufrimiento, es decir, un ser sintiente, capaz de experimentar dolor y placer, con conciencia de sí mismo y del mundo que lo rodea. La segunda, que al ser considerados "víctimas", son sujetos pasivos del delito en cuestión, destinatarios directos del ámbito de protección de la norma. La tercera, es que si son "víctimas" en tanto seres sintientes, ello conlleva a su reconocimiento implícito como sujetos de derecho.

Lo hasta aquí reseñado, pone en evidencia que la tendencia mundial traza un nuevo paradigma con relación a la categoría jurídica en la que se ubica a los animales, haciéndolos merecedores, dada su condición de seres vivos y sintientes, de derechos que le son propios, aunque en numerosos casos, como el presente, se requiere de la intervención de los seres humanos para restablecer o efectivizar dichos derechos.

Esta visión, ha marcado una clara influencia en el desarrollo jurisprudencial a nivel local, receptado por distintos fueros de todo el país y debe servir como marco para la decisión que aquí habré de dictar.

Al respecto, es importante destacar la decisión de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal de 18 de diciembre de 2014, en la causa N° 68831/2014 caratulada "Orangutana, Sandra s/ recurso de casación s/ habeas corpus". Allí, se estableció que "(...) a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente (...)".

En esa misma inteligencia, en el marco de una acción de habeas corpus, el Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza reconoció a la mona "Cecilia" como un sujeto de derecho y autorizó su traslado al santuario de Sorocaba, en San Pablo, Brasil.

En el mismo sentido se pronunció el Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario N° 4 de la CABA, en el marco de una acción de amparo resuelta el 21 de octubre de 2015, oportunidad en la cual la Jueza Helena Liberatore reconoció a la orangutana Sandra como sujeto de derecho, como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad como "ser sintiente", categoría que tomó del Cód. Civil de Francia de 2015 (expediente A2174-2015/0 caratulado Asociación de funcionarios y abogados por los derechos de los animales y otros contra GCBA s/ amparo).

De todo lo reseñado, se impone, sin lugar a dudas, declarar que los animales son merecedores de la más amplia protección jurídica dada su condición de víctimas y sujetos —no humanos—. Sin embargo, al no poder accionar por sí mismos, son los seres humanos quienes deben representarlos ante la vulneración de sus derechos.

En este caso en concreto, es el Sr. Fiscal quien solicita el auxilio de la justicia para reestablecer y hacer efectivos los derechos de Coco, lo que le permitirá vivir en un hábitat adecuado, en el que se le dispense la alimentación que conforme a su especie requiera, logrando así su rehabilitación y permitiendo que viva libre de todo padecimiento.

Ello no vulnera derecho alguno del imputado, ni tampoco le impide ejercer debidamente su derecho de defensa. Nótese que se realizaron diversas medidas de prueba, se cuenta con el informe médico-veterinario ya mencionado, con el informe técnico GF 19/21 realizado por PFA, se le realizaron placas radiográficas y extracción de sangre para estudios, se confeccionó con el informe CIJ 89017 del 13/12/2021, no restando exámenes u análisis a practicarse sobre Coco.

Es así que, cumpliendo con la potestad de adoptar las medidas tendientes a hacer cesar los efectos de los delitos objeto de imputación (conf. art. 23 del CP), sumado al deber de resolver los asuntos traídos a mi conocimiento, mediante una decisión razonablemente fundada (conf. art. 3 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), a la luz de la normativa y jurisprudencia precitada, habré de disponer en forma definitiva la libertad total y absoluta de Coco, libre de cualquier medida, restricción legal y/o injerencia en su carácter de animal no humano sujeto de derecho.

En consecuencia, autorizaré su traslado al centro de tratamiento, recuperación y/o de bienestar animal denominado "Proyecto Carayá" ubicado en la provincia de Córdoba, que es el primer y único establecimiento en argentina que hace más de 25 años se especializa en el rescate, rehabilitación y conservación de primates, siendo este el hogar de 170 monos (referencia: https://caraya.org/nuestra-mision/). Quedando dicha diligencia quedará en cabeza de la Fiscalía.

Por todo lo expuesto; resuelvo: 1. Disponer la libertad total y absoluta de "Coco", mono de la especie "Caraya" ("Auloatta Caraya"), libre de cualquier medida, restricción legal y/o injerencia, en su carácter de animal no humano sujeto de derecho, Autorizando su traslado al centro especializado en el tratamiento, recuperación y/o de bienestar animal denominado "Proyecto Carayá" ubicado en la provincia de Córdoba, diligencia que quedará en cabeza de la Fiscalía. 2. Regístrese y remítase digitalmente la presente a la Unidad Fiscal Especializada en Materia Ambiental (UFEMA). — *Rocío M. López Di Muro.*

HOMICIDIO *CRIMINIS CAUSA*

Falta de acreditación de la participación del imputado en el hecho investigado. Absolución.

1. — Durante la sustanciación del pertinente juicio oral, la acusación no pudo arrimar al

contradictorio elemento alguno que pudiera vincular al acusado con el evento dañoso reseñado, más allá de los señalamientos efectuados durante el debate por el personal el personal policial actuante.

2. — En el razonamiento empleado por los sentenciantes se evidencian los vicios lógicos y absurdos denunciados por la defensa, en lo que hace a la participación del justiciable en el ilícito referenciado, por lo que no se ha logrado la certeza convictiva que requiere un pronunciamiento judicial de condena.

3. — La colecta de información tendiente a esclarecer la identidad de los autores del delito en cuestión resultó desprolija, llevando incluso a dirigir la acusación contra personas ajenas al hecho.

4. — Resultó imposible establecer un hilo conductor, que pudiera vincular eficazmente al imputado con el hecho enrostrado o con el resto de los sujetos sindicados como coautores del homicidio en cuestión, más allá de los solitarios señalamientos efectuados por efectivos de la Delegación de Investigaciones interviniente. Los señalamientos resultaron solitarios, toda vez que sus dichos únicamente se remitieron a invocar la versión de vecinos o personas que se negaban a aportar datos por temor a sufrir represalias.

5. — Si bien la versión exculpatoria presentada por el imputado no pudo ser corroborada por los testigos de descargo ni encontró apoyo en la documental presentada, lo cierto es que el resto de los elementos colectados no permiten tener por acreditada la participación del nombrado en el homicidio investigado.

6. — La atribución de la responsabilidad al encartado únicamente encontró asidero en la versión aportada por aquellos funcionarios policiales encargados de llevar adelante las tareas investigativas, la cual fue perdiendo entidad convictiva a medida que fueron sumándose otros elementos de prueba al plexo cargoso, que contradijeron o neutralizaron a los primeros, todo lo cual impide arribar a un pronunciamiento de culpabilidad respecto del acusado.

TCasación Penal, Buenos Aires, sala I, 09/03/2022. - C., O. L. s/ recurso de casación y su acumulada.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/18608/2022]

Causa N° 46.766 y acumulada N° 46.945

La Plata, marzo 9 de 2022.

Antecedentes

I. Mediante sentencia de fecha 17 de noviembre de 2010, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mercedes, resolvió condenar a O. L. C. a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y el pago de las costas del proceso, con más su declaración de reincidencia, por haber sido encontrado coautor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada y por ser cometido en poblado y en banda, en concurso real con privación ilegal de la libertad agravada por mediar violencia y amenazas; asimismo, a través de dicho pronunciamiento condenó a A. M. M. a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, declarándolo reincidente, por resultar coautor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio *criminis causae*, todo ello en función de lo normado por los arts. 40, 41, 45, 50, 55, 80 inc. 7°, 142 inc. 1°, 166 inc. 2°, párrafos segundo y tercero, y 167 inc. 2° del CP.

II. Contra dicho decisorio, el Señor Defensor Oficial de esa Departamental, Dr. Agustín P. I. Muga, interpuso recurso de casación en favor del encausado O. L. C.

A través de su presentación, el recurrente denunció la absurda y errónea valoración de la prueba efectuada por el *a quo*, en tanto consideró que existía un cuadro de orfandad probatoria que impedía colocar el hecho de robo agravado, investigado en el marco de la IPP 241.915-08, en cabeza de su defendido, en los términos propuestos por el acuse (arts. 1, 106, 210 y 371 del CPP).

En apoyo a su postura, señaló que los Jueces de grado nunca dieron respuesta a los cuestionamientos expresados por esa parte durante el debate, puntualmente en lo referente a dos elementos de cargo: por un lado, al señalamiento realizado respecto de C. por la testigo M. S., y por otro, al

reconocimiento por parte de J. A. O. de una de las armas supuestamente utilizadas en el atraco.

Respecto del primero de los reclamos invocados, el recurrente indicó que el reconocimiento efectuado por S. resultó inexistente, y por ende, de imposible valoración, toda vez que la diligencia plasmada en el acta de fs. 36/37 en la IPP 241.915-08, jamás ingresó por lectura al proceso, al tiempo que la testigo, durante la audiencia oral expresó que no se encontraba en condiciones de renovar esa medida, limitándose a brindar una descripción del sujeto que ingresada en tercer lugar a la escribanía, la cual no resultó coincidente con la fisonomía de su asistido.

Sumado a ello, expresó que los dichos de S., en relación a las características físicas de los asaltantes, resultaron contradictorios a los mencionados por J. O. y su hijo F., siendo que este último, durante la instrucción, señaló a un integrante de la rueda que no era C.

En este orden, planteó que jamás existió un estado de sospecha claro en contra de su ahijado procesal, siendo que los hechos investigados en los que finalmente C. resultó absuelto, no guardaban relación, en cuanto al "modus operandi", con el robo perpetrado en la escribanía O., de modo tal que puso de resalto la irregular actuación policial que llevó a imputar al justiciable el ilícito por que fuera finalmente condenado.

Asimismo, con relación al segundo de los ítems cuestionados, puso en duda la medida llevada a cabo durante el debate por J. A. O., en tanto afirmó que el testigo nunca efectuó un reconocimiento categórico respecto del arma de fuego presuntamente utilizada en el robo, debido a que los elementos ofensivos fueron exhibidos en su totalidad, sin distinguir cual era el objeto investigado. Aunado a ello, sostuvo que el declarante se limitó a mencionar que una de las armas guardaba similitud con aquella que fuera secuestrada, llevando consigo una contradicción en el razonamiento utilizado por el "*a quo*" por vía del absurdo, toda vez que, no solo C., sino la totalidad de los acusados resultaron absueltos por el delito de tenencia ilegal de arma de guerra, como consecuencia de las irregularidades detectadas en torno a los allanamientos oportunamente dispuestos.

Como segundo motivo de agravio, indica que el Tribunal de Juicio omitió dar tratamiento a una cuestión esencial planteada por esa Defensa técnica, vinculada a establecer el monto de pena a imponer a C., en tanto había solicitado se valorara como pauta atenuante la historia de vida que registraba el acusado, de conformidad con el contenido del informe socio ambiental oportunamente presentado.

De esta manera, afirmó que se trató de una circunstancia favorable al encausado, a tenor de lo normado por el art. 41 del CP, que debió ser materia de análisis por los sentenciantes, incurriendo en una franca violación a la manda del art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Por todo ello, solicitó la libre absolución de C. en orden a los ilícitos por los que resultara condenado, y subsidiariamente, se case parcialmente la sentencia puesta en crisis, y se reduzca la pena impuesta al nombrado, debiendo fijarse la misma en el mínimo legal.

III. Por su parte, el defensor particular, Dr. Juan Alberto Bottegal, en representación del condenado M., discrepó con la valoración de la prueba efectuada por los Magistrados de grado, proclamando la ajenidad de su defendido en relación a los hechos por los que fuera declarado coautor penalmente responsable.

Señaló que el veredicto condenatorio se basó en una instrucción deficiente, donde su ahijado procesal resultó absuelto en casi todas las imputaciones que oportunamente le fueron enrostradas, dando cuenta ello de lo irregular del proceder del personal policial abocado a las tareas investigativas tendientes a dar con los posibles autores de los hechos denunciados.

En este mismo sentido, puso de resalto las contradicciones en que habrían incurrido las testigos G. S. M. y Y. R. M., en torno al supuesto reconocimiento de M. como uno de los coautores del robo al comercio damnificado y del homicidio de J. C. M. A ello agregó que del resto las personas que se encontraban en el lugar (C., G. y V.), ninguna de ellas reconoció al acusado como partícipe del hecho en cuestión.

Por lo expuesto, solicitó se case la sentencia puesta en crisis, y se absuelva a A. M. M. en el marco de la presente investigación, en tanto considera que un cuadro de duda razonable en cuanto a la participación del nombrado en el ilícito reseñado se impone.

Sin perjuicio de lo expuesto, para el caso en que no se hiciera lugar a lo peticionado, requirió que el hecho imputado sea recalificado como constitutivo del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del CP).

Finalmente, formuló expresa reserva del Caso Federal (art. 14 de la ley 48).

IV. Así las cosas, con fecha 4 de marzo de 2015, esta Alzada declaró admisibles los remedios procesales incoados, rechazando los recursos de casación interpuestos respecto de O. L. C. y por el Ministerio Público Fiscal, y por mayoría, se casó el pronunciamiento en crisis, procediéndose a recalificar la conducta enrostrada a A. M. M. como constitutiva del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del CP), imponiéndole al nombrado la pena de veintiún (21) años de prisión, accesorias legales y costas.

V. Contra la decisión adoptada, el Señor Defensor Oficial ante este Tribunal, Dr. Mario Luis Coriolano, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, respecto de ambos encartados, al tiempo que el Sr. Fiscal ante esta Casación, Dr. Carlos Arturo Altuve, dedujo recurso extraordinario de nulidad, siendo declarado admisible solo el primero de los mismos (resolución de fs. 362/364 vta.), lo que motivó la articulación de la correspondiente queja por parte del representante de la vindicta pública (P-126.700-RQ).

VI. Que, con fecha 17 de abril de 2019, la Suprema Corte de Justicia de la Provincial resolvió por unanimidad hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en favor de los encausados C. y M., en lo relativo a la parcela vinculada a la coautoría penalmente responsable atribuida a los nombrados, remitiendo los autos al tribunal intermedio a fin que se dé acabada respuesta a los planteos formulados, procediéndose al dictado de una nueva sentencia ajustada a derecho, al tiempo que fue declarado abstracto el tratamiento del recurso extraordinario de nulidad deducido por el Ministerio Público Fiscal (fs. 502/508).

VII. Recibidos los autos, notificadas las partes de lo resuelto y de la integración de la Sala, la Sra. Defensora Oficial Adjunta ante esta Casación, Dra. Ana Julia Biasotti, desistió expresamente de celebrar la audiencia de informes, optando por presentar el memorial sustitutivo, a través del cual mantuvo en un todo los recursos oportunamente interpuestos en favor de O. L. C. y A. M. M., y sus respectivos memoriales previos al reenvío dispuesto por la SCBA, ampliando y complementando los agravios oportunamente deducidos, solicitando la libre absolución de ambos encartados.

Asimismo, en forma subsidiaria, plantea se considere la violación al plazo razonable de duración del proceso, requiriendo se declare extinta la acción penal por prescripción, debido a que tanto C. como M. se encuentran sometidos a proceso por casi trece años sin que se haya dictado una sentencia definitiva, de los cuales diez años y medio insumieron las distintas etapas recursivas, razón por la cual solicita así se resuelva, o en su defecto que tal circunstancia sea meritada como circunstancia atenuante de la penalidad impuesta.

Finalmente, insta se fije audiencia de visu con los imputados, previo al dictado de la sentencia respectiva (arts. 40 y 41 del CP; 8.1 y 8.2.h de la CADH; 14.3 y 14.5 del PIDCP) (presentación del 25/06/2021).

VIII. Por su parte, la Sra. Fiscal Adjunta ante este Tribunal, Dra. Alejandra Marcela Moretti, propició el rechazo de la totalidad de los agravios introducidos por los recurrentes, al entender que no se evidencian las violaciones legales denunciadas (memorial del 30/09/2021).

IX. Que a fs. 552/561 se presentan en calidad de "Amicus Curiae", Indiana Guerrero y Kevin Boss Nielsen, en carácter de presidenta y secretario general de la Asociación de Pensamiento Penal, a expresar su opinión respecto de la decisión dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con fecha 17 de abril de 2019, respecto de algunos temas debatidos en relación a la condena de A. M. M., a fin de contribuir a una mejor resolución del caso.

Indican que se encuentran estatutariamente habilitados para obrar en nombre y representación de la Asociación de Pensamiento Penal que es una entidad civil, sin fines de lucro, integrada por operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores, abogados de la matrícula, peritos, docentes y estudiantes), de todo el país cuyo principal objetivo es la promoción, el respeto y el resguardo de los derechos humanos (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN).

Informan que la Asociación de Pensamiento Penal, es la responsable de la publicación de la revista "Pensamiento Penal" (www.pensamientopenal.

com.ar) con contenidos de materia jurisprudencial, doctrinario e informes sobre la situación de los derechos humanos y de las personas privadas de su libertad.

Aducen que el caso de referencia es de trascendencia colectiva y de interés general, en tanto se trata de una persona condenada a prisión perpetua, la cual sostiene no haber cometido el hecho enrostrado, y que, además, de confirmarse la hipótesis defensista, se estaría en presencia de una investigación direccionada intencionalmente por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires contra un ciudadano inocente.

Señalan que la posibilidad de encontrarnos frente a una "causa armada", constituye una circunstancia que como consecuencia directa acarrea un interés público innegable que legitima la presentación efectuada en esta instancia.

Formulan un repaso de las cuestiones controvertidas en torno a la prueba existente en la IPP, requiriendo que los dichos de M. sean especialmente atendidos y meritados, particularmente si van a ser desechados, toda vez que se trata de circunstancias que no fueron oportunamente abordadas por esta Alzada en su primera oportunidad.

En función de lo expuesto, solicitan se acepte a la Asociación Pensamiento Penal en calidad de "Amiga del Tribunal" y se tenga en cuenta lo manifestado al momento de resolver.

Asimismo, con fecha 28/06/2021, se presentó el Dr. Carlos Manuel Garrido, presidente de "Innocence Project Argentina", haciendo saber que interviene en calidad de "Amicus Curiae".

Da cuenta que es una organización de bien público que se especializa en la defensa de toda persona inocente condenada en causa penal en virtud de errores, inconsistencias en las investigaciones seguidas en las instancias de instrucción y durante el juicio.

Arguye que la sentencia en la que se funda la condena de M. no satisface las exigencias de valoración y fundamentación establecidas por la jurisprudencia en el fallo Casal. Señala que en el caso bajo estudio se discuten cuestiones de trascendencia colectiva, en tanto el temperamento adoptado en la instancia se apoyó en un medio de prueba que no reviste entidad suficiente (confiabilidad de los reconocimientos efectuados por los testigos), para generar certeza positiva sobre la participación del justiciable en los eventos investigados.

A tales fines, informa que desde el año 2019 dicha organización trabaja en conjunto con el Laboratorio de Sueño y Memoria, con el objetivo principal de investigar la formación falsa de memorias de víctimas y testigos luego de un hecho delictivo, cuya presentación (del 03/06/2021, obrante a fs. 563/570, documento consignado por la Dra. Cecilia Forcato y por el Lic. Facundo Antonio Urreta Benítez) acompaña la presente, al igual que la defensa de M., dado que las identificaciones erróneas son la principal causa de condenas erradas, permitiendo a su vez que los Tribunales tengan acceso a información científica lo más actualizada posible sobre el tema.

Oportunamente solicita se tenga a "Innocent Project Argentina" como "Amicus Curiae", se valoren las consideraciones vertidas y se revise la pertinencia de la condena oportunamente dictada respecto de A. M. M.

X. Cumplidos los trámites de rigor y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes cuestiones:

1ª ¿Corresponde habilitar a intervenir en las presentes actuaciones en carácter de Amicus Curiae del Tribunal a la Asociación "Pensamiento Penal" y a la ONG "Innocent Project Argentina"? 2ª ¿Se encuentra prescripta la acción en relación a los delitos imputados al causante O. L. C.? 33ª ¿Resulta procedente el recurso de casación interpuesto en favor del encartado A. M. M.? 4ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

Que las solicitudes en carácter de Amicus Curiae de las personas e instituciones presentadas resultan útiles y pertinentes a fin de resolver.

Asimismo, se advierte que guardan en sus pretensiones adecuación con los presupuestos trazados por la Ac. 7/2013 y su reglamento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Expte. 2439/2004, al igual que por la Ley Provincial N° 14.736, que habilitan en tal carácter a quienes, no siendo partes, logran acreditar la trascendencia institucional o de interés general del tema abordado en el proceso judicial, en pos de alcanzar los altos propósitos perseguidos de pluralizar y enrique-

cer el debate constitucional, así como de fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales.

Asimismo, al plasmar su representación, dieron cumplimiento conforme a los presupuestos de la Ley Provincial citada, a la vez que brindaron los fundamentos que respaldan su intervención, que tiene como fin asegurar la tutela judicial continua, efectiva y el acceso irrestricto a la Justicia (art. 15 de la Constitución Provincial); y promover la democratización de la participación ciudadana en el ámbito de la misma (arts. 18 y 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna; art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros), de modo tal que las presentaciones efectuadas deberán ser tenidas en consideración al momento de resolver en el marco de los recursos incoados.

Finalmente, en atención a los requisitos y condiciones establecidos por el art. 7° inc. a. de la Ley 14.736, y a los fines previstos por el art. 121, ss. y ccdtes. del CPP y Ac. 3733/14 de la SCJBA, se tienen por constituidos los domicilios procesales y electrónicos oportunamente informados.

Voto por la afirmativa.

La doctora *Budiño* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Kohan*, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

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

En principio considero que sí.

Conforme surge de la lectura de los presentes actuados, el 17 de noviembre de 2010, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mercedes, resolvió condenar a O. L. C. a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y el pago de las costas del proceso, con más su declaración de reincidencia, por haber sido encontrado coautor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada y por ser cometido en poblado y en banda, en concurso real con privación ilegal de la libertad agravada por mediar violencia y amenazas.

Ahora bien, visto el tiempo transcurrido desde aquel pronunciamiento condenatorio, y en razón de poder encontrarse prescripta la acción en relación a los delitos por los que fuera condenado el incuso C. (conf. arts, 62 inc. 2°, 67 inc. 'e', 142 inc. 1°, 166 inc. 2°, párrafo tercero, y 167 inc. 2° del CP), estimo apropiado suspender el trámite del recurso interpuesto en favor del nombrado, hasta la resolución definitiva de la prescripción en cuestión.

Efectuada esta breve reseña, debo señalar que con fecha 26/12/2019 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en lo concerniente a la prescripción en los autos caratulados CSJ 2148/2015/RH1 "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Farina, Haydée S. s/ homicidio culposo".

Allí, el Cimero Tribunal dejó sentado que:

"...10) Que, en lo atinente a la interpretación de las leyes, este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, que ellas deben entenderse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y de la manera que mejor se compadezcan con los principios y garantías constitucionales en tanto con ellos no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso (Fallos: 342:667 y sus citas); que es propio de la interpretación indagar el verdadero sentido y alcance de las leyes mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto teniendo en cuenta su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente (Fallos: 307:146).

Se afirmó que en esa tarea no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Asimismo, debe recordarse que la observancia de estas reglas generales no agota la interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad —art. 18 de la CN— exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico; y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

11) Que en tal contexto se aprecia —sin mayor dificultad— que la exégesis efectuada por los tri-

bunales del fuero penal de la Provincia de Buenos Aires en las distintas resoluciones en las que se denegó el planteo de prescripción deducido por la defensa de H. S. F., en cuanto asignaron carácter interruptivo de la prescripción a los decisorios de los tribunales intermedios que confirmaron, en lo sustancial, la sentencia condenatoria dictada respecto de la nombrada, excede con holgura las posibilidades interpretativas de la cláusula legal invocada —art. 67, inc. e, del CP— en cuanto enumera como último acto de interrupción de la prescripción al "...dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme". La claridad del texto legal, junto a la distinta naturaleza jurídica de ambos actos, impiden su asimilación...".

Y señaló que: "...13) Que en la misma línea, se advierte que la interpretación del art. 67 del CP que aquí se critica también se aparta de la finalidad perseguida por la sanción del ley 25.990, modificatoria del referido artículo del código de fondo —a la que esta Corte consideró de manera explícita como más benigna (Fallos: 328:4274)— que fue la de "...darle al instituto de la interrupción de la prescripción de la acción penal, la expresión de máxima taxatividad y legalidad al enunciar cada uno de aquellos actos del procedimiento que poseen aptitud para hacer cesar su libre curso" (Fallos: 337:354, considerando 14). Ello, conforme surge de los fundamentos del proyecto de reforma que culminó con la sanción de la referida ley, en especial considerandos 17, 89 y 90 (ver: "Antecedentes Parlamentarios", LA LEY, 2005, T. 2005-A, ps. 237 y 242)...".

Y finalmente, dejó en claro que: "...En consecuencia, la función deferida por la Constitución a la Corte de ser una de las Autoridades del Gobierno Federal en su condición de titular del Poder Judicial de la Nación (art. 108 de la CN) le impone que, frente a la trascendencia institucional que exhibe el conflicto, deba asumir delicadas responsabilidades institucionales a fin de garantizar el efectivo respeto de los principios constitucionales plasmados en sus pronunciamientos, lo que exige que este Tribunal adopte una decisión que deje en claro —ante la sociedad y ante el resto de los tribunales— el criterio con el que debe resolverse el tema sometido a conocimiento en procesos análogos al presente. Es por tal motivo que, junto a la solución que aquí se adopta para el caso concreto, corresponde instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a fin de que, en lo sucesivo, para evitar dilaciones innecesarias como las verificadas en el extenso derrotero de las presentes actuaciones, adopte las medidas necesarias para que sus pronunciamientos y los de los tribunales penales en la jurisdicción a su cargo se adecuen a lo establecido por el legislador en el art. 67, inc. e, del CP y a la doctrina sentada en la jurisprudencia de esta Corte sobre la materia...".

Asimismo, la Corte Federal dispuso en forma terminante en el fallo analizado que "...2) Declarar que la doctrina judicial de esta Corte referida a la interpretación del art. 67, inc. e, del CP es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales judiciales del país...".

Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia Nacional, intérprete supremo de la CN y las leyes dictadas en su consecuencia aunado a razones de economía y celeridad procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional, imponen variar mi tesitura y adoptar el criterio sentado por el Máximo Tribunal.

En efecto, considerando la fecha de la sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mercedes (17/11/2010) como último acto de interrupción de la prescripción de la acción penal, y teniendo en cuenta el plazo máximo de los tipos penales en cuestión (que alcanza los diez años de prisión), la acción se encontraría fenecida, en tanto es el propio art. 67 que expresa que la prescripción corre, se suspende e interrumpe de manera separada para cada delito, por lo que correspondería declararla extinguida, siempre y cuando no existieren otras causales de interrupción.

En tal inteligencia, y al no contar esta Sede con los informes pertinentes para decretar tal extinción de modo definitivo, propongo remitir copia de la presente a la instancia de origen a fin de que, recabadas las planillas de antecedentes de los órganos correspondientes, y teniendo presente el plazo de prescripción en orden a los delitos de robo calificado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada y por ser cometido en poblado y en banda, en concurso real con privación ilegal de la libertad agravada por mediar violencia y amenazas, se pronuncie en definitiva sobre el punto, ello de conformidad a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Nacional en orden al alcance del art. 67 inc. e) del CP.

Así lo voto.

La doctora *Budiño* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Kohan*, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

3ª cuestión. — El doctor Kohan dijo:

Resultan ciertamente atendibles los agravios invocados por la defensa técnica del encartado M., motivo por el cual adelanto que haré lugar a los mismos, declarando procedente el remedio procesal impetrado.

Como ya lo he sostenido en numerosos precedentes (causas N° 54.780, 55.341, 55.510 entre muchos otros), corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a este último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la CADH, y 14 inc. 5 del PIDCP; Comisión IDH informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso "Maqueda") e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso "Abella"); Corte Interamericana de Derechos Humanos "Herrera Ulloa c. Costa Rica" del 02/07/2004; Comité de Derechos Humanos de la ONU, *in re:* "Cesario Gómez Vázquez c. España" (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y "M. Sineiro Fernández c. España" (1007/2001), del 07/08/2003).

Al respecto Nuestro más Alto Tribunal en el precedente "Casal" (causa N° 1681, 20/09/2005) fijó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del "Leistungsfähigkeit", también conocida como "agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión", donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden —por obvias razones materiales— analizarse, y quedan reservadas a la órbita del Juez que en su oportunidad dirigió el debate oral (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. - Madina, Marcelo A., "El proceso penal en la provincia de Buenos Aires", 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).

Pero, para que el Tribunal revisor pueda abarcar dichas cuestiones, tal circunstancia dependerá de la actividad misma de la parte interesada. A tal efecto resulta necesario que el recurrente sea preciso al momento de denunciar este tipo de agravios, puesto que resulta imprescindible acotar el trabajo de revisión judicial exclusivamente a las partes esenciales de las sentencias impugnadas.

En este sentido es carga de la parte agraviada fijar con claridad cuál es la afirmación del Tribunal que resulta de un error de apreciación y cómo habrá de refutarse dicha aseveración. Los agravios señalados por el recurrente deben recaer sobre algún elemento que aporte un sustento esencial al fallo, del mismo modo que la prueba ofrecida debe ser pertinente y suficiente para demostrar el error en el que han incurrido los jueces.

Dicha situación no sucede cuando los impugnantes hacen uso de categorías genéricas o abstractas, no logrando demostrar que la valoración de la prueba practicada presente espacios carentes de explicación.

Formuladas las aclaraciones del caso, debo adelantar que acompaño a la defensa de A. M. M., ya que en el razonamiento empleado por los sentenciantes se evidencian los vicios lógicos y absurdos denunciados, en lo que hace a la participación del justiciable en el ilícito referenciado que tuviera como víctima a quien fuera en vida J. C. M., por lo que considero que no se ha logrado la certeza convictiva que requiere un pronunciamiento judicial de condena.

Previo a todo y como es sabido, debo dejar sentado que el objetivo del proceso penal es la búsqueda de la verdad "real" o "material" de los hechos: tarea que en el mismo se realiza en base al estudio, análisis y evaluación (razonada y fundada) de las pruebas legalmente a él incorporadas por las partes, con el debido contralor del Tribunal. De esta manera los Jueces valorarán las pruebas recibidas en base a las reglas de la sana crítica racional, viéndose obligados a motivar su decisión en derecho y a través de una correcta comprobación de los hechos.

De tal manera, omitir valorar determinada prueba puede ocasionar la nulidad de la sentencia, donde la misma debe aparecer como eficaz y de-

cisiva, con posibilidades de influir efectivamente en el fallo, de manera que, contrastándola con el resto del material probatorio, el pronunciamiento quede sin sustento adecuado.

Sentado ello, pasaré a analizar la sentencia puesta en crisis.

El Tribunal de Juicio tuvo por acreditado que el día 14 de junio de 2008, siendo las 20.30 horas aproximadamente, el aquí imputado junto a otros tres sujetos de sexo masculino, mediante intimidación con armas de fuego aptas para el disparo, cumpliendo con un plan previo y una distribución de roles, se apoderaron ilegítimamente de dinero en efectivo y Tickets Canasta de la caja registradora del comercio del rubro autoservicio, denominado "La ...", sito en calle ... de la localidad y partido de Moreno, como así también de dos teléfonos celulares, propiedad de las empleadas del negocio damnificado, en cuyo devenir, y ante la resistencia opuesta por J. C. M., efectuaron varios disparos de arma de fuego, provocándole al nombrado la muerte, para luego de ello darse a la fuga del lugar con la "res furtiva" en su poder.

Como primera medida, debo señalar que el pronunciamiento recurrido no ha podido sortear los vaivenes propios que presentó la investigación, evidenciados a través de una actividad probatoria errática por parte del Ministerio Público Fiscal.

Asimismo, durante la sustanciación del pertinente juicio oral, la acusación no pudo arrimar al contradictorio elemento alguno que pudiera vincular al acusado con el evento dañoso reseñado, más allá de los señalamientos efectuados durante el debate por G. S. M. y Y. R. M., a los que haré referencia oportunamente, dado el relativo peso incriminante que los mismos poseen, al ser analizados conjuntamente con el resto de la prueba producida a lo largo del proceso.

De esta manera, la situación descripta se erige como un escollo insalvable, donde el "*a quo*" hizo propias las deficiencias apuntadas, y la sentencia criticada partió de un razonamiento basado en conclusiones y presunciones que se asentaron preeminentemente sobre las imputaciones efectuadas por el personal policial actuante, que llevó a cabo las tareas investigativas encomendadas, con dudosa fiabilidad.

En efecto. De los presentes actuados se desprende que el día 18 de junio de 2008, es decir, a tan solo cuatro de ocurrido el hecho imputado, se hicieron presentes en la sede de la fiscalía interviniente dos personas con intención de prestar declaración, a los fines de aportar datos tendientes a poder identificar a los posibles autores del robo investigado, como así también del homicidio del ciudadano J. C. M., optándose por recibir dichos testimonios bajo identidad reservada (fs. 84/86 en causa N° 5231-IPP 09-02-239.036-08).

Así las cosas, con el transcurso del proceso, se estableció que las testigos en cuestión fueron G. A. A. y R. A., quienes brindaron un relato pormenorizado de las circunstancias por las que tomaron conocimiento que quienes habían participado en el ilícito en cuestión habían sido C. R., alias "C.", y J. L. V., Alias "el P.", los que no actuaron solos, sino en compañía de dos sujetos más, y que se habían dado a la fuga del lugar de los hechos a bordo de dos motos de baja cilindrada (del tipo 110cc.).

De esta manera, los preventores se encaminaron a profundizar esa línea investigativa, siendo que a fs. 142/147 y 150/153, los oficiales Á. C. R., V. E. M. y C. G. P., procedieron a la recolección de datos, pudiendo confirmar la identidad de ambos acusados, estableciendo, además, sus domicilios, y que luego de ocurrido el homicidio, ya no se desplazan en moto, sino que lo hacían a bordo de un rodado Renault Fuego, color gris, con faltante de luneta trasera, y dominio colocado ...

Posteriormente a ello, se logró establecer que NN "el P." en realidad resultó ser R. J. V., quien al momento de hacerse efectiva su detención, habitaba el domicilio de la calle ... esquina Cura Brochero de Moreno, y que como resultado del allanamiento dispuesto, se incautaron varios teléfonos celulares, un arma de fuego del tipo revólver, calibre 38, marca Jaguar, serie N° ..., con seis proyectiles intactos en su tambor; un pistolón, calibre 14, marca Rexio, serie ...; veinte cartuchos del mismo calibre intactos, y; tres cargadores de pistola calibre 9mm., además de una bolsa conteniendo diez proyectiles intactos, y dos cajas con setenta y cinco cartuchos, todos calibre 9 mm., marca Magtech, algunos de punta azul.

Continuando con el análisis de la prueba producida, los testigos del hecho reconocieron al encausado V. como uno de los autores del homicidio del comerciante M. Así J. A. D. (fs. 249/250), M. C. V. (fs. 253/254), M. B. G. (fs. 255/256), G. S. M. (fs. 257/258), y Y. R. M. (fs. 259/260), resultaron contestes en señalar al acusado como uno de los suje-

tos que se dirigió directamente al fondo del local, y que efectuó disparos de arma de fuego, luego de producido el forcejeo con la víctima.

En este punto, vale aclarar que R. J. V. resultó condenado en el marco del presente proceso a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por haber sido encontrado coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso real con homicidio "criminis causae", para consumar el delito mencionado (arts. 45, 55, 80 inc. 7° y 166, inc. 2°, segundo párrafo del CP).

Durante el transcurso del debate, V. reconoció haber participado en el hecho imputado, aunque trató de colocarse en una mejor situación procesal, aduciendo que al momento de perpetrarse el homicidio de M. se encontraba fuera del negocio, esperando a sus consortes arriba de una moto, brindando así su apoyo, versión que resultó debidamente descartada por el "*a quo*", al ser comparada con el resto de los elementos probatorios.

Asimismo, el nombrado V. también aclaró, y sobre esta cuestión volveré más adelante, que los sujetos que lo acompañaron a cometer el robo fueron C. R., "NN S." y un tercer masculino del cual desconoce cualquier otro dato, refiriendo que A. M. M., resultaba ajeno a los acontecimientos reseñados.

Continuando con el análisis cronológico de la pesquisa, el 3 de julio de 2008, la titular del Tribunal de Menores N° 3 de esa Departamental, con asiento en la localidad de Moreno, Dra. Mirta Liliana Guarino, dispuso la inmediata libertad del joven D. D. D., otro de los imputados en el presente proceso, decretando el cierre de las actuaciones (fs. 468/469), mientras que el 14 de agosto de ese mismo año, la Fiscalía interviniente ordenó la captura del restante de los acusados, C. A. R. (fs. 503/504 y 620, disponiéndose en este último caso la formación de una nueva IPP N° 245.367).

Brevemente, considero necesario detenerme en este punto, a fin de analizar la situación del joven D.

Respecto del nombrado se iniciaron actuaciones, conforme surge del acta de procedimientos de fs. 10/11, donde a poco de haber tomado conocimiento del robo y homicidio del ciudadano M., personal policial procedió a efectuar un relevamiento de los locales de esparcimiento nocturno, y en base a las descripciones físicas y de vestimenta aportados por los testigos, demorando en un negocio cercano (más conocido como del rubro "pool"), a varios sujetos de sexo masculino, menores y mayores de edad, entre los que se encontraba el citado D., asegurando los numerarios que sus características fisonómicas resultaban coincidentes con las de los acusados, motivo por el cual es que decidieron trasladar a todos hasta la sede de la seccional interviniente.

Una vez allí, en circunstancias en que prestaba declaración la testigo M. B. G. (fs. 24/25), la citada efectuó un reconocimiento impropio, quien manifestó reconocer a D. como uno de los asesinos de J. C. M.

Asimismo, el procedimiento llevado a cabo, a poco de ocurrido el hecho, resultó corroborado por el titular de la Seccional de Moreno Primera, Inspector W. D. M., al igual que por el teniente primero G. C. P. y los oficiales L. D. I., R. M. Á. C. y H. G. Q. (fs. 337/341).

Posteriormente a ello, ordenadas las ruedas de reconocimiento correspondientes, ninguno de los testigos presentes reconoció a D. como uno de los asaltantes (fs. 456/467), y que, además, la propia M. B. G. no solo no señaló al joven imputado, como lo había hecho anteriormente, sino que refirió que encontraba más parecido a otro de los individuos que conformaban la fila, tratándose de D. H. M., ubicado en el número 3.

Concordantemente con ello, G. reconoció al condenado V. en la medida instrumentada a fs. 255/256, expresando en ese momento que se trataba de uno de los sujetos que había disparado a M., y que finalmente se desdijo respecto del señalamiento efectuado en la comisaría respecto de D., aduciendo que se había confundido.

En este sentido, debo poner de resalto que el repaso de lo ocurrido no es ocioso. Como puede verse la colecta de información tendiente a esclarecer la identidad de los autores del delito en cuestión resultó desprolija, llevando incluso a dirigir la acusación contra personas ajenas al hecho (como es el caso de D., al igual que en su oportunidad lo fue el coencausado C.), y según mi modesto entender, M. tampoco escapó a ello.

Es en esta instancia, donde los investigadores no pudieron dar con el paradero del citado R. y NN S., y decretada la liberad del joven D., es que apare-

ce el primer elemento que vincula al encartado M. con los acontecimientos enrostrados.

A fs. 518/520 (en causa N° 5231) y fs. 670 (causa N° 5308) obra la declaración testimonial vertida por el teniente N. G. O. C. El citado manifestó que cumplía funciones en el Gabinete de Homicidios del área investigativa, y que había sido comisionado por la superioridad a los fines de llevar adelante tareas de inteligencia tendientes a dar con los autores del presente hecho.

Así es que, en su oportunidad señaló que estarían vinculados al hecho NN O. C., NN C. A. R., y NN M., aportando domicilio de este último, el cual residía en calle ... esquina Vucetich del Barrio Parque Gaona, pudiendo observar que en la vivienda se encontraba estacionado un rodado marca Fiat Uno, de color verde, dominio ..., aclarando que el mismo pertenecía al sindicado, y que además habría sido utilizado para la comisión del ilícito.

A los fines de aportar tal información el numerario Curvello se basó en los datos aportados por un testigo que días más tarde también compareció ante la sede de la Fiscalía interviniente, cuya declaración fue recibida bajo reserva de identidad (fs. 528 causa 5231; y fs. 528 y 671 en causa 5308), quien durante el transcurso del debate fue identificado como H. J. V., y que según los datos aportados por M. (que resultaron confirmados con las constancias agregadas a fs. 409 y 426 del presente legajo, a través de la presentación efectuada a fs. 464/473, por el Señor Defensor Oficial ante este Tribunal, Dr. Mario Luis Coriolano), se trataba de un policía retirado, suministrando información basado en comentarios de personas o vecinos que pidieron no ser identificados por temor a sufrir represalias.

Posteriormente a ello, prestó declaración J. H. D. (fs. 586/587), también integrante de la DDI, ostentado el grado de teniente primero, el cual dijo que no pudo establecer el paradero de los sospechosos NN "S." y C. R., y que con relación a NN "M.", el mismo había sido detenido junto a C. en el marco de otra IPP y que se trataría del aquí imputado, A. M. M.

Como se advierte las deficiencias fueron numerosas.

En primer lugar, resultó imposible establecer un hilo conductor, que pudiera vincular eficazmente a C. o M. con hecho imputado o con el resto de los sujetos sindicados como coautores del homicidio en cuestión, más allá de los solitarios señalamientos efectuados por efectivos de la Delegación de Investigaciones interviniente. Y en este norte, remarco que los señalamientos resultaron solitarios, toda vez que sus dichos únicamente se remitieron a invocar la versión de vecinos o personas que se negaban a aportar datos por temor a sufrir represalias.

En segundo lugar, tampoco pierdo de vista que los nombrados agregaron información que, a esta altura no corresponde que mencione como novedosa, sino concretamente contradictoria con el resto de la prueba colectada hasta ese momento. En este sentido, dirigieron sus esfuerzos en sindicar un rodado, que aparentemente era propiedad de M. (lo cual no encontró correlato con la documental agregada a fs. 524), el cual aseguraron había sido utilizado por los malvivientes para perpetrar el ilícito en cuestión, y así vincular al justiciable con la comisión del mismo, pasando completamente por alto la circunstancia que todos los testigos de aquel momento resultaron contestes en mencionar que los sospechosos, luego de efectuar los disparos, se habían dado a la fuga del lugar a bordo de dos motovehículos, de 110 cc., del tipo Zanella o similar.

Y en tercer y último lugar, porque en este estadio nuevamente la dirección de la investigación resultó contradictoria con las aseveraciones efectuadas por una testigo con reserva de identidad (fs. 537, tratándose de G. A. A.), quien volvió a sindicar que los autores del hecho eran C. R., alias "C.", el condenado V., apodado "el P." y un tercer sujeto NN "S.", el cual residiría en el barrio Las Catonas de Moreno. Asimismo, negó que C. o M. estuvieran relacionados con el homicidio, toda vez que tres días antes habían protagonizado un accidente de tránsito, junto a una chica, a bordo de una moto, que habían recibido atención médica, y que C. había estado casi un mes con reposo.

Sobre tal circunstancia, me veo en la obligación de abrir un breve paréntesis. En tal sentido, he de destacar que la versión del acusado no pudo ser robustecida por las aseveraciones vertidas por D. O. P. (fs. 685/686), V. H. R. (fs. 687/688), C. C. V. (fs. 702/ vta.), R. I. H. (fs. 703/704), M. B. L. (fs. 705/706) y L. D. R. (fs. 707/ vta.), al igual que lo informado en la copia de historia clínica de fs. 717, donde se dejó constancia que el incuso ingresó al nosocomio local el 10/06/2008 y egresó el 11/06/2008 a las 6 de la mañana, presentando excoriaciones en brazo y pierna, ambos del lado izquierdo.

Es decir que las lesiones padecidas como consecuencia del accidente referenciado no se correspondieron con un cuadro de tal entidad que tuviera inmovilizado al justiciable en los días subsiguientes, lo cual terminó por corroborarlo en el contradictorio el galeno A. M. R., al igual que lo depuesto por R. A. y G. A. A., quienes aseguraron que M. fue atendido y que pudo retirarse del nosocomio por sus propios medios.

A esta altura, no puedo dejar de mencionar que, si bien la versión exculpatoria presentada por M., no pudo ser corroborada por los testigos de descargo ni encontró apoyo en la documental presentada, lo cierto es que el resto de los elementos colectados no permiten tener por acreditada la participación del nombrado en el homicidio investigado, con el grado de certeza necesaria que esta instancia requiere.

Sobre la cuestión traída a consideración de este Tribunal, advierto que los fundamentos vertidos por los Magistrados de mérito resultaron insuficientes e infundados, en una franca violación a lo normado por los artículos 168 y 171 de la Constitución Provincial.

Así, a fin de justificar su decisión, el "*a quo*" sostuvo que: "...En suma... las dos hermanas M. (G. y Y.) reconocieron a M., no dejando lugar a duda alguna...", y que "...Así pues, con las probanzas debidamente analizadas y ponderadas hasta aquí, se cierra un cuadro cargoso de tal consistencia y eficacia consecuente, que no aparece necesario referirse a los testigos de identidad reservada, ni a los cuestionamientos hechos por los señores defensores tanto a su respecto como a los cuestionamientos con que pretenden enervar las restantes diligencias...".

Los vicios argumentativos denunciados resultan evidentes.

Por un lado, en su momento nada justificó el cambio de rumbo de la instrucción donde, las tareas inicialmente encaminadas permitieron dar con uno de los responsables, hoy condenado a prisión perpetua, al tiempo que se pudo identificar a los restantes como C. A. R., hoy prófugo, y a un restante sindicado como NN "S.", mencionado por V. en su declaración como S. E., y que según las testigos A. viviría en el barrio Las Catonas de Moreno.

He de señalar una vez más que ese giro inexplicable en la línea investigativa únicamente encontró apoyo en las declaraciones formuladas por los funcionarios policiales encargados de llevar adelante las tareas de campo encomendadas.

De este modo las deficiencias apuntadas se patentizaron en el hecho que C. no fue reconocido en ninguna de las ruedas a las que fue sometido (ver fs. 595/599 en causa N° 5308), sucediendo lo mismo con M. en las respectivas diligencias con las testigos M. C. V. (de fs. 632/ vta.); G. S. M. (de fs. 633/ vta.); y Z. R. C. (de fs. 634/ vta.), a excepción de Y. R. M. (de fs. 630/631).

Respecto de esta última diligencia, por un lado, no puedo dejar de mencionar que la misma fue nulificada por el Juez de Garantías interviniente, debido a que fue materializada sin la posibilidad que M. pudiera contar con la debida asistencia letrada, a pesar de así haberlo manifestado. Es que en su oportunidad se informó a la Defensa Oficial que se prescindía de su presencia por encontrarse allí el letrado de confianza del inculpado, Dr. Bottegal, a quien al mismo tiempo no se le permitió participar, por no haber aceptado el cargo, es decir, que se vedó la posibilidad a la defensa técnica, tanto oficial como particular, de poder controlar el desarrollo del acto (resolución de fs. 735/740).

Y por otro lado, se aprecia que lo actuado no posee el peso probatorio suficiente para arribar a una sentencia de condena, en tanto la testigo M. no efectuó un reconocimiento positivo respecto de M., sino que refirió que: "...presentaba similares características al sujeto que describiera ya en su declaración como la persona que ingresara al comercio y se dirigiera hasta la caja registradora y la apuntara con un arma de fuego obligándola a entregar el dinero notando como única diferencia que a la fecha nota un aumento en su peso corporal...".

Que posteriormente a ello, fue efectuado un nuevo reconocimiento por parte de Y. R. M., esta vez sí con resultado positivo (fs. 787/788), el cual cumplió con todos los recaudos legales, en tanto el Dr. Bottegal fue notificado debidamente y con la antelación necesaria, quien además pudo presenciar y controlar el acto, no formulando oposición alguna al respecto (Conf. res. De la Cámara Departamental en incidente que corre por cuerda a la causa principal N° 4642, en IPP 245.367).

Arribado a esta instancia, considero que resulta innegable que los reconocimientos efectuados respecto del encartado M. tanto por G. S. M. y Y. R.

M. no poseen el peso incriminante que los setenciantes les asignan en el pronunciamiento puesto en crisis.

Respecto de la primera debo señalar que al materializase la rueda de fs. 633/vta., la misma expresó no reconocer a ninguno de los integrantes, y que finalmente pudo sindicar a M. recién durante el transcurso del debate, cuando precisamente el nombrado se encontraba sentado junto a V.

En relación a la testigo mencionada en segundo término, de igual manera que en el caso anterior, su relato estuvo contaminado, al haber tomado contacto con M. en esa primera rueda de reconocimiento, que fue finalmente nulificada, diligencia en la que, además, como ya lo apuntara "*ut supra*" no efectuó un señalamiento contundente respecto del inculpado, sino que se limitó a mencionar que poseía "similares características" a uno de los sospechosos.

Sumado a lo expuesto, tampoco deben perderse de vista las inconsistencias que se advierten entre los testimonios de G. S. y Y. R. M. a lo largo del proceso, al ser confrontados con el resto de la prueba producida durante el contradictorio.

En la dinámica del hecho imputado, logró establecerse que se hicieron presentes en el comercio damnificado cuatro sujetos de sexo masculino, dos de los cuales ingresaron directamente al fondo del negocio y reclamaron a J. C. M. que les entregara dinero en efectivo y demás pertenencias, trabándose uno de ellos en lucha con la víctima, mientras que un tercero, mediante intimidación con un arma de fuego les exigía a G. y Y. la recaudación de la caja, y finalmente un cuarto individuo esperaba afuera, cumpliendo un rol de "campana".

Asimismo, durante el forcejeo con el occiso uno de los malvivientes efectuó dos disparos contra el mismo, y luego que cayera al piso, el sujeto que se encontraba en el sector de cajas, intimidando a las hermanas M., se dirigió hacia la parte de atrás, momento en que, no se sabe a ciencia cierta cuál de los involucrados, efectuó al damnificado dos disparos más, para luego de ello, darse todos a la fuga del lugar del hecho a bordo de dos motovehículos de baja cilindradra.

En su oportunidad G. S. M. (declaraciones de fs. 12/13 y 67/68) refirió que solo se encontraba en condiciones de reconocer al masculino que la intimidó a punta de pistola y les robó la recaudación, en tanto a los dos restantes no los había visto, de modo tal que no pudo aportar datos sobre sus características físicas o de vestimenta. Sin embargo, durante la audiencia oral dijo reconocer a los dos imputados, indicando que eran aquellos sujetos que estaban en el fondo del supermercado al momento del hecho.

Por su parte, Y. R. M. (testimoniales de fs. 14/15 y 69/70) manifestó que no logró ver a los agresores, por lo que no pudo describirlos, y que solo estaba en condiciones de reconocer al sujeto que en un primer momento la había intimidado con un arma de fuego. Contrariamente a ello, en la diligencia de fs. 787/788, al señalar a M. dijo estar segura que el prevenido se dirigió junto a otro individuo al fondo del comercio, y durante la audiencia de debate, no pudo detallar cual fue el rol que le asignó al encausado durante el devenir de los acontecimientos.

Contrariamente, y como ya lo apuntara anteriormente, si según lo afirmara esta última testigo, M. fue uno de los sujetos que se dirigió directamente a la parte de atrás del negocio, ello no encuentra respaldo en las diligencias de fs. 632/vta. y 634/vta., en las que M. C. V. y Z. R. C. nunca reconocieron a M. como uno de los asaltantes.

De este modo, entiendo que los testimonios de G. S. M. y Y. R. M., de algún modo se vieron "contaminados" a lo largo del proceso, al haber tomado contacto con M. en repetidas ocasiones, constituyendo una merma en su incriminación, y ello debió ser debidamente justipreciado por los sentenciantes al momento de resolver.

En efecto, las conclusiones efectuadas, en torno a atribuirle responsabilidad al encartado, únicamente encontraron asidero en la versión aportada por aquellos funcionarios policiales encargados de llevar adelante las tareas investigativas, la cual fue perdiendo entidad convictiva a medida que fueron sumándose otros elementos de prueba al plexo cargoso, que contradijeron o neutralizaron a los primeros, todo lo cual impide arribar a un pronunciamiento de culpabilidad respecto de M.

Efectivamente, ninguna de las declaraciones valoradas por el *a quo* en su sentencia, permite tener por acreditados los extremos mencionados, de modo tal que, con la prueba hasta aquí recabada, a juicio de quien esto suscribe, no es posible asegurar, con el grado de certeza que esta instancia requiere, que el aquí encausado haya participado

del robo y el posterior homicidio que tuviera como damnificado al ciudadano J. C. M.

Efectivamente, como se aprecia del repaso efectuado, la investigación del homicidio del comerciante giró en torno a una serie encadenada de dichos policiales acerca de "...se comenta o personas dijeron que...", lo cual constituye un supuesto de "hear-say" que no encontró correlato en prueba o indicio alguno, lo cual si bien puede resultar válido para encaminar una pesquisa, no ocurre lo mismo para sustentar un pronunciamiento de condena.

No existe glosado a lo largo de toda la instrucción ningún testimonio ni documento que respalde la tesitura esgrimida por el acuse, y que a su vez permita arribar a una sentencia con el grado de certeza necesaria que esta instancia requiere.

Así, no pueden pasar desapercibidos los vaivenes de la actividad del Ministerio Fiscal, siendo que las variaciones en la dirección de investigación y la desprolija e incompleta colecta probatoria conspiraron desde el principio contra el éxito del caso que intentó construir vanamente la acusación.

Ante las inconsistencias señaladas considero que, ninguno de los elementos de prueba reseñados incriminan en forma directa al incuso M., por lo que entiendo que el *a quo*, en lo referente a este punto, ha incurrido en una total ausencia de fundamentación, dadas las circunstancias apuntadas *ut supra*.

De esta manera debo recordar que los fallos judiciales deben señalar cuáles han sido las fuentes que han formado convicción en el juzgador a efectos de que dicha decisión pueda ser revisada, y se impondrá la revocación del pronunciamiento recurrido cuando el mismo evidencie una notoria irrazonabilidad de la mencionada convicción, y ello sucederá cuando exista una fragmentaria e incompleta valoración de las pruebas adquiridas en el proceso que vicien la logicidad del fallo y exhiban una errónea aplicación de la ley.

Es decir que, es posible que aquellas conclusiones sean revisadas en esta instancia casatoria si se advierte que el razonamiento empleado es lógicamente incorrecto, y las que se extraigan sean contrarias a los principios que gobiernan el recto pensamiento humano, de la experiencia o de los conocimientos científicos.

Nuestra jurisprudencia ha dicho que: "...La competencia de esta cámara solo está circunscripta al control de validez de la prueba producida (legitimidad), si las conclusiones son coherentes con ella y responden al recto entendimiento humano (logicidad), y si la sustentación así construida es expresa, clara, completa y cumple con la exigencia de motivar observando el inexorable encadenamiento lógico, que obviamente no rebase los límites impuestos por la sana crítica, y que incluso descarte toda fundamentación que como tal pueda resultar aparente y que en definitiva y en realidad no exista por su manifiesta irrazonabilidad..." (Conf. CNCas Penal, Sala III, rta. 31/03/1999, del voto del Dr. Riggi).

"...En las cuestiones de pruebas excepcionalmente la Corte justifica su intervención, cuando en el fallo se han considerado en forma fragmentaria y aislada los elementos de juicio —indicios y presunciones—, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando se ha prescindido de la visión de conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios..." (CNCas. Penal, sala I, rta. 18/03/1997).

Como ya lo adelantara, la solución final a la que arribe un sentenciante debe ser la conclusión como consecuencia de la apreciación de los elementos del proceso en su conjunto, y no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso. O sea que dicha mecánica requiere de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.

Todo ello me lleva a afirmar que de la ponderación objetiva de la prueba surge la existencia de algunos elementos que pueden revestir el carácter de indicio, sin embargo ello no alcanza el umbral de certeza para conformar un grado de convicción necesaria que esta instancia requiere, en lo que respecta a la efectiva intervención del acusado en el hecho materia de estudio, lo que se traduce en una situación de duda que debe resolverse a su favor, siendo estrictamente aplicable el principio constitucional del "in dubio pro reo" (artículo 18 de la CN), motivo por el cual propiciaré la casación del fallo puesto en crisis y la consecuente absolución de A. M. M.

A mayor abundamiento recuerdo que el principio vulnerado debe aplicarse una vez valorada y apreciada la prueba, siendo de vital importancia que debe ser probada tanto la existencia de los hechos denunciados como la participación del acusado de manera certera, debiendo evitarse presunciones o estructuraciones dogmáticas que quebranten la garantía, atentándose de esta manera contra la certeza que requiere no solo una sentencia condenatoria sino más allá todavía, la propia de un derecho en un Estado constitucional (en igual sentido Roxin, Claus. "Derecho Procesal Penal", Ed. del Puerto, Bs. As. 2000 y Lopez de Oñate, Flavio. "La Certeza del Derecho". Ed. Jurídicas Europa-América. Bs. As. 1953).

Por todo lo expuesto, resultando la sentencia un acto jurisdiccional de fundamentación aparente y evidenciándose una situación de duda objetiva, se impone en mi criterio el acogimiento del recurso y la consiguiente absolución e inmediata libertad del encausado A. M. M., que será efectivizada por el *a quo* de no mediar otros impedimentos legales (artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 18 y 75 inc. 22 de la CN; 45 y 165 del CP; 1, 106, 209, 210, 366, 371 inc. 1 y 2, 373, 421, 424, 448, 450, 451, 454 inc. 1°, 463, 530, 531 y concordantes del Cód. Proc. Penal; arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Finalmente, entiendo que resulta inoficioso que me expida en relación al resto de los planteos efectuados por las defensas técnicas de los acusados, en tanto los mismos han perdido virtualidad, en función del tratamiento brindado a los remedios procesales incoados, de modo tal que deviene abstracto su análisis por parte del Tribunal.

Por lo expuesto, voto por la afirmativa.

La doctora *Budiño* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Kohan*, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

4ª cuestión. — El doctor *Kohan* dijo:

Visto el modo en que ha quedado resuelta la cuestión precedente, estimo que corresponde: 1) habilitar a intervenir en las presentes actuaciones en carácter de Amicus Curiae del Tribunal a la Asociación "Pensamiento Penal" y a la ONG "Innocent Project Argentina"; 2) remitir copia de lo aquí resuelto al Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mercedes, y recabadas oportunamente las planillas de antecedentes del causante O. L. C., se pronuncie en definitiva sobre la prescripción de la acción penal, sin costas, y; 3) Casar el resolutorio de grado, absolver a A. M. M. en orden al delito de homicidio en ocasión de robo por el que resultara condenado en el marco de las presentes actuaciones, del cual resultara víctima el ciudadano J. C. M., sin costas en esta instancia y en consecuencia disponer su inmediata libertad, medida que será efectivizada por el *a quo*, de no mediar impedimento legal alguno. A este fin notifíquese electrónicamente (artículos 18 y 75 inc. 22 de la CN; 1.1, 8.2.h, 18 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 15, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 45, 59, 62, 67 y 165 del CP; 1, 106, 121, 209, 210, 371 inc. 1 y 2, 373, 421, 424, 448, 450, 451, 454 inc. 1°, 460, 463, 530 y 531 y concordantes del Código Procesal Penal; Ac. 7/2013 y su reglamento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 7 inc. a) de la Ley Provincial N° 14.736, y; Ac. 3733/14 de la SCJBA).

Así lo voto.

La doctora *Budiño* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Kohan*, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve: I. Habilitar a intervenir en las presentes actuaciones en carácter de Amicus Curiae del Tribunal a la Asociación "Pensamiento Penal" y a la ONG "Innocent Project Argentina". II. Remitir copia de lo aquí resuelto al Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mercedes, y recabadas oportunamente las planillas de antecedentes del causante O. L. C., se pronuncie en definitiva sobre la prescripción de la acción penal, sin costas. III. Casar el resolutorio de grado, absolver a A. M. M. en orden al delito de homicidio en ocasión de robo por el que resultara condenado en el marco de las presentes actuaciones, del cual resultara víctima el ciudadano J. C. M., sin costas en esta instancia y en consecuencia disponer su inmediata libertad, medida que será

efectivizada por el *a quo*, de no mediar impedimento legal alguno. A este fin notifíquese electrónicamente. Rigen los artículos 18 y 75 inc. 22 de la CN; 1.1, 8.2.h, 18 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 15, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 45, 59, 62, 67 y 165 del CP; 1, 106, 121, 209, 210, 371 inc. 1 y 2, 373, 421, 424, 448, 450, 451, 454 inc. 1°, 460, 463, 530 y 531 y concordantes del Código Procesal Penal; Ac. 7/2013 y su reglamento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 7 inc. a) de la Ley Provincial N° 14.736, y; Ac. 3733/14 de la SCJBA. — *Mario E. Kohan.* — *María F. Budiño.*

ABUSO SEXUAL INFANTIL

Falta de intervención de la Asesora de Menores. Debido proceso. Acceso a la justicia. Derechos del niño. Nulidad del procedimiento.

1. — La decisión del Tribunal de negar intervención a la Asesora de Incapaces en el acto de declaración de la menor, en el debate oral, ha supuesto un claro avasallamiento a los derechos reconocidos a la joven víctima a contar con la asistencia especializada, pues el art. 103 del Cód. Civ. y Com. establece la participación necesaria del Ministerio Público en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, resultando esencial, en el ámbito penal, a la luz de la normativa convencional vigente, para garantizar la protección de los derechos de los niños víctimas, en tanto entran en juego valores como el interés superior de niño que merecen de especial tutela jurisdiccional.

2. — La negada intervención de la Asesora de Incapaces, entonces, quien fue relegada de su rol de representante de los derechos de la menor víctima a la de una mera espectadora del juicio en la que la joven fue interrogada sin asistencia alguna, supone una violación del debido proceso que conduce necesariamente a la nulidad del juicio de conformidad con lo establecido por el art. 202, inc. 2° del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires, en tanto se han inobservado los derechos convencionales y constitucionales de la damnificada.

3. — No puede desconocerse que el art. 202 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires contiene una enumeración taxativa de las distintas disposiciones cuya observancia "Se entenderá siempre prescripta bajo sanción de nulidad", mencionando en su segundo inciso "A la intervención del Ministerio Público en el proceso y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria". En el caso ventilado, dicha asistencia no pudo efectivizarse, toda vez que el Tribunal de la instancia negó la intervención de la Asesora de Incapaces en el debate.

TCasación Penal, Buenos Aires, sala III, 23/12/2021. - J., T. A.; P., L. L. y V., J. C. s/ recurso de queja (art. 433, CPP) interpuesto por particular damnificado.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/214085/2021]

Causa N° 113.577

La Plata, diciembre 23 de 2021.

Antecedentes

1) El 17 de septiembre de 2021, el Jurado Popular dictó veredicto de no culpabilidad en favor de T. A. J., L. L. P. y J. C. V. en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por el que venían imputados en la causa número 7337 de trámite por ante el Tribunal en lo Criminal número 3 de Mar del Plata.

2) El 30 del mismo mes, el órgano mencionado desestimó el planteo de inconstitucionalidad articulado por los particulares damnificados respecto al instituto de juicio por jurados y no dio tratamiento a las demás peticiones esbozadas por esa parte, incluida aquella referida a la anulación del debate y del veredicto, por estimarlas inadmisibles; ratificando su decisión al resolver la presentación del 4 de octubre de ese mismo año.

3) Luego, y conforme surge de las constancias del Sistema Augusta, el 15 de octubre siguiente, el citado órgano volvió a pronunciarse sobre la inadmisibilidad de la impugnación del particular damnificado, rechazando el recurso de casación articulado; lo que motivó la interposición de la presente queja.

4) Radicadas las actuaciones en esta Sala con trámite abreviado y noticia a las partes, se resolvió

tener por presentadas a la Directora Ejecutiva del Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia, Andrea Cecilia Balleto y la Directora Provincial de Situaciones de Alto Riesgo y Casos Críticos del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires, Silvina Perugino, en el carácter invocado, acompañando el recurso del particular damnificado, y a la Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Marisa Graham, como colaboradora del Tribunal.

Encontrándose la Sala en condiciones de resolver, se tratan y votan las siguientes cuestiones:

1ª ¿Corresponde hacer lugar a la queja intentada? En su caso, ¿se verifica una situación incompatible con el debido proceso que conduce a la nulidad del juicio y veredicto dictado en consecuencia? 2ª ¿Qué pronunciamiento debe dictar?

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

I.

En su profusa presentación, Gisela Mendoza y Esteban Luis Aller, constituidos como particulares damnificados en este proceso, con el patrocinio letrado de sus abogados, articulan y desarrollan los numerosos argumentos que fundan su queja contra la denegatoria del *a quo*, los que seguidamente reseñaré a fin de facilitar una acabada comprensión del caso ventilado.

Los recurrentes comienzan su exposición señalando que la resolución atacada resulta violatoria de la garantía constitucional de acceso a la justicia y debido proceso en tanto cercena el derecho de la víctima menor de edad a la revisión de un fallo adverso a sus intereses, particularmente cuando el mismo se deriva de un debate viciado de nulidad.

En ese sentido, destacan que los actos desarrollados durante la audiencia de juicio oral, y en especial, la declaración testimonial que la víctima prestara en dicha oportunidad, fueron desarrollados sin la intervención necesaria de la Asesora de Menores e Incapaces, lo que torna nulo el debate y el veredicto dictado a consecuencia, constatándose un estado de grave indefensión de la menor.

Sostienen que se hallan en juego cuestiones de género que ameritan la admisión del recurso y argumentan la colisión de normas supraconstitucionales con las del ordenamiento procesal local, que limitan la posibilidad de la víctima de recurrir un veredicto de no culpabilidad, citando la normativa pertinente.

Repiten que la declaración de la víctima en el debate no fue llevada a cabo en las condiciones establecidas por la manda ritual, subrayando que la joven no declaró en presencia de una psicóloga y que pese a la expresa y reiterada solicitud de los peticionantes, la Asesora de Menores e Incapaces fue excluida del debate, relegada al rol de mera "observadora" cuando la ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa expresamente establece que las Defensorías y Asesorías Públicas de Menores e Incapaces "son parte necesaria, en el ámbito penal, en todo expediente que se forme respecto de una persona menor de edad, autor o víctima de delito, conforme las leyes pertinentes para su protección integral" indicando que "Deben intervenir en todo acto procesal del cual pueda derivarse un beneficio o perjuicio para sus defendidos y estar presentes en cada ocasión en que estos fueren citados".

Insisten en que dicha decisión colocó a la niña en un estado de vulnerabilidad, alegando que se vio sometida al interrogatorio de las defensas sin control de una psicóloga especialista en abuso sexual, tal como lo marca la norma procesal y agregan que no se llevó a cabo la entrevista previa para determinar si la menor se encontraba en condiciones de declarar, supliendo ello el *a quo* con un certificado de aptitud presentado cuatro días antes del inicio del debate; aspectos todos sobre los que el juez de grado no se pronunció con el dictado de la resolución de inadmisibilidad cuestionada.

Por otra parte, aducen el incumplimiento de las instrucciones impartidas por el juez técnico respecto a la prohibición de ventilar cuestiones atinentes a la vida sexual de la víctima con anterioridad y posterioridad a los hechos investigados para garantir su derecho a la intimidad, y argumentan que tanto los peritos de parte como las defensas impusieron estereotipos de género que terminaron perjudicando a la víctima, destacando que hubiera sido importante la inclusión de la perspectiva de género en las instrucciones impartidas al jurado.

Finalmente, cuestionan la constitucionalidad del procedimiento de juicio por jurados por entender que contraría normativa constitucional, convencional y hasta local, al impedir que la menor víctima de un delito de violencia de género pueda recurrir la sentencia dictada si aquella le

causa agravio, señalando que comporta una palmaria desigualdad ante la ley y afecta severamente el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva reconocida en la normativa que citan.

También indican que supone una revictimización al exponer a la menor a tener que dar explicaciones ante un jurado que no se encuentra capacitado ni sensibilizado en cuestiones de género.

II.

De la reseña previamente efectivizada surge con palmaria claridad que una de las razones en las que los peticionantes fundan su presentación ante esta Sede, es precisamente la inobservancia de una disposición establecida por el mismo Código ritual bajo sanción de nulidad que conduce a la afectación de las garantías de debido proceso y acceso a la Justicia.

Concretamente denuncian que todos los actos realizados durante la audiencia de debate, y en especial, la declaración testimonial de la víctima menor de edad, fueron desarrollados sin la intervención de la Asesora de Menores e Incapaces, a quien el Tribunal le negó su participación en el proceso pese a la férrea protesta e impugnación de la representante minoril, colocando a la niña en una situación de vulnerabilidad.

Ciertamente no puede desconocerse que el artículo 202 del Cód. Proc. Penal contiene una enumeración taxativa de las distintas disposiciones cuya observancia "Se entenderá siempre prescripta bajo sanción de nulidad", mencionando en su segundo inciso "A la intervención del Ministerio Público en el proceso y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria". La Ley Orgánica del Ministerio Público —ley 14.442— establece en su artículo 38 los deberes y atribuciones del Asesor de Incapaces, prescribiendo que debe "Intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces, cuando las leyes lo dispongan, so pena de nulidad de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes —por acción u omisión— la hubieren impedido" (inciso 1°) y "Asistir al incapaz en toda audiencia ante los jueces de la causa, cuanto de cualquier otro magistrado que requiera su comparendo" (inciso 3°).

Como acertadamente lo marcan los recurrentes, en el caso ventilado, dicha asistencia no pudo efectivizarse, toda vez que el Tribunal de la instancia negó la intervención de la Asesora de Incapaces en el debate; lo que motivó la interposición por parte de aquella del recurso de reposición a la postre rechazado, y sus sucesivas presentaciones acompañando a los particulares damnificados.

La Convención sobre Derechos del Niño, incorporada al texto de la Constitución Nacional por vía del artículo 75 inciso 22° y asentada en la "doctrina de la protección integral" de la que se deriva, como principio general, la obligación de atender al "interés superior del niño", en su artículo 4° prescribe la obligación de los estados partes de adoptar "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención". En cumplimiento de dicho compromiso, el 28 de septiembre de 2005 el Congreso Nacional sancionó la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes, que en su artículo 27 dispone "Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías...c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya...".

Sin lugar a dudas, llevan razón los peticionantes cuando sostienen que, en el caso de autos, la decisión del Tribunal de negar intervención a la Asesora de Incapaces en el acto de declaración de la menor J. A., en el debate oral, ha supuesto un claro avasallamiento a los derechos reconocidos a la joven víctima a contar con la asistencia especializada que refiere la normativa antes citada; pues como acertadamente lo marca la Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en su presentación como colaboradora ante este Tribunal, el artículo 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece la participación necesaria del Ministerio Público en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, resultando esencial, en el ámbito penal, a la luz de la normativa convencional vigente, para garantizar la protección de los derechos de los niños víctimas, en tanto entran en juego valores como el interés superior de niño que merecen de especial tutela jurisdiccional.

Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia, al dictar la Resolución 99/2019, cuyo artículo primero reconoce la intervención necesaria del Asesor de Incapaces "en todo proceso donde se investigue la presunta comisión de delitos contra la integridad sexual que tuvieran como víctima a una persona menor de edad, con capacidad restringida o incapacidad".

La negada intervención de la Asesora de Incapaces, entonces, quien fue relegada de su rol de representante de los derechos de la menor víctima a la de una mera espectadora del juicio en la que la joven fue interrogada sin asistencia alguna, supone una violación del debido proceso que conduce necesariamente a la nulidad del juicio de conformidad con lo establecido por el artícu lo 202 inciso 2° del Cód. Proc. Penal, en tanto se han inobservado las disposiciones mencionadas más arriba referentes a la necesaria intervención de la nombrada y, con ello, los derechos convencionales y constitucionales de la damnificada.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde, y así lo propongo al Acuerdo, admitir la queja intentada, sin costas, y declarar la nulidad del juicio y veredicto dictado en consecuencia, con devolución de jurisdicción al tribunal de primera instancia para que, a través de juez hábil, se convoque a otro jurado y se renueven los actos procesales necesarios para la realización de un nuevo juicio y el dictado de un pronunciamiento conforme a derecho (artículos 18 y 75 inciso 22° de la CN; 3, 12 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1° de la ley 23.849; 4 y 27 de la ley 26.061; 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; 202 inciso 2°, 433, 450, 451, 453, 461, 530 y 531 del Cód. Proc. Penal; 38 de la ley 14.442; y 1° de la Resolución 99/2019 de la Suprema Corte de Justicia).

En consecuencia, a esta primera cuestión, Voto por la afirmativa.

El doctor *Borinsky* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Violini*, por sus fundamentos y a esta cuestión Voto por la afirmativa.

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

De conformidad al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde admitir la queja intentada, sin costas, y declarar la nulidad del juicio y veredicto dictado en consecuencia, con devolución de jurisdicción al Tribunal en lo Criminal número 3 de Mar del Plata para que, a través de juez hábil, a través de juez hábil, se convoque a otro jurado y se renueven los actos procesales necesarios para la realización de un nuevo juicio y el dictado de un pronunciamiento conforme a derecho (artículos 18 y 75 inciso 22° de la CN; 3, 12 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1° de la ley 23.849; 4 y 27 de la ley 26.061; 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; 202 inciso 2°, 433, 450, 451, 453, 461, 530 y 531 del Cód. Proc. Penal; 38 de la ley 14.442; y 1° de la Resolución 99/2019 de la Suprema Corte de Justicia). Así lo voto.

El doctor *Borinsky* dijo:

Voto en igual sentido que el doctor *Violini*.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo dictando el Tribunal, la siguiente resolución: I. Admitir la queja intentada, sin costas. II. Declarar la nulidad del juicio y veredicto dictado en consecuencia, Con Devolución de Jurisdicción al Tribunal en lo Criminal número 3 de Mar del Plata para que, a través de juez hábil, se convoque a otro jurado y se renueven los actos procesales necesarios para la realización de un nuevo juicio y el dictado de un pronunciamiento conforme a derecho. Rigen los artículos 18 y 75 inciso 22° de la CN; 3, 12 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1° de la ley 23.849; 4 y 27 de la ley 26.061; 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; 202 inciso 2°, 433, 450, 451, 453, 461, 530 y 531 del Cód. Proc. Penal; 38 de la ley 14.442; y 1° de la Resolución 99/2019 de la Suprema Corte de Justicia. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase a origen. — *Víctor H. Violini. —Ricardo Borinsky.*

IMPUTADO ARREPENTIDO

Falta de reglamentación provincial. Nulidad de la resolución que no homologa el acuerdo. Prisión preventiva. Pedido de morigeración. Cuidado de familiar que padece discapacidad. Rechazo.

1. — La magistrada ha pasado por alto que a través de la ley 27.304 —imputado arrepentido— se efectuó una modificación al Código Penal por la cual se incorporó el —actual— art. 41 ter, cuya aplicación —en tanto norma sustantiva— no puede soslayarse argumentando una falta de reglamentación provincial.

2. — No se encuentran presente la excepcionalidad requerida por el artículo 163 del CPP de Buenos Aires para la concesión de la morigeración de la prisión preventiva, en tanto las circunstancias vinculadas con el cuidado y atención del familiar del detenido, no puede enmarcarse en lo previsto por el art. 10, inc. f) del Cód. Penal y abastecer, por esas razones, los requisitos exigidos por el legislador provincial y nacional.

3. — La situación que pone en conocimiento la defensa en relación con la discapacidad del primo de causante y a su necesidad de contar con un acompañamiento y cuidado que el procesado podría brindar, no son suficientes para abastecer la exigencia de excepcionalidad que impone el art. 163, Cód. Proc. Penal de Buenos Aires. Máxime si se tiene en cuenta que, conforme surge del informe socioambiental, la persona incapaz se encuentra actualmente viviendo junto a su curadora judicialmente designada, quien tiene la función de velar por la persona y los bienes del incapaz, y tratar de que recupere su salud.

CGarantías en lo Penal, Bahía Blanca, Sala I, 03/12/2021. - G. s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y acumuladas.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/209705/2021]

IPP N° 20.641/I y 21.175/I

2ª Instancia.- Bahía Blanca, diciembre 3 de 2021.

1ª ¿Es justa la resolución apelada en la IPP 21.289/I? 2ª ¿Es justa la resolución apelada en la IPP 20.641/I? 3ª ¿Es justa la resolución apelada en la IPP 21.175/I? 4ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

En el marco de la IPP N° 21.289/I, el Sr. Defensor Particular —Dr. Gabriel Giorigiani— interpone recurso de apelación contra la resolución dictada por la Sra. Jueza, interinamente a cargo del Juzgado de Garantías N° 1 de Tres Arroyos —Dra. Fabiana Brandolín—, por la que no hizo lugar a la nulidad peticionada y dispuso la elevación a juicio de la presente causa.

Se agravia por considerar que la requisitoria de elevación a juicio resulta inválida, en tanto se habría utilizado información que permite vincular a una persona identificada como X. con el contacto agendado como "Y" (en el teléfono del procesado), del que surgiría el contenido de lo declarado por el justiciable en el marco del acuerdo formalizado en los términos de la ley 27.304, pero que no fuera homologado por la Jueza de Grado.

Sostiene que de esa falta de homologación, se derivaría la prohibición para la Agencia Fiscal de valorar tales referencias y que, al haber sido invocada entre los fundamentos de acusación, conllevaría a la nulidad del acto.

Refiere que son insuficientes las alegaciones por las que se sostiene que la vinculación de ese nombre con el contacto "Y", surgiría de una interpretación armónica de las piezas procesales de la investigación y de las obrantes en la IPP N° 02-01-001353-21/00, y que no se ha especificado "...qué prueba concretamente puede inducir que el sobrenombre "Y" corresponde a X...."

Solicita se revoque el auto apelado y se declare la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo su confirmación.

En ese sentido, destaco que —tal como expresó la Sra. Agente Fiscal y, también, la Jueza de Grado— no advierto que se haya valorado el contenido de lo declarado por el procesado en el marco del acuerdo que formalizara con el Ministerio Público Fiscal (y que pretendiera enmarcarse en los términos del artículo 41 ter del CP).

Como ha expuesto la Sra. Agente Fiscal al contestar la vista conferida, puede leerse en el informe policial realizado el 23/04/2021 —a fs. 148 vta.—, que el personal policial actuante expresó que "...G. realizaba la actividad junto al contacto agendado como Y...." especificando que "...De averiguaciones practicadas, la dicente pudo establecer que el contacto "Y" se trataría de X., titular del DNI N° ..., domiciliado en calle ..., observándose sobre mano izquierda un taller, lugar donde X. realiza entrega de estupefacientes...".

Lo que surge de esas actuaciones, más allá de cuál fuera el valor convictivo que pudiera asignársele, respalda —de alguna manera— lo afirmado

por la Agente Fiscal en relación a la vinculación entre el procesado y el nombrado X., lo que confronta lo expresado por el recurrente.

A su vez, destaco que, conforme surge de la resolución de fs. 167, el acuerdo realizado entre el imputado y la Agencia Fiscal se realizó el 11 de junio de 2021, mientras que la información ofrecida por el personal policial —que valoró la Agente Fiscal y que destaque precedentemente—, obra desde el mes de abril, lo que demuestra la anterioridad y desvinculación de lo "valorado" con lo que se obtuvo de lo "acordado". Ello sella la suerte de lo peticionado.

A esta primer encuesta, respondo por la afirmativa.

El doctor *Soumoulou* dijo:

Por los mismos fundamentos que el doctor Barbieri, voto de la misma manera.

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

En el marco del incidente N° 21.175/I del registro de esta Sala I, el Sr. Defensor Particular, Dr. Gustavo Giorgiani, interpuso recurso de apelación contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías N° 4 Departamental, Dra. Marisa Promé, por la que no hizo lugar a la morigeración de prisión preventiva.

Se agravia por considerar que la resolución no ha sido debidamente motivada, en los términos del artículo 106 del CPP, ya que en su escrito solicitaba que su pretensión se tramitara en los términos del CPP.

Expresa que ha quedado acreditado que el sobrino del procesado, de nombre F., de 50 años de edad, padece "retraso mental severo permanente", por lo que requiere una acompañante, y que su curadora judicialmente designada, la Sra. A. (quien fuera pareja del imputado) no ha convivido con él desde hace seis años (siendo que al haberse separado del procesado, quedó al cuidado de este último).

Señala que, conforme surge del informe socioambiental agregado en autos, la Sra. A. no puede hacerse cargo del discapacitado y que esa presencia en su hogar provoca dificultades, destacando que, de otorgarse el arresto domiciliario a su asistido, él podría continuar haciéndose cargo de su primo.

Digo por mi parte que considero que debe avalarse la decisión de la Sra. Jueza *a quo*.

En principio, entiendo que la decisión no presenta el déficit de fundamentación denunciado, siendo que —como puede leerse en el resolutorio de fs. 31/34 de la incidencia— la Magistrada de Grado ha abordado los distintos puntos que fueron planteados por la parte, habiendo resultado adecuado el tratamiento, de acuerdo a una interpretación que se ha ajustado las previsiones normativas del Código Procesal Penal y que ha valorado, también, la posible satisfacción de la situación normada en el artículo 10 inc. f del CP, conforme puede leerse en la página 5.

A su vez, comparto los fundamentos expuestos por la Jueza de Grado en cuanto consideró que no se encuentran presente la excepcionalidad requerida por el artículo 163 del CPP para la concesión de la morigeración, en tanto las circunstancias vinculadas con el cuidado y atención del familiar del detenido, no puede enmarcarse en lo previsto por el artículo 10 inc. f del CP y abastecer, por esas razones, los requisitos exigidos por el legislador provincial y nacional.

Señalo, como lo he resuelto reiteradamente, que en el texto de del artículo 163 del CPP. —a partir de la normativa establecida en la ley 13.943— el legislador provincial ha equiparado los extremos de concesión de la morigeración (y más allá de los casos previstos en el art. 159 para las alternativas) a aquellos parámetros previstos en el art. 170 del Rito para la excarcelación extraordinaria (ver entre otros IPP N° 9244/I y 10788/I), requiriendo —para sendas decisiones— el rasgo de excepcionalidad en el hecho y/o en el sujeto para su concesión, lo que en este caso no advierto, ya que no surge del incidente ninguna situación que pueda razonablemente ser calificada como excepcional en los términos exigidos por la ley de forma.

Considero, siguiendo esas pautas de análisis, que la situación que pone en conocimiento la defensa en relación a la discapacidad del primo de causante y a su necesidad de contar con un acompañamiento y cuidado que el procesado podría brindar, no son suficientes para abastecer —en este caso— la exigencia de excepcionalidad que impone la norma procesal. Máxime si se tiene en cuenta que, conforme surge del informe socioam-

biental agregado al incidente, la persona incapaz se encuentra actualmente viviendo junto a su curadora judicialmente designada, quien —conforme dispone en el artículo 138 del Cód. Civ. y Com. de la Nación— tiene la función de velar por la persona y los bienes del incapaz, y tratar de que recupere su salud.

Sin perjuicio de ello considero recomendable que el a quo otorgue vista de tal informe y de lo referenciado por la Curadora, tanto al Tribunal de Familia actuante como asimismo a la Asesoría de Incapaces que correspondiera a los fines de que tomen conocimiento.

En lo referente a la apreciación de los peligros procesales que prevé el art. 163, en relación al 148 del CPP, que resultan de ineludible consideración a fin de evaluar la procedencia de la medida requerida, comparto con el órgano de la instancia los indicadores que se tuvieron en cuenta para presumir el riesgo de fuga, obtenidos a partir de la magnitud de la pena en expectativa y de la gravedad del hecho imputado.

Destaco, en el que hace al el quantum punitivo al que podría ascender la condena, que a G. se le imputa el delito tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en los términos del artículo 5 inc. c de la Ley N° 23.737, lo que implica una escala penal que tiene como punto de partida un mínimo de 4 años y un máximo de 15 años de prisión (demostrando un tope de especial gravedad), que impide encuadrar el caso en alguno de los supuestos previstos por el artículo 169 para la excarcelación.

La valoración conjunta de estos extremos (cualitativos y cuantitativos), no constituye una fundamentación genérica y estereotipada, sino que implica la apreciación de dos aspectos que, valorados en forma conjunta, abastecen debidamente los baremos indiciarios normado en el art. 148 del CPP.

Asimismo, entiendo que, debe valorarse la gravedad del hecho por el que se lo acusa, debiendo destacar que se hallaron en su poder más de 40 gramos de cocaína, destinada a ser comercializada, como a su vez la cantidad de operatorias que surgen del contenido de las comunicacones obtenidas de su teléfono celular.

Señalo esas circunstancias, en tanto resultan aspectos relevantes a tener en cuenta conforme a la pautas establecidas por el legislador en el art. 148 del CPP para evaluar riesgos procesales, lo que se ajusta ha lo resuelto nuestro Máximo Tribunal Nacional en los precedentes "Lizarraga" (CSJN, Fallos: 311:1414) y "Stancato" (CSJN, Fallos 310:1835), siendo en el mismo sentido la doctrina del fallo de la Sala III del TCPBA en fecha 06/08/2011, causa 47.223.

Cabe recordar que la libertad durante la tramitación del proceso (artículo 144 del Cód. Proc. Penal) encuentra límites en cuanto se la relaciona con los fines del proceso penal; el denominado genéricamente "peligro procesal" constituye un aspecto que legítimamente puede ser considerado a efectos de establecer dichos límites y, en este caso, se da por acreditado. Por ello debe confirmarse el resolutorio apelado, al considerar que no se advierte alguna situación de excepcionalidad como para dar por abastecida la exigencia normativa del artículo 163 del Rito y que, en caso de no encontrarse privado de la libertad en un contexto institucional, el justiciable intentará evadir la acción de la justicia y entorpecer la investigación (arts. 148, 157, 169 a contrario sensu, 171, 421, 439 y cdtes del CPP).

Respondo por la afirmativa.

El doctor *Soumoulou* dijo:

Por los mismos fundamentos que el doctor Barbieri, voto de la misma manera.

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

En el marco de la IPP N° 20.641/I, apela la Defensa la resolución por la que la Jueza de Garantías interviniente resolvió no homologar el acuerdo al que arribaron el Ministerio Público, el imputado y la Defensa, en los términos del artículo 41 ter del CP.

Se agravia por considerar que su asistido colaboró de forma voluntaria para arribar a un acuerdo con el Ministerio Público Fiscal, tal como el que se establece en la ley 27.304, ofreciendo información sobre personas involucradas en delitos relacionados con estupefacientes, y que permitirían tramitar investigaciones sobre personas vinculadas al trafico de sustancias (como prevé el artículo 41 ter del CP).

Sostiene que la decisión de la Jueza por la que se resolvió no homologar dicho acuerdo es "...una construcción dogmática puramente personal..." que conlleva a la —arbitraria— inaplicación del

artículo 41 ter del CP, siendo que la regulación de la ley 27.304 (para seguir el trámite adecuado para formalizar el acuerdo) debe primar, al conllevar una modificación del quantum punitivo. Agrega que, de no aplicarse esa ley, se afectaría del derecho de igualdad que emana del artículo 16 de la CN, y que tratándose de disposiciones de carácter penal, y no meramente procesal, no se requiere una reglamentación específica para su aplicación en jurisdicción provincial.

Solicita la nulidad del auto dictado.

Analizados los agravios y el contenido del resolutorio apelado, propondré al acuerdo hacer lugar al recurso, y disponer la nulidad de la resolución dictada por la Jueza de Grado atento que sus consideraciones, por las que en última instancia prescinde de la aplicación del artículo 41 ter al caso, no constituyen una derivación razonada del derecho vigente.

Tal como he resuelto en numerosas oportunidades, advertida la existencia de un vicio con entidad nulificante, me encuentro facultado a entender en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 segundo párrafo y 435 del Cód. Proc. Penal, y en los artículos 18 de la CN y 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

En ese sentido, sostuve en la IPP N° 9698/I, el 26/10/2011, que conforme manda el artículo 203 del Código de Forma, deben ser declaradas las nulidades que impliquen violación a las normas contenidas en la Constitución Nacional. En este sentido, ha sido la Suprema Corte de nuestra Provincia quien ha resuelto que "...en procura de un adecuado servicio de justicia constituye un requisito emanado de la función jurisdiccional de esta Corte el control —aún de oficio— del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado..." (SCBA P. 78.360, S 22/09/2004).

A su vez, y en relación al déficit que advierto en la justificación, recuerdo que es requisito constitucional que las resoluciones judiciales se encuentren debidamente fundadas y motivadas en del derecho vigente y en los hechos probados (arts. 1 y 18 de la CN) a fin de evitar que sean solo expresión de voluntad del juzgador, como así también que no contengan una motivación contradictoria, en respeto del debido proceso.

El tema se vincula con el art. 1° de la Carta Magna Nacional que establece el régimen republicano de gobierno, y del que se deriva el requisito de publicidad y control de los actos de los Funcionarios y Magistrados, permitiendo conocer en virtud de qué motivos se dictan las resoluciones y sentencias. Cumplimentados dichos extremos los justiciables quedan resguardados de las decisiones arbitrarias de los Jueces, que no podrán juzgar las causas a capricho, sino que resultan obligados a enunciar las pruebas y los motivos que dan base a su juicio y a valorarlas racional y expresamente.

También, en relación al art. 18 del mismo texto fundamental, la obligación de motivación posibilita el control de los fallos, toda vez que cuando la fundamentación no alcanza a conformar un desarrollo que permita el análisis crítico se hace imposible el control recursivo, vulnerándose las reglas del debido proceso legal. Como anticipé, entiendo que la resolución apelada no cumple con aquellas exigencias previstas por los artículos 168 y 171 de la Constitución Provincial y 106, y 210 del CPP.

Como puede leerse, la Magistrada resolvió no homologar el acuerdo que le fue presentado, por entender que la ley 27.304 no resulta aplicable a la jurisdicción provincial y que, para ello, se "...requiere necesariamente el dictado de una norma procesal que establezca de manera clara y precisa los alcances...", destacando que el artículo 18 de esa ley nacional invita a la Provincia a adoptarlas, para concordarlas con sus disposiciones. Sostuvo a su vez, citando jurisprudencia del Tribunal de Casación Provincial, que el caso es análogo a lo resuelto por la SCBA en relación a la no aplicación de la ley nacional 27.372 en el ámbito provincial.

Sin embargo, y más allá de la opinión que pudiera tenerse en relación a la vigencia en la jurisdicción provincial de aquellas disposiciones contenidas en la ley nacional N° 27.304 (a las que pudiera adjudicársele contenido netamente procesal), la Magistrada ha pasado por alto que a través de dicha ley se efectuó una modificación al Código Penal por la cual se incorporó el —actual— artículo 41 ter, cuya aplicación —en tanto norma sustantiva— no puede soslayarse argumentando una falta de reglamentación provincial. Máxime si se tiene en cuenta que, sin perjuicio de lo recomendable de seguir un procedimiento específico tal como el previsto por la ley 27.304, en principio no

se advierte del texto del artículo 41 ter del CP que las condiciones de aplicación y las soluciones normativas previstas, no pudieran hacerse operativas sin una regulación procesal específica.

Reside allí una sensible diferencia con la jurisprudencia analógicamente invocada por la Jueza de Garantías, ya que la ley 27.372 —además de los principios y definiciones que establece— se ha tratado de una ley modificatoria del CPPN y no introdujo reforma alguna al Cód. Penal, como ocurre con la norma sobre la que versó la decisión de la Jueza de Grado.

Así, aún siguiendo la visión de la *a quo,* resultaba necesario que se expida en relación a la aplicación —o no— del artículo 41 ter del CP al caso y que ofreciera una justificación jurídicamente adecuada, lo que torna arbitraria la resolución por estar desprovista del respaldo normativo que constitucionalmente se le exige.

Ello, sin perjuicio de que resultaría recomendable como buena práctica, ante la ausencia de una reglamentación procesal provincial específica para al realización de los acuerdos previstos en el artículo 41 ter del CP y hasta tanto se cuente con esa normativa, el seguimiento de las pautas previstas en la 27.304 a fin de procurar ofrecer un trámite homogéneo en las distintas jurisdicciones y dotar de la mayor eficacia al instituto, tanto a fines investigativos como en lo que hace a los derechos de los justiciables.

Propongo entonces disponer la nulidad del auto apelado, en el marco del incidente N° 20.641/I, y la remisión del mismo —junto a los expedientes acumulados sobre los que ha versado este decisorio— a fin de que, previo a la elevación de los autos a la instancia de debate, el Juzgado de Garantías se expida en torno a la aplicación de las previsiones del artículo 41 ter. del CP al caso, atento las consecuencias que de ella podrían derivarse para el devenir del proceso, en especial para la medida cautelar vigente.

A la tercer cuestión, voto por la negativa.

El doctor *Soumoulou* dijo:

Por los mismos fundamentos que el doctor Barbieri, voto de la misma manera.

4ª cuestión. — El doctor *Barbieri* dijo:

Atento el resultado alcanzado al tratar la primera cuestión, corresponde confirmar las resoluciones dictadas en las IPP N° 21.289/I y 21.175/I, y disponer la nulidad del auto apelado en el marco de la IPP N° 20.641/I, debiendo enviarse la totalidad de los expedientes acumulados —sobre los que ha versado este decisorio— a fin de que, previo a la elevación de los autos a la instancia de debate, el Juzgado de Garantías (integrado por juez hábil) se expida en torno a la aplicación de las previsiones del artículo 41 ter. del CP al caso, atento las consecuencias que de ella podrían derivarse para el devenir del proceso, en especial para la medida cautelar impuesta al imputado.

Así lo voto.

El doctor *Soumoulou* dijo:

Adhiero por sus fundamentos al voto del doctor *Barbieri* y sufrago en ese sentido.

Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que son justas las decisiones dictadas en las IPP nro. 21.289/I y 21.175, y que es nula la resolución recurrida en la IPP N° 20.641/I.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este Tribunal, resuelve: confirmar decisiones dictadas en las IPP N° 21.289/I y 21.175, y disponer la nulidad del auto apelado en la IPP N° 20.641/I., debiendo enviarse la totalidad de los expedientes acumulados —sobre los que ha versado este decisorio— a fin de que, previo a la elevación de los autos a la instancia de debate, el Juzgado de Garantías (debidamente integrado) se expida en torno a la aplicación de las previsiones del artículo 41 ter. del CP al caso, atento las consecuencias que de ella podrían derivarse para el devenir del proceso, en especial para la medida cautelar impuesta al imputado. (Arts. 203 del CPP, 41 ter CP, Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN y 8.1. CADDHH). Notificar al Ministerio Público Fiscal y a la Defensa. Cumplido remitir a primera instancia, donde deberá notificarse al procesado y proseguirse con el trámite. — *Gustavo A. Barbieri. — Pablo H. Soumoulou.*

PASE SANITARIO

***Habeas corpus.* Alcances. Inadmisibilidad de la vía intentada.**

1. — Los cuestionamientos efectuados por el accionante en torno a la obligatoriedad de exhibir el certificado que acredite el esquema

de vacunación contra el virus SARS-Cov2, traspasan el acotado marco del *habeas corpus,* cuyo análisis debe ceñirse a si ello constituye una afectación ilegítima a su libertad ambulatoria.

2. — Las dificultades para realizar los trámites de la vida cotidiana relatadas por el accionante no constituyen ninguno de los supuestos contemplados en el art. 405 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires —*habeas corpus*—, en tanto la cuestión planteada se limita a intentar obtener del juez de turno un pronunciamiento acerca de la legitimidad o ilegitimidad de las disposiciones contenidas en la decisión administrativa 1198/2021 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y en las resoluciones ministeriales dictadas bajo los números 460 y 461/2021 por el gobierno de la provincia de Buenos Aires, que imponen el "Pase Libre COVID-19".

3. — Las normativas impugnadas evidencian la voluntad de la administración de llevar adelante una política pública sanitaria para asegurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de la salud, cuyo análisis acerca de la oportunidad, mérito y conveniencia resulta totalmente ajeno al *habeas corpus.*

CGarantías en lo Penal, Mercedes, sala I, 14/02/2022. - Martinelli, Eduardo Rafael s/ *habeas corpus* (pase sanitario).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7873/2022]

Expediente N° 48.985

2ª Instancia.- Mercedes, febrero 14 de 2022.

Considerando:

I. El Director de Asuntos Judiciales del Ministerio de Salud de la Nación, tras alegar sobre la conveniencia del plan de vacunación de la población contra la pandemia desatada por la Covid-19, se agravia de que la *a quo* haya resuelto eximir al accionante, Eduardo Rafael Martinelli, de presentar el pase sanitario, conforme lo dispone la decisión administrativa N° 1198/2021 dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros, y por la resolución ministerial conjunta N° 460 y 496/2021 del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, que estableció el pase sanitario —esquema de vacunación completa contra la Covid-19— para poder llevar a cabo las actividades señaladas en las normativas aludidas. Argumenta que la vía escogida es improcedente para discutir el tema en debate, atento a la existencia de alternativas para intentar hacer valer su reclamo, pues, a su entender, no se dan los supuestos de un acto u omisión lesivos, ni violación al derecho a la libertad física del accionante. Enfatiza que el hábeas corpus es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda del derecho a la libertad física, y por ello exige un mayor estudio y análisis. Además, en el supuesto de autos la intervención judicial puede comprometer o poner en riesgo, directamente, la regularidad de una política pública de salud implementada en el marco de atribuciones constitucionales específicas e improrrogables.

Destaca que la normativa que el accionante pretende impugnar tiene por objeto proteger la salud pública y el bienestar general. A mayor abundamiento, aduce que la decisión administrativa cuestionada lejos está de ser un acto que lesione, restrinja o altere derechos o garantías constitucionales. Por el contrario, es una medida de política pública adoptada a efectos de priorizar el interés público por sobre el particular. De ese modo, concluye que en el presente no existe omisión, ilegalidad, arbitrariedad, ni perjuicio alguno causado por el Estado Nacional, y menos un apartamiento del plexo constitucional que reúna las notas exigidas para que se disponga la procedencia de este hábeas corpus. En otro orden de agravios, entiende que tampoco existe un caso cuando el planteo constituye una hipótesis abstracta o meramente conjetural, sin consecuencias jurídicas.

En ese sentido, cuestiona los fundamentos del fallo en cuanto da por cierta una presunta afectación de los derechos constitucionales y legales del accionante, tales como el haberle negado el ingreso al Banco de la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Mercedes, y supone que se lo exigirán en los medios de transporte públicos y privados, los cuales necesita abordar para ir a controles médicos, impidiéndole la realización de trámites urgentes y esenciales para la vida cotidiana, pero el mismo no prueba el daño de esos extremos que alega. Resalta que el planteo de la parte refleja una disconformidad con el marco jurídico constitucional vigente en nuestro país, es decir, con los estándares internacionales de derechos humanos que obligan al Estado a adoptar medidas para garantizar los derechos de las personas

que se encuentran bajo su jurisdicción. Por ello, el recurrente entiende que debe ser rechazada en esta instancia la eventual discusión respecto a si la Disposición Administrativa 1198/2021 lesiona el derecho a peticionar a las autoridades, a trabajar, el derecho de reunión o el de ejercer toda industria lícita, pues en forma manifiesta el hábeas corpus no es el recurso adecuado para protegerlos.

De otra parte, alega sobre la constitucionalidad y convencionalidad de la medida adoptada (pase sanitario), cuya finalidad es la protección de la salud pública y el bienestar general, y que en caso de ser suspendida no solo ocasionaría efectos jurídicos y materiales irreversibles, poniendo en riesgo derechos de terceros, sino también afectaría el interés público del Estado en cumplir los compromisos internacionales asumidos con la población, en torno a poner a disposición y asegurar el acceso a los más altos niveles de salud posible. En apoyo de su postura, cita jurisprudencia sobre la improcedencia de la acción de hábeas corpus en casos como el presente, y que han respaldado la constitucionalidad de la decisión administrativa que implementa el denominado pase sanitario. Por todo ello, solicita que se revoque la resolución dictada por la *a quo*. Finalmente hace reserva del caso federal, art. 14, ley 48. En la restante impugnación, efectuada por Subdirector de la Fiscalía de Estado de la Pcia. de Bs. As., Dr. Guidi, obran similares agravios, con análogos argumentos, los cuales damos aquí por reproducidos para ser breves. Ello, en atención a que a que el gobierno de la provincia de Buenos Aires también impuso el pase sanitario, denominado "Pase Libre Covid-19" mediante las resoluciones conjuntas 460 y 496/21 dictadas por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

II. Que los agravios de los recurrentes deben prosperar, por las razones que de seguido daremos. Cabe recordar que el nombrado invocó específicamente el daño ocasionado por habérsele negado el ingreso al Banco de la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Mercedes, y por suponer que le exigirán el pase sanitario en los medios de transporte públicos y privados que necesita utilizar para asistir a controles médicos, impidiéndole la realización de trámites urgentes y esenciales de la vida cotidiana. En efecto, las circunstancias relatadas por el accionante no constituyen ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 405 del CPP, en tanto la cuestión planteada se limita a intentar obtener del juez de turno un pronunciamiento acerca de la legitimidad o ilegitimidad de las disposiciones contenidas en la Decisión Administrativa N° 1198/2021 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y en las resoluciones ministeriales dictadas bajo los números 460 y 461/2021 por el gobierno de la provincia de Buenos Aires, que imponen el "Pase Libre Covid-19".

Como bien lo expusieran los recurrentes, los cuestionamientos efectuados por el accionante en torno a la obligatoriedad de exhibir el certificado que acredite el esquema de vacunación contra el virus SARS-Cov2, traspasan el acotado marco de la presente acción, cuyo análisis debe ceñirse a si ello constituye una afectación ilegítima a su libertad ambulatoria. Con tales lineamientos, debe ponderarse que la decisión 1198/2021 de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional, de fecha 13/12/2021, dispuso que: "Toda persona que haya cumplido los trece (13) años de edad y que asista a las actividades definidas como actividades de mayor riesgo epidemiológico y sanitario enumeradas en el Anexo (IF 2021120221652AP-NMS), o las que en el futuro se establezcan, deberá acreditar, a partir del 1° de enero de 2022, que posee un esquema de vacunación completo contra la Covid-19, aplicado al menos catorce (14) días antes de la asistencia a la actividad o evento, exhibiéndolo ante el requerimiento de personal público o privado designado para su constatación, y al momento previo de acceder a la entrada del evento o actividad".

Las actividades comprendidas son las siguientes: "...I. Actividades culturales, deportivas, religiosas y recreativas en espacios cerrados: centros culturales gimnasios, cines, eventos deportivos que signifiquen aglomeración de personas; salones de fiestas y boliches, fiestas, casamientos, actos y reuniones con gran participación de personas; bares y restaurantes. II. Realización de trámites presenciales ante organismos públicos provinciales y/o municipales. III. Trámites presenciales ante entidades privados, cuando impliquen aglomeramiento de personas. IV. Trabajadores que realicen atención al público, ya sea de entidades públicas o privadas. Dicha enumeración es meramente enunciativa y se puede ampliar en función de la evolución de la situación epidemiológica, el avance de la vacunación y a decisión de las autoridades sanitarias, por lo que oportunamente podrán ampliarse las actividades para las cuales sea necesario contar con el 'pase Libre Covid'...".

En idéntico sentido se dictaron las resoluciones ministeriales conjuntas 460 y 496/2021 del gobierno de la provincia de Buenos Aires. Estas decisio-

nes administrativas deben ser valoradas conjuntamente con todas aquellas que regulan la materia y que han sido dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la pandemia producida por el virus SARs-Cov2 y en el ejercicio de su competencia. En tal sentido, se ha sostenido que "la normativa atacada, que exige el denominado pase sanitario, está dirigida a evitar la propagación de una enfermedad calificada como 'Pandemia', en procura de proteger intereses superiores, por lo que el fin perseguido por la norma, esto es la salvaguarda del bien jurídico constituido por la salud pública, es totalmente legítimo y los medios utilizados son idóneos, razonables, prudentes y proporcionales" (conf. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Sala A en causa FMZ 137/2022/CA1 caratulados "Mauro, Daniel y otros s/ habeas corpus", fallo del 14 de enero de 2022). La pretensión del accionante excede ampliamente los marcos precisos y contundentes del remedio procesal intentado.

En este sentido, se pretende que a través de una acción destinada a evitar amenazas y afectaciones actuales o inminentes a la libertad física, se adentren los órganos judiciales al análisis de medidas sanitarias adoptadas por las autoridades competentes, y que, sin mayor análisis, sean los jueces los que desarticulen una política pública específica destinada a combatir la pandemia. Consideramos entonces que las normativas impugnadas evidencian la voluntad de la administración de llevar adelante una política pública sanitaria para asegurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de la salud, cuyo análisis acerca de la oportunidad, mérito y conveniencia resulta totalmente ajeno a la vía de excepción intentada por el accionante. Ello es así, toda vez que "la acción prevista por la Ley 23.098 no constituye la vía idónea para cuestionar una decisión administrativa del Poder Ejecutivo Nacional, que tiene carácter general" (op. cit. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Sala A, en causa FMZ 137/2022/CA1). Desde tal perspectiva, los argumentos dados por el accionante —y receptados por la magistrada de grado— no logran acreditar que las disposiciones impugnadas impliquen una injustificada o impertinente afectación a los derechos individuales, pues la exigencia del pase que acredita la inoculación de dos dosis contra la Covid-19, para el ejercicio de derechos como los de ingresar y permanecer en determinados lugares, encuentra su justificación en las razones de emergencia suscitadas a raíz de la pandemia y que se ajustan a los lineamientos impartidos por la Organización Mundial de la Salud y los criterios científicos que rigen la materia.

A fortiori traemos a colación las recientes resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en los autos "Aguirre, Cristina Roxana y otros s/ acción de amparo —cuestión de competencia", causa B-77604 del 28 de diciembre de 2021 B 77.61 y "Ordoñez José Luis"-entre otros—, por resultar de aplicación a este caso los argumentos desarrollados y la solución adoptada en ellos, en las que dispuso no hacer lugar a las medidas cautelares peticionadas. En lo que importa destacar la corte provincial sostuvo que más allá de las complejidades que entraña el asunto, señaló que "los actores ven en la resolución que crea el llamado 'Pase libre Covid' como una medida regulatoria diseñada para que un segmento de la población, renuente a recibir una vacuna en fase experimental, acceda a su aplicación de manera voluntaria para así no verse privada de realizar un catálogo de actividades". Al respecto, apuntó que en el pasado se ha llegado a considerar que la vacunación compulsiva no viola la garantía constitucional a la autonomía individual y puede eventualmente justificar la interferencia estatal cuando se vieren perjudicados derechos fundamentales de terceros (CSJN, Fallos: 335:888), y en este sentido destacó que "... parecería seguirse que se está ante una reglamentación que —*prima facie* analizada— no resultaría ostensiblemente conculcatoria de derechos preeminentes. Es que no avanza hasta ese extremo de imposición coercitiva, sino que, respetuosa de la decisión de los litigantes a no vacunarse con algo que creen puede dañar su salud, les establece limitaciones y exige esfuerzos —algunos indudablemente importantes, pero siempre comparativamente menores— para no generar un riesgo adicional de contagio tanto para ellos como para el resto de las personas.

Así las cosas, no se evidencia, al menos en esta etapa preliminar en el caso, la conculcación de derechos que tornaría verosímil el planteo cautelar. Por lo demás, en esta ponderación no puede perderse de vista la finalidad de la norma atacada, dictada en el marco de una emergencia sanitaria sin precedentes que lejos está de haber concluido. Según se expresa en los considerandos de la resolución conjunta, la exigencia de acreditar un esquema de vacunación completa tiene en miras, entre otros horizontes, limitar la concurrencia de personas no vacunadas, o con esquemas de vacunación pendientes, a lugares donde se desarrollan actividades de elevado riesgo epidemiológico y que, por su naturaleza, implican mayor posibilidad de contagio para la población. Claramente se trata de

una regulación tendiente a la protección de la salud pública como bien jurídico primordial (CSJN, Fallos: 51:274; 326:4931; 329:2552; 340:1269; 341:919; e.o.), a la prevención de la propagación de nuevas variantes del virus SARS-CoV-2 y, también, al fomento de la vacunación como medio comprobadamente eficaz para eliminar o mitigar ese flagelo. Siendo así, la pertinencia de la tutela requerida debe realizarse con suma cautela. Mal podría fundarse en la mera alegación del presunto 'derecho a no vacunarse' emanado del art. 19 de la Constitución Nacional —que llegado el caso podría encontrarse sujeto a las normas que, como la aquí impugnada, lo reglamenten—, pues el planteo formulado exige sopesar la totalidad de los derechos en juego sin perder de vista que no se trata, como afirman los demandantes, de "la imposición de la obligatoriedad de inocularse un producto experimental" (v. punto XV.a.3 del escrito inaugural), sino de una medida profiláctica adoptada en un contexto tan excepcional como grave, en la generalidad de los países del mundo, para evitar, como se señalara, la afectación de derechos de terceros.

De allí que no se vislumbre con la claridad alegada que la exigencia de contar con algún grado de inmunización para realizar determinadas actividades en ciertos espacios colisione con el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse a los particulares respecto de las decisiones que atañen a su propia salud". Y resaltó que "Con todo, es prudente dejar sentado que si bien la restricción para la realización de actuaciones presenciales ante organismos públicos presupone la disponibilidad de canales electrónicos y trámites a distancia, dicha limitación no podría ser llevada al punto de privar a algún ciudadano que se encuentre en la situación del actor de ingresar a una dependencia estatal a efectuar una petición ante las autoridades que, por razones de vulnerabilidad o brecha tecnológica, no pueda ser realizada de otra manera (arts. 14, 18 y concs., Const. nac. y 15, Const. prov.)". Así las cosas, por los fundamentos que anteceden y citas jurisprudenciales invocadas, los proveyentes entendemos que se debe revocar la decisión que hace lugar a la acción de hábeas corpus interpuesta por Eduardo Rafael Martinelli que lo exime de la exigencia de presentar el pase sanitario aludido.

Por todo lo expuesto, citas legales y lo normado en los arts. 105, 106, 405 —a contrario—, 415 y concordantes del CPP se resuelve: Revocar el auto recurrido en cuanto hizo lugar a la acción de hábeas corpus interpuesta por Eduardo Rafael Martinelli. Regístrese, líbrese oficio al juzgado de grado con copia de la presente, hágase saber y oportunamente baje. *— Carlos G. Risuleo. —Oscar H. Reggi.*

REQUERIMIENTO DE ELEVACIÓN A JUICIO

Deficiente relación del hecho. Determinación de un lugar incierto. Nulidad. Imposibilidad de interrumpir la prescripción de la acción penal.

> El requerimiento fiscal al adolecer de vicios formales que lo han tornado nulo absolutamente —circunstancias de lugar—, no puede producir efecto interruptivo alguno del curso de la prescripción, habiendo operado de pleno derecho.

Juzg. Resp. Pen. Juv. Catamarca Nro 1, 28/12/2021. - C. B., L. E. s/ daños agravados en calidad de autor (art. 184, inc. 1 y 45 del Cód. Penal).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/213684/2021]

Expte. N° 50/21

1ª Instancia.- San Fernando del Valle de Catamarca, diciembre 28 de 2021.

Considerando:

Que este tribunal por imperio del art. 66 de la ley 5544 hizo uso de la facultad de llamado de oficio para que se lleve adelante entre las partes una audiencia oral para que se discuta la posibilidad de analizar la suspensión del juicio a prueba en el presente proceso luego que fuera formulado el requerimiento fiscal de citación a juicio (véase hojas 81/84).

Que una vez lleva llevada a cabo la respectiva audiencia con presencia de las partes (los distinguidos colegas del fuero penal juvenil; Dr. Sergio D. Veliz por la defensa del joven imputado C. B., L. E. quien también asistió a la audiencia y el Dr. Guillermo E. Narváez por el Ministerio Público); la defensa planteó como cuestión previa la nulidad del requerimiento fiscal de citación a juicio en los siguientes términos: "voy a hacer un planteo de una cuestión previa a esto, voy a plantear la nulidad del requerimiento de elevación a juicio atento a lo fijado por los artículos 185 y 351 inciso 2 del CPP por

cuanto el hecho no ha sido bien precisado en la acusación en el requerimiento fiscal de elevación a juicio que consta a fs. 81, en el mismo se establece que el hecho habría ocurrido en intersección de avenida y Tula de esta ciudad capital, y a fs. 52 corre la declaración del imputado donde cuando se le determina el hecho se decía que el hecho había sido en intersección de avenida Chelemin y calle Avellaneda y Tula de esta capital, lo cual afecta la precisión y los principios de congruencia y al conocimiento que debe tener el imputado respecto de cuando es el hecho y donde ha ocurrido lo que se le está imputando, por lo cual planteo la nulidad. Es todo lo que tengo para exponer".

Del planteo formulado por la defensa, se le otorgó inmediatamente la palabra al Sr. Fiscal quien manifestó lo siguiente: "coincido en absoluto lo planteado por la defensa. El requerimiento de elevación de la causa a juicio es el instrumento, la piedra basal de la acusación, que debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 351 del CPP, en este caso puntual se ha vulnerado o se ha omitido cumplir por lo establecido en el inciso segundo del artículo 351 del CPP en cuanto refiere que la relación del hecho debe estar determinada de manera clara, especifica, circunstancial. Sin duda que afecta el principio de congruencia relativo, el hecho debe ser el mismo en el momento del decreto de determinación del hecho, declaración del imputado en cuanto a la intimación y la requisitoria fiscal. En el decreto de determinación del hecho el lugar habría sucedido en intersección de avenida Chelemin y calle Avellaneda y Tula, en la requisitoria fiscal se determina un lugar incierto porque se desconoce cual es la intersección de avenida y Tula, no se sabe a que avenida se refiere de nuestra geografía de la ciudad, y sin duda afecta el debido proceso, el derecho de defensa y principalmente el principio de congruencia al no tener a su alcance el imputado en qué lugar había sucedido este hecho disvalioso, y no se trata de una nulidad por la nulidad misma ni un formalismo extremo o pruritos formales, sino que está afectada la garantía constitucional que se desprende del artículo 18 de la Constitución Nacional y pactos y tratados constitucionales incorporados a nuestra Carta Magna, artículo 75 inciso 22. Del perjuicio surge el palmario al no tener a su alcance la defensa en qué lugar había sucedido este hecho porque es la requisitoria fiscal la que se va a introducir. Y En base a esa acusación la defensa necesita un control de legalidad y convencionalidad de ese instrumento. El perjuicio surge por la garantía constitucional que se ve afectada y hay un interés directo en esa declaración para que este proceso se enmarque dentro de los cánones de la legalidad y del debido proceso legal. Más allá que el mismo artículo 351 establece pena de nulidad que se deberá cumplir como requisito, es decir una nulidad expresa contenida en nuestro tratado de rito, a su vez surgen otras nulidades implícitas que son las garantías constitucionales. Estamos ante una nulidad absoluta que puede ser invocada en cualquier etapa del proceso. Con todo lo expuesto y en virtud del artículo 185 concordante y correlativo del CPP 351 del CPP artículo 18 de la CN y nuestros pactos y tratados internacionales incorporados, solicito que se declare la nulidad de la requisitoria fiscal y todos los actos consecutivos que dependan de ella y se remitan las actuaciones a la fiscalía interviniste en esta causa, Dra. Myriam López. Nada más señor Juez".

Que luego de escuchado el Ministerio Público Fiscal, el tribunal se encontró en condiciones de resolver los planteos formulados y, por consiguiente, este magistrado en el momento preciso resolvió que "Habiendo escuchado los argumentos de las partes y específicamente la petición tanto de la defensa como el Ministerio Publico como representante del Estado y de los intereses generales de la sociedad, y teniendo en cuenta que el hecho ocurrió el veintiuno de octubre del año dos mil diecisiete, que la declaración indagatoria se llevó a cabo el tres de mayo del año dos mil dieciocho, que el próximo acto interruptivo fue la requisitoria fiscal de fecha veintiséis de septiembre del año dos mil diecinueve, pero que la misma ha sido correctamente en virtud de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional y nuestras leyes procesales, tachada de nulidad absoluta y teniendo en cuenta la escala de la tentativa considero que el delito estaría prescripto, debido al criterio adoptado por este tribunal, entonces determino, en esta audiencia la prescripción de la acción penal por nulidad de la requisitoria fiscal de elevación a juicio, fundamentos que serán dados por el Tribunal y puesto en conocimiento de la defensa y del Ministerio Publico Fiscal (Art. 62 inc. 2 del CP y art. 346 inc. 4 y 347 del CPP)".

En efecto, advierto que en el presente caso implicaría un dispendio jurisdiccional innecesario remitir nuevamente la causa a la Fiscalía de Instrucción de Octava Nominación para la realización de nuevos actos procesales cuando de un análisis minucioso la causa se encuentra prescripta.

Y digo ello, toda vez que el delito que se le endilga al joven imputado es el de daño agravado en calidad de autor (art. 184 inc. 1 y 45 del CP) que se encuentra sancionado con una pena de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, que aplicando las reglas de la tentativa —como es criterio ya sentado por este tribunal especializado en diversos precedentes como una forma de armonizar las sanciones a imponerse a los jóvenes menores de edad punibles con los estándares internacionales en materia de derechos humanos de la infancia (sentencias N° 37/21, 41/21 y 54/21)—, habrá de disminuirse la escala penal en un tercio del mínimo y en la mitad del máximo, prevista para el delito consumado (Corte de Justicia provincial en el precedente "Arce, Ramón Clodomiro p.s.a. Tentativa de Homicidio". Recurso de Casación. CJ., Catamarca, Sentencia N° 25, 08/09/2011"); quedando el mínimo penal en el caso que nos ocupa en dos (2) meses y el máximo en dos (2) años.

En este sentido, debo aclarar que la ley 25.990 (BO 11/01/2005) que incorporó al art. 67 del CP las causales que interrumpen el curso de la prescripción, vino a dejar atrás la vieja expresión "secuela de juicio" que dejaba al arbitrio del juzgador considerar que actos debían ser entendidos como causal de interrupción del curso de prescripción, la figura que debe regir el presente hecho es el nuevo artículo 67, legislado por la ley 25.990, en cuanto concreta taxativamente en pos de alcanzar la seguridad jurídica, cuales son los actos que interrumpen el plazo de prescripción de la acción penal. Estos son: a) la comisión de un nuevo delito; b) el primer llamado a indagatoria; c) el requerimiento acusatorio o de elevación a juicio; d) el auto de citación a juicio; y e) el dictado de la sentencia condenatoria.

A partir de ello, debo resaltar que el hecho delictivo imputado a C. B., L. E. acaeció el día 21 de octubre del año 2017 (ver denuncia de hojas 1/1 vta.) y que su declaración indagatoria se llevó adelante con fecha 3 de mayo del año 2018 (hojas 52/53) y, posteriormente, el requerimiento fiscal de elevación a juicio se formuló en fecha 26 de septiembre del año 2019 (hojas 81/84), por lo que este último podría haber interrumpido el curso de la prescripción, ya que entre la declaración indagatoria y el requerimiento fiscal no pasaron los dos (2) años máximos del delito reducido por la escala de la tentativa, sin embargo, el requerimiento fiscal al adolecer de vicios formales que lo han tornado nulo absolutamente (circunstancias de lugar para ser preciso), no puede producir efecto interruptivo alguno del curso de la prescripción, precisamente por carecer de validez, por ende, el plazo siguió corriendo desde aquel 3 de mayo del año 2018 (fecha de indagatoria) habiendo operado la prescripción de pleno derecho con fecha 3 de mayo del año 2020, por lo que a la fecha corresponde expedirse en tal sentido, ergo, sabido es que la prescripción de la acción penal es un instituto de orden público que debe declararse en cualquier estado del proceso penal.

Por todo lo expuesto, resuelvo: I) Declarar la prescripción de la acción penal y, en consecuencia, ordenar el Sobreseimiento total y definitivo de C. B., L. E., debido a la extinción de la acción penal por prescripción en relación al delito de Daño agravado en calidad de autor (art. 184 inc. 1, 45, 59 inc. 3 y 62 inc. 2 del CP, art. 346 inc. 4 CPP y art. 4 de la ley 5544). II) Protocolícese y notifíquese. — *Rodrigo Morabito.*

INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

Vencimiento del término legal fijado. Inexistencia de una fundada solicitud de prórroga. Plazo razonable. Violación del debido proceso. Facultades del Ministerio Público Fiscal.

1. — La circunstancia de que el legislador no haya previsto una específica sanción para el vencimiento del término de la IPP no significa que este sea ordenatorio, lo cual inequívocamente lo elucida el citado art. 192, ni que carezca de todo sentido el expreso establecimiento normativo de ese término en el art. 223; además, el mismo Código dispone cómo proceder para que el Ministerio Público Fiscal pueda prorrogarlo y continuar actuando legítimamente, debiendo tenerse muy presente que este tiene como misión promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público; no pudiendo ni debiendo apartarse del procedimiento legalmente consagrado, ni el órgano judicial puede convalidarlo, habida cuenta que cuando las dilaciones superan la medida de lo tolerable, ello debe tener consecuencias procesales, y en nuestro proceso penal local esa medida de lo tolerable ha sido concretamente fijada con precisión por el legislador; de tal modo, agotado ese pla-

zo, la actividad investigativa de la fiscalía se ve obstruida por un impedimento procesal y todo acto practicado en tales condiciones deviene inevitablemente inadmisible (del voto del Dr. Carubia).

2. — La ley otorga al Ministerio Público Fiscal la potestad de llevar a cabo la Investigación Penal Preparatoria, pero incontrastablemente prevé el contralor de legitimidad de tal actividad por parte del/la juez/a de Garantías y, cumplido el plazo legal, para continuar la investigación su prórroga debe ser fundadamente solicitada por la fiscalía a judicatura y, para ser concedida, debe encontrarse justificada la causa o la necesidad de la prórroga (del voto del Dr. Carubia).

3. — Siendo los términos procesales perentorios e improrrogables, salvo excepción legal, y encontrándonos aquí con una de esas excepciones —posible prórroga—, pero sometida al control de razonabilidad judicial, vencido el término legal fijado para la Investigación Penal Preparatoria, omitida por la fiscalía la fundada solicitud de prórroga y no consentida por la defensa la continuidad de la investigación, inevitablemente pierde el Ministerio Público Fiscal aquella potestad de investigación penal que, con estas limitaciones, le asigna la ley (del voto del Dr. Carubia).

4. — Al cumplirse el término legal para practicar la investigación, para que pueda el Ministerio Público Fiscal continuar con ella o avanzar a la etapa intermedia del proceso sin que decaiga su derecho, deberá necesariamente definir la situación a través de dos de las tres opciones que propone la defensa recurrente: requerir tempestivamente la remisión de la causa a juicio o pedir el sobreseimiento del imputado —existiendo concreta formación de causa contra el imputado, no cabe la tercera alternativa mencionada por la defensa: archivo de las actuacione—; debe agregarse a ellas la posibilidad de la Fiscalía de instar ante la Judicatura de Garantías la clausura provisional de la Investigación Penal Preparatoria que contempla el art. 224 del Cód. Proc. Penal (del voto del Dr. Carubia).

5. — La errónea interpretación de la ley, en contra de su texto explícito, efectuada por los órganos judiciales intervinientes en el asunto, sostenida únicamente en la simple voluntad de la judicatura, deriva en una inexorable violación del debido proceso conforme ha sido previsto en la ley, con irremediable afectación del derecho de defensa del encartado, abandonando el deber del órgano judicial de observar las reglas de procedimiento que preserven las garantías del plazo razonable, de defensa en juicio y del debido proceso legal que deben reconocerse a toda persona sometida a un juicio, lo cual, dada su eminente raigambre constitucional y convencional, adquiere el rango de materia revisable judicialmente, correspondiendo a la Corte el control de validez constitucional de tales procedimientos (del voto del Dr. Carubia).

6. — La negativa judicial de hacer efectiva aplicación de la regla temporal del art. 223 del Cód. Proc. Penal, ignorando las disposiciones del art. 192 del mismo Código, frente al tenaz y razonable reclamo fundado en ley de la meticulosa y esmerada defensa, torna ficticios los derechos de audiencia, al recurso y al plazo razonable previstos en el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los arts. 2.3, 14.1, 14.3 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas constitucionalizadas en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (del voto del Dr. Carubia).

7. — Constatándose largamente agotado el término para practicar la Investigación Penal Preparatoria, sin verificarse la existencia de una fundada solicitud de prórroga ni la consecuente concesión judicial para su continuación, deviene incontestable la insubsistencia de la potestad de la Fiscalía para realizar actos de investigación respecto del imputado recurrente, lo cual implica el agotamiento de las legítimas tareas de investigación con la inexistencia de razonable posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba; y no contó el Ministerio Público Fiscal, para entonces, con bases suficientes para requerir de manera fundada la apertura del juicio, lo cual configura la expresa causa de procedencia del sobreseimiento en su favor prevista en el art. 397, inc. 5°, del Cód. Proc. Penal (del voto del Dr. Carubia).

8. — La Corte Nacional, en el caso "Mattei", ha establecido que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal, y que esto obedece además al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial que es el respeto debido a la dignidad del hombre, así resulta claro que el tiempo empleado por el Estado para dilucidar los hechos investigados en el *sub lite,* no solo resulta incompatible con el derecho a un juicio sin demoras indebidas amparado por el art. 18 de la Ley Fundamental y por tratados internacionales de jerarquía constitucional; sino que además contradice las expresas normas que establece nuestro código de rito (del voto de la Dra. Mizawak).

9. — El plazo razonable para la sustanciación de cualquier acusación penal contra una persona está expresamente previsto por el art. 223 del Cód. Proc. Penal que establece que la Investigación Penal Preparatoria deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la última declaración del Imputado; y en caso de que resulte insuficiente, el Fiscal podrá solicitar fundadamente prórroga y el Juez de Garantías podrá acordarla por otros tres meses más si juzga justificada su causa o la considere necesaria por la naturaleza de la investigación. Asimismo, la norma prevé que en supuestos de suma gravedad y de extremas dificultades en la investigación, el Juez podrá conceder otra prórroga de hasta doce meses más. Es decir, en nuestro régimen, siempre que se juzgue justificada su causa o se lo considere necesario por la naturaleza de la investigación, la IPP puede tener un plazo máximo de duración de 18 meses (del voto de la Dra. Mizawak).

10. — Se constata que en el *sub judice* venció el término legal fijado para la Investigación Penal Preparatoria, y la fiscalía no solicitó fundadamente su prórroga. Consecuentemente, el Ministerio Público Fiscal ha perdido la potestad de investigación penal. Dicha circunstancia fue señalada y denunciada insistentemente por la Defensa; y pese a ello, ha sido arbitrariamente consentida por los magistrados intervinientes (del voto de la Dra. Mizawak).

ST Entre Ríos, sala I penal, 06/12/2021. - C., C. G. s/ su denuncia s/ impugnación extraordinaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/197847/2021]

COSTAS

Sin costas.

Expte. N° 5125.

Paraná, diciembre 6 de 2021.

¿Que corresponde resolver?

A la cuestión propuesta el doctor *Carubia* dijo:

I. El Dr. Humberto Franchi, en ejercicio de la defensa técnica de J. A. B. L., interpuso (fs. 18/36) impugnación extraordinaria (arts. 521, ss. y ccdts., Cód. Proc. Penal) contra la Sentencia N° 265 dictada por la Sala N° 1 de la Cámara de Casación Penal en fecha 29/12/2020 que declaró inadmisible en recurso de casación que oportunamente su parte articulara contra la resolución del Tribunal Unipersonal de Juicio y Apelaciones que rechazó el planteo de sobreseimiento efectuado en favor de su defendido.

I.1.- Denegada la concesión de esa impugnación por la Cámara, mediante Resolución N° 86 del 25/03/2021 (fs. 38/40), el recurrente acudió ante esta Sala N° 1 en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia deduciendo recurso de queja, que fue acogido por resolución de fecha 15/06/2021 (fs. 43/46 vta.), que declaró mal denegada la impugnación extraordinaria aludida, concediéndola para ante este Tribunal y, recibida la causa principal y el pase informático de las actuaciones (Informe, fs. 47), se pusieron a disposición del recurrente a fin de ejercer el derecho de mejorar la impugnación extraordinaria interpuesta y, oportunamente, traslado al Ministerio Público Fiscal (fs. 47/ vta.).

I.2.- Sustanciado ese procedimiento, la defensa recurrente presentó memorial de mejoramiento de su impugnación (fs. 48/56 vta.) y el Ministerio Público Fiscal, representado por la señora Fiscal de Coordinación, Dra. Matilde Federik —por delega-

ción del señor Procurador General de la Provincia (fs. 58)— emitió el dictamen pertinente (fs. 59/62).

II. La sentencia de Casación que se impugna —en síntesis— precisa inicialmente que recepta el criterio postulado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso, no causa al justiciable un perjuicio de imposible reparación ulterior, luego desarrolla exhaustivamente los motivos que sustentan la resolución del Tribunal Unipersonal de Apelaciones que se ataca y su coincidencia con los de la denegatoria del planteo defensivo dispuesta por el Juez de Garantías, allí confirmado, y valora que esos tópicos, considerados en su momento el Juez de Garantías para rechazar el pedido de sobreseimiento formulado y sus argumentos fueron rigurosamente examinados por el Vocal de apelación, que arribó —por los fundamentos reseñados— a la misma conclusión.

Destaca que, no obstante la amplitud asignada al recurso de casación ("Herrera Ulloa" —CIDH— y "Casal" —CSJN—), ello no exime de examinar globalmente cuál es el mecanismo de recursos dentro del sistema de enjuiciamiento de que se trate y que, contando nuestro sistema con el recurso de apelación para situaciones como la de autos, lo relevante es examinar la efectividad de la garantía a la doble instancia, para concluir que la mencionada garantía se encuentra suficientemente respetada, no existe posibilidad de modificar lo resuelto en la instancia de apelación y, por tanto, corresponde declarar inadmisible el embate casatorio formulado por el Dr. Humberto Franchi, toda vez que "no nos encontramos ante una resolución pasible de ser recurrida a través del remedio procesal intentado —por no revestir la calidad necesaria para constituir una sentencia equiparable a definitiva—; y se ha cumplido además con la doble conformidad judicial".

III. La impugnación extraordinaria deducida en su contra, en extenso memorial argumentativo, señala —en síntesis— la existencia de cuestión federal en cuanto invoca la doctrina de las sentencias arbitrarias, y que la resolución del Tribunal Unipersonal de Juicios y Apelaciones no ha sido revisada amplia e integralmente por un tribunal superior; argumenta, además, contradicción con doctrina del mismo tribunal y del Superior Tribunal de justicia sobre la misma cuestión, cierta ambigüedad en el procedimiento seguido en la Casación, violación al derecho de defensa en juicio, confuso modo de resolver el recurso articulado, incompatibilidad con el sistema republicano de la convalidación casacionista de la "derogación" de norma medular del Código Procesal por parte del Juez de Garantías y del Tribunal de Apelaciones, absurdidad en afirmar que, pronunciados dos jueces inferiores sobre el tema, sea improcedente discutir el legítimo planteo de la defensa sobre cuestión que carece de posibilidad de reparación ulterior referida a la insubsistencia de la acción penal y la garantía de obtener una sentencia en plazo razonable y, finalmente, denuncia ilegalidad del fallo casatorio por violación del trámite procedimental incumpliendo con el propio "Reglamento de Funcionamiento de la Cámara de Casación de Entre Ríos, en situación de emergencia sanitaria por el Covid 19" (art. 4), aprobado por Acuerdo Especial del Superior Tribunal del 08/04/2020, impidiendo a la defensa el mejoramiento de sus agravios, pasando directamente a resolver.

Recuerda el voto de la Dra. Claudia Mizawak en esta causa, pero tratando la denegatoria de probation de B. L., para señalar que la Cámara *a quo* actuó de manera antojadiza al negarse por un rigorismo procesal, mínimamente a considerar su planteo, que se trata nada más y nada menos que si en Entre Ríos los procesos penales tienen el plazo determinado por el legislador o bien dicho precepto no tiene ningún tipo de vigencia y el imputado puede estar sometido sine die a una IPP y, por ende, la duración será lo que antojadizamente el Fiscal considere, no pudiendo acríticamente la Cámara de Casación por una cuestión procesal, adherir sin fundamentos y sin adentrarse en la cuestión, a los simples razonamientos de los jueces inferiores, que no han considerado que el plazo razonable del proceso —previsto en 18 meses por el legislador— sea una cuestión troncal del sistema acusatorio, y afirma que es pacífica la doctrina del Superior Tribunal de Justicia sobre el gravamen irreparable de toda resolución que deniegue poner fin al proceso judicial y libere de la persecución penal a un imputado, refiriéndose ni más ni menos que a la insubsistencia de la acción penal, figura que la Corte ha creado pretorianamente en "Mozzatti", instituto sobre el que se extiende con cita de doctrina y jurisprudencia afín a su postulado.

Destaca el gravamen irreparable que de hecho ocasionó a su pupilo la elongación del presente proceso, debiendo recurrir a tratamiento psicológico y psiquiátrico —que detalló— para el normal desenvolvimiento de su vida, por habérsele despertado trastorno bipolar tipo II —maníaco

depresivo—, con episodios agudos, perjudicando ampliamente su nivel de vida y entorno familiar.

Reflexiona que si bien no hay regulación normativa a nivel nacional en relación a la insubsistencia de la acción penal, tal cuestión ha sido objeto de tratamiento por el legislador entrerriano al sancionar el sistema acusatorio, diagramándose concretamente el concepto de plazo razonable circunscribiendo la duración de la Investigación Penal Preparatoria en 3 meses desde la última declaración del imputado, prorrogable por 3 meses más y luego de manera excepcional hasta 12 meses más (art. 223, Cód. Provincial), enfatizando que ese es el plazo razonable en Entre Ríos, esa fue la intención del legislador y una interpretación contraria estaría claramente vulnerando el principio de legalidad procesal y suspendiendo la aplicación de una ley vigente en perjuicio del imputado.

Pone énfasis en lo normado por el art. 192 del ordenamiento adjetivo, que establece que los plazos son perentorios e improrrogables, salvo excepción dispuesta por la ley y, en el caso del plazo del art. 223, la única excepción que existe en el texto de este artículo es respecto a la prorrogabilidad, siempre y cuando esa prórroga sea pedida en tiempo y forma, y nada dice que se exceptúe la regla de la perentoriedad, por lo tanto razonó que siguen teniendo esa calidad.

Respecto a la ausencia de sanción por el incumplimiento de los plazos en cuestión, acota que si se prevé un plazo para la duración de la Investigación Penal Preparatoria y dicho plazo se cumple por no haberse solicitado las prórrogas, mal puede entenderse que no pasa nada, fatalmente la Investigación Penal Preparatoria debe terminar y esto solo puede suceder de tres maneras: a) o se eleva la causa a juicio, b) o se sobresee a los imputados, o c) directamente se archiva la causa, si la primera no se realizó en el tiempo previsto por el legislador, deben indefectiblemente sucederse las otras dos, y afirma que ese es el sentido en que debe interpretarse la secuencia procedimental, siendo contraria a nuestra Constitución Nacional, Provincial y los Tratados Internacionales que rigen la materia la interpretación de que no hay consecuencias fatales en perjuicio del imputado.

Denuncia que la presentación del imputado B. L. citado a declarar, por modificación de la imputación, en fecha 14/10/2020, no ha reanudado los plazos procesales, pues dicha convocatoria fue realizada cuando ya habían transcurrido más de 18 meses desde la última declaración del imputado T., por lo tanto fuera del plazo previsto por el código adjetivo para la vigencia de la Investigación Penal Preparatoria y, si se entendiera lo contrario —cuestión que la defensa rechazó— el plazo también se encontraría vencido respecto a la segunda declaración, pues a la fecha de presentación del recurso en examen ya habían transcurrido tres meses, sin que la fiscalía solicitara ninguna prórroga de la investigación, aclarando asimismo que en su declaración el imputado dejó a salvo su postura sobre el vencimiento de los plazos, pero asistió en cumplimiento de la manda procesal de la fiscal porque en caso de incumplirla podía ser declarado rebelde o detenido, procediendo a continuación a detallar individualizadamente los plazos de la IPP.

Sostiene que hubo una ilegalidad de origen en el fallo casatorio al no cumplir con el Reglamento de Funcionamiento de la Cámara de Casación en situación de emergencia sanitaria por Covid-19, lo que amerita que la Cámara debidamente integrada cumpla con el trámite de ley y el reglamento que la misma sancionó, no habiéndose satisfecho la garantía del "doble conforme" cuya interpretación tergiversó la Cámara a fin de no tratar verdaderamente el recurso impetrado, siendo su obligación legal por los Pactos Internacionales —art. 8.2.h de la CADH; 14,5 del PIDC y P— y por expresa disposición de la legislatura de Entre Ríos, conforme el art. 511 de la Ley N° 9754, modificada por Ley N° 10.317, para señalar que el recurso procedía por ser claro que la decisión recurrida resulta equiparable a definitiva, ante el paradigmático caso del Sobreseimiento por insubsistencia de la acción penal, que adquiere el carácter de definitiva al generar un gravamen de insusceptible o tardía reparación ulterior (cfme.: "Di Nunzio s/ excarcelación", CSJN, Fallos: 328:1108), reiterando que la Cámara debió examinar de manera extensiva el planteo de la defensa y, sin embargo, lo declaró inadmisible no obstante la correcta expresión de agravios que, incluso, fueron vertidos en la resolución, debiendo convocarse a la audiencia prevista en el art. 515 del Cód. Proc. Penal, lo que no ocurrió.

Tras sintetizar los antecedentes del caso, analizando puntualmente los fundamentos denegatorios del sobreseimiento impetrado por su parte en el acto sentencial de fecha 26/02/2020 del Juez de Garantías, así como los vertidos por el Vocal de Juicio y Apelaciones al confirmarlo en fecha 10/03/2020, fustigó duramente la decisión en crisis, que se limitó a sintetizar lo sentenciado por los

magistrados preopinantes, sin tratar sus agravios por lo que se ve obligado a reiterarlos.

Insiste en que la resolución que denegó el sobreseimiento a su defendido causa un gravamen irreparable —cfme.: arts. 524, 525, 526, ss. y ccdts., Cód. Proc. Penal—, aclarando que el art. 397 del CPP, inc. 6°, dispone el sobreseimiento por extinción de la acción penal, siendo esta causal invocada por su parte en comunión con la interpretación pacífica de doctrina y jurisprudencia sobre el plazo razonable, analogía in bonam partem, in dubio pro reo, principio de legalidad entre otras garantías constitucionales y convencionales, exhaustivamente fundamentados por su parte y que será objeto de mejoramiento en audiencia, volviendo a exponer su postura sobre el alcance de los arts. 192 y 223 del Cód. Provincial, criticando la interpretación de la Cámara de Casación sobre el carácter ordenatorio de los plazos, siendo errado asimismo lo afirmado en relación a que los plazos del art. 223 están suspendidos porque los planteos efectuados por esa defensa no están incluídos dentro de los incidentes e impugnaciones por el mero hecho que la actividad del Fiscal no se ha interrumpido en lo más mínimo por la petición de Suspensión del Juicio a Prueba incoada en favor de B. L. —refiriendo la prueba producida—, sintetizando las críticas ya expuestas sobre la inusual, subjetiva y arbitraria interpretación de los arts. 190, 192 y 223 del Código de rito, por vía de una interpretación analógica in malam partem, no habiendo revisado amplia e integralmente los Vocales del Tribunal de Casación la denegación del sobreseimiento por vencimiento de plazos procesales, ni puede considerarse satisfecho el doble conforme, por lo que haciendo reserva del caso federal, solicita se haga lugar revocándose la sentencia en crisis y, por quien corresponda se ordene el dictado de una nueva conforme a derecho.

IV. Al ejercer su derecho de mejorar ante esta Alzada el recurso, la defensa recurrente presenta memorial ratificando preliminarmente en todos sus términos el libelo de la impugnación extraordinaria oportunamente interpuesta, haciendo saber que en fecha 10/05/2021 la Fiscal interviniente, Dra. Paola Farinó, solicitó la remisión de la causa a juicio, habiendo dos planteos pendientes, el presente y una solicitud de suspensión de juicio a prueba que esta Sala remitió a la Cámara de Casación para su tratamiento, lo cual, entiende, de ningún modo torna abstracto el presente recurso, pues la solicitud de elevación a juicio fue hecha fuera de todo plazo legal, después de dieciocho meses que tiene el Ministerio Fiscal para llevar a cabo la IPP, sin pedir su prórroga, por lo que pregona la nulidad absoluta de dicho acto, pues el plazo para realizarse, feneció —en el mejor de los casos, si se hubieran pedido las prórrogas—, en fecha 13/08/2020.

Asienta el eje de sus argumentos en el análisis de la intención del legislador al establecer el límite temporal del art. 223 del Cód. Provincial y cita a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la primera regla de interpretación del texto legal, para afirmar que una interpretación armónica e integral del art. 223 del Cód. Provincial requiere el análisis del carácter que tienen los plazos dentro del digesto, brindando la respuesta el art. 192 del mismo, en cuanto determina que "los términos son perentorios e improrrogables, salvo las excepciones dispuestas por ley" y, destaca que este Código propugna un proceso de neto corte acusatorio-adversarial, en consonancia con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y la Constitución Provincial, los principios de legalidad, duración de plazo razonable e in dubio pro reo, siendo invalida toda otra interpretación pues, tanto la defensa como el Ministerio Público Fiscal, son partes y los plazos para las partes son perentorios.

Abunda en consideraciones con cita de doctrina y jurisprudencia sobre el propósito de delimitar a lo justo indispensable el tiempo que el Estado somete a un individuo a un proceso penal, agregando que, al subsistir el mismo existe una pena de sospecha: la pena de proceso con las consecuencias emocionales, sociales y económicas que conlleva, errando los magistrados *a quo* al justificar las dilaciones con las que investigan los acusadores en la Provincia dejando a un lado la letra de la ley y fundando ello falazmente; cita doctrina, jurisprudencia y transcribe fragmentos del tratamiento legislativo en oportunidad de darse media sanción al primer texto de este Código Procesal —Ley N° 9754—, para aseverar que se buscó acortar los procesos por lo que la interpretación del art. 223 del Cód. Provincial contrario a dicho espíritu no tiene asidero en nuestra provincia.

Pone de resalto la potestad provincial para su regulación, resultando relevante destacar el prolijo y ponderable repaso comparatorio que efectúa el recurrente de la regulación de la Investigación Penal Preparatoria —con diferente nominación en cada caso— en los digestos adjetivos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y doce de las Provincias Argentinas que han acogido el sistema acusatorio,

para concluir que se proponen imponer claros límites para que el Ministerio Público Fiscal ejerza la acción penal, señalando que esta es la corriente en la que está enrolada la Provincia de Entre Ríos, toda vez que el art. 223 del Cód. Provincial local es idéntico al 377 de Córdoba, 104 de la Ciudad de Buenos Aires y 349 de Mendoza, y similar a los restantes examinados, refiriendo que la mayoría de los códigos de rito prevén expresamente el sobreseimiento como consecuencia indefectible de la culminación de los plazos legales, cuestión que si bien no hace el código entrerriano está ínsito en su regulación, toda vez que interpretar que el incumplimiento de los plazos procesales no acarrea ninguna consecuencia para el acusador, implicaría consagrar la derogación lisa y llana del principio de estricta legalidad procesal, citando jurisprudencia de diferentes Tribunales en sustento de su postulación.

Dedica un acápite de su libelo a tratar la cuestión de las prórrogas, aseverando que sin perjuicio de entender que el plazo máximo posible para la Investigación Penal Preparatoria ha fenecido —18 meses—, cabe destacar que el Ministerio Público Fiscal no ha solicitado ninguna de las prórrogas impuestas por el art. 223 del Cód. Provincial, lo que no ha sido un error, pues el mismo ya tiene 10 años de vigencia y es imposible que no lo hayan advertido, siendo una decisión deliberada de política criminal por parte de la Procuración, alongar sine die los procesos penales, tornando inoperativa la norma en cuestión, instando a los organismos judiciales a promover de una manera activa la fiscalización de este aspecto, como esencial dentro del control jurisdiccional del proceso, impetrando a esta Sala una imperiosa actuación para ajustar a derecho este aspecto, tal como ha ido contorneando cuestiones como la duración de la prisión preventiva, expidiéndose acerca del art. 223 del Cód. Provincial y determinar el carácter de las prórrogas, extendiéndose en consideraciones a ese respecto y precisando que las prórrogas solo pueden ser ordenadas judicialmente y en casos excepcionales vinculados a circunstancias particulares del proceso, no siendo este el caso en examen toda vez que el Ministerio Público nunca solicitó la declaración de la causa como compleja, no existe pluralidad de intervinientes, solo hay dos imputados; si bien es cierto que las pericias caligráficas demoraron, la cuestión es ajena a su parte, y lo cierto es que la fiscalía nunca solicitó la clausura provisional de la investigación como prevé el art. 224, no pudiendo objetar que la producción de pruebas complejas ha demorado la investigación, contando nuestro código con un remedio no utilizado, sin que ello sea imputable a su parte.

Critica asimismo la falacia introducida por la fiscalía en cuanto afirma que la investigación ha estado parada por el pedido de probation encauzado por su parte y que actualmente se encuentra en trámite por ante la Cámara de Casación Penal, toda vez que esta causal no es interruptiva de los plazos de la IPP, pues la fiscalía durante su tramitación no dejó de investigar, sino que continuó con su actividad procesal —produciendo pruebas, solicitando embargo en bienes, modificando la imputación de los incursos, citándolos a declarar— y no solicitó la suspensión de la IPP; agrega que el art. 223 establece que no se computará el tiempo transcurrido "durante el trámite de incidentes e impugnaciones", siendo modificado al sancionarse la Ley N° 10.317, que suprimió "...o cualquier clase de articulaciones que determinasen que el expediente no estuviere en poder del Fiscal", donde quizás habría podido incluirse un trámite de probation, en la actual redacción excluida como causal de suspensión, salvo que hubiera sido realizada en la audiencia de requerimiento de elevación a juicio, mas su parte la solicitó a la par de la tramitación de la Investigación Penal Preparatoria, estando el imputado siempre sometido a proceso.

Concluye ratificando que es claro el criterio de esa defensa en cuanto a que J. A. B. L. debe ser sobreseído, no estando en discusión si es mucho o poco el tiempo previsto para la investigación en el art. 223 del Cód. Provincial, sino si dicho precepto está vigente o si el Ministerio Público Fiscal, con la aquiescencia de algunos magistrados, convalidan la intromisión del Poder Judicial en el Poder Legislativo y la lisa y llana derogación de una ley formal, materialmente válida y en sintonía con la Constitución Provincial, Constitución Nacional y Tratados internacionales, solicitando se haga lugar al remedio impugnativo articulado.

V. A su turno, la señora Fiscal de Coordinación, Dra. Matilde Federik, contestó traslado de la impugnación extraordinaria articulada y tras breve racconto de la causa, insistió en que, hallándose pendientes las diferentes impugnaciones presentadas por el propio recurrente, conforme el art. 223 del Cód. Provincial, los plazos procesales que la defensa entiende violados se encontraban suspendidos, resultando contradictorio por un lado garantizar el derecho de defensa mandando a producir toda la evidencia que necesita para su defensa en una causa de gran complejidad probatoria y

que la dilación que insume su producción le genere el agravio por la afectación del plazo razonable, poniendo a la fiscalía en una posición de imposible resolución que resulta un desatino, por lo que la hermenéutica de las instancias inferiores sobre el carácter meramente ordenatorio de los plazos, resulta la adecuada ya que su vencimiento no tiene prevista ninguna sanción legal por el legislador, teniendo una finalidad meramente organizativa, estando siempre el plazo de investigación y su razonabilidad sujeto al estricto control del juez de garantías a fin de evitar dilaciones indebidas, agregando que la norma al aludir a la solicitud de prórroga no lo dispone de manera imperativa para el Fiscal, sino que "podrá" pedirla; ni prevé sanción si no lo hiciera como ya lo hubo señalado, no encontrando apoyo en la sistemática del código, ni en la propia dinámica procesal y actividad defensiva de la causa en concreto, expresando su concordancia con el análisis efectuado por los jueces de garantías y apelación, con cita de jurisprudencia afín a su postulación.

Descalifica asimismo los argumentos vinculados a la extinción e insubsistencia de la acción penal por violación del plazo razonable, analizando in extenso tal postulado con cita de jurisprudencia; señala la solicitud de remisión de esta causa a juicio, sin que se haya podido celebrar la audiencia por la existencia de planteos de la defensa pendientes de resolución, por lo que concluye propiciando el rechazo de la impugnación extraordinaria provincial por entender que no se verifica formalmente el agravio constitucional ni la mentada arbitrariedad en las resoluciones de las instancias inferiores, sino una mera disconformidad con la interpretación que tales sentencias ha hecho de normas procesales provinciales.

VI. Reseñados como antecede los argumentos del fallo impugnado, los de la parte recurrente y los del Ministerio Público Fiscal, ingresaré al examen del objeto de la impugnación deducida, la cual exhibe novedosas aristas legales, nunca antes planteadas para su tratamiento ante este Tribunal y que merecen, por tanto, un adecuado análisis y pronunciamiento definitivo susceptible de echar luz sobre la interpretación de las cuestiones debatidas.

VI.1.- En ese orden de ideas, es menester precisar liminarmente que el fallo de la Sala N° 1 de la Cámara de Casación Penal aquí impugnado, ofrece una fluctuante interpretación, desde que, si bien desestima el recurso de casación de la defensa acudiendo a un argumento meramente ritual, consistente en la carencia de definitividad del acto recurrido y la satisfacción del doble conforme a través del pronunciamiento de apelación, se adentra, sin embargo, en una prolija y completa reseña de los fundamentos del Tribunal Unipersonal de Apelación, confirmatorios de los consignados en el fallo del Juez de Garantías, para arribar a aquella conclusión sentencial no sin antes expresar que "no existe posibilidad de modificar lo resuelto en la instancia de apelación" (cftr.: sent. de Casación, pto. 2.b, penúlt. párr., *in fine*), sin siquiera inmiscuirse en los trascendentes agravios casacionistas, lo cual pareciera —como mínimo— afirmar la sustancial convalidación del criterio que ha venido motivando los descalificantes agravios —apelatorios y casatorios— esgrimidos por la defensa que, básicamente, se sustentan en una seria crítica de interpretación contra legem de la compatibilidad del vínculo de las normas de los arts. 192 y 223 del Cód. Provincial con el caso concreto, su efectiva vigencia y aplicabilidad en la especie, determinante de la vulneración de sus garantías constitucionales y convencionales al debido proceso, defensa en juicio y plazo razonable de sometimiento a proceso penal.

Estos significativos aspectos del cuestionamiento casatorio, aun perfectamente descriptos en los resultandos del pronunciamiento, son sin embargo por entero ignorados por la Casación que, no obstante aquella contundente aseveración destacada en el parágrafo que antecede, omite totalmente su examen y se limita solamente a declarar la improcedencia formal del recurso de casación.

VI.2.- Constituye una "verdad de Perogrullo" señalar las extremas dificultades que ha acarreado en la doctrina y en la jurisprudencia determinar cuál es el plazo razonable del proceso penal establecido como garantía judicial en el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y ello encuentra explicación en que se trata de una regla general de aplicación obligatoria, pero en el marco de muy diferentes sistemas procesales penales en los diferentes Estados adherentes.

No obstante, en el específico proceso acusatorio vigente en nuestra Provincia de Entre Ríos, el plazo razonable para la sustanciación de cualquier acusación penal contra una persona y la determinación de sus derechos está expresamente previsto por el art. 223 del Cód. Provincial en los siguientes términos: "La Investigación Penal Preparatoria deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la última declaración del Imputado. Si

resultare insuficiente, el Fiscal podrá solicitar fundadamente prórroga al Juez de Garantías, quien podrá acordarla por otro tanto si juzga justificada su causa o la considere necesaria por la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de extremas dificultades en la investigación, podrá concederse otra prórroga de hasta doce meses más. No se computará en estos casos el tiempo transcurrido durante el trámite de incidentes o impugnaciones. La fuga o rebeldía del Imputado suspenderá igualmente los plazos fijados por este artículo".

Por lo demás, es dable constatar en estas actuaciones que, desde la disposición de actos de la Investigación Penal Preparatoria ya vencidos esos plazos, la defensa viene denunciando, impetuosa, insistente y consistentemente tal irregularidad procesal, esgrimiendo el carácter perentorio e improrrogable de los términos del proceso que consagra el art. 192 del mismo cuerpo legal adjetivo.

La desestimación de semejante reclamo defensivo por el Juez de Garantías, bajo el argumento de que los plazos del citado art. 223 serían solo ordenatorios en razón de no contemplar una sanción en la ley, ratificada por el Tribunal de Apelación y convalidada —tácitamente— por la Casación declarando formalmente inadmisible el recurso de la defensa, pero expresando, a su vez, que no existe posibilidad de modificar lo resuelto en la instancia de apelación, desconocen o tergiversan la clara y explícita norma del art. 192 del Cód. Provincial, la perentoriedad e improrrogabilidad de los términos procesales allí establecidas y la esencial naturaleza del proceso acusatorio-adversarial que pone en pie de igualdad a la acusación y a la defensa —principio de igualdad de armas—, sin consagrar excepciones en favor de una u otra parte en relación a los plazos otorgados a cada una para la realización de los actos procesales a sus respectivos cargos y, además, ello importa controvertir la explícita voluntad del legislador plasmada en la letra del citado artículo 223 del Cód. Provincial.

Esto significa que la ley otorga al Ministerio Público Fiscal la potestad de llevar a cabo la Investigación Penal Preparatoria, pero incontrastablemente prevé el contralor de legitimidad de tal actividad por parte del/la Juez/a de Garantías y, cumplido el plazo legal, para continuar la investigación su prórroga debe ser fundadamente solicitada por la fiscalía a judicatura y, para ser concedida, debe encontrarse justificada la causa o la necesidad de la prórroga.

Por tanto, siendo los términos procesales perentorios e improrrogables, salvo excepción legal (cfme.: art. 192, Cód. Provincial) y encontrándonos aquí con una de esas excepciones —posible prórroga—, pero sometida al control de razonabilidad judicial, vencido el término legal fijado para la Investigación Penal Preparatoria, omitida por la fiscalía la fundada solicitud de prórroga y no consentida por la defensa la continuidad de la investigación, inevitablemente pierde el Ministerio Público Fiscal aquella potestad de investigación penal que, con estas limitaciones, le asigna la ley; la circunstancia de que el legislador no haya previsto una específica sanción para el vencimiento del término de la IPP no significa que el mismo sea ordenatorio, lo cual inequívocamente lo elucida el citado art. 192, ni que carezca de todo sentido el expreso establecimiento normativo de ese término en el art. 223; además, el mismo Código dispone cómo proceder para que el Ministerio Público Fiscal pueda prorrogarlo y continuar actuando legítimamente, debiendo tenerse muy presente que este tiene como misión promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público; y ejerce la acción penal pública y conduce la investigación con arreglo a los principios de legalidad, objetividad, imparcialidad, especialidad, oportunidad y, además, unidad de actuación y dependencia jerárquica (cfme.: art. 207, 3er. párr., Const. de E. Ríos), no pudiendo ni debiendo apartarse del procedimiento legalmente consagrado, ni el órgano judicial puede convalidarlo, habida cuenta que —como enseña Claus Roxin— cuando las dilaciones superan la medida de lo tolerable, ello debe tener consecuencias procesales (cfme.: aut. cit.; Der. Proc. Penal —Trad.: Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor—, p. 117, Ed. del Puerto, Bs. As., 2000), y en nuestro proceso penal local esa medida de lo tolerable ha sido concretamente fijada con precisión por el legislador; de tal modo, agotado ese plazo, la actividad investigativa de la fiscalía se ve obstruida por un impedimento procesal —Roxin, cit.— y todo acto practicado en tales condiciones deviene inevitablemente inadmisible, desde que se ha llevado a cabo luego de transcurrido el plazo que Klaus Volk denomina "plazo de exclusión" (cfme.: aut.cit.; "Curso fundamental de Der. Proc. Penal - Trad.", Alberto Nazer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor y Eugenio Sarrabeyrouse, p. 227, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2016), debiendo ser eliminado del proceso.

Al cumplirse el término legal para practicar la investigación, para que pueda el Ministerio Público

Fiscal continuar con ella o avanzar a la etapa intermedia del proceso sin que decaiga su derecho, deberá necesariamente definir la situación a través de dos de las tres opciones que propone la defensa recurrente: requerir tempestivamente la remisión de la causa a juicio o pedir el sobreseimiento del imputado —existiendo concreta formación de causa contra el imputado, no cabe la tercera alternativa mencionada por la defensa: archivo de las actuaciones—; debe agregarse a ellas la posibilidad de la Fiscalía de instar ante la Judicatura de Garantías la clausura provisional de la Investigación Penal Preparatoria que contempla el art. 224 del Cód. Provincial.

Nada de eso se verifica legalmente realizado en esta Investigación, sostenida en el tiempo solo por la mera voluntad infundada del Ministerio Público Fiscal, no consentida por la contraparte, insólitamente tolerada por los órganos jurisdiccionales intervinientes que efectúan una interpretación inequívocamente contra legem, ignorando la explícita letra de la ley y dispensado en los hechos, a una de las partes del proceso, el privilegio de ejercer discrecionalmente en el tiempo una potestad que la ley le otorga limitada en su plazo de realización y sometida al control judicial, lo cual implicaría presumir una inconsecuencia del legislador que habría establecido una pauta inútil —prescindible en la práctica— en el texto legal del art. 223 del Cód. Provincial, lo cual contradice abiertamente la doctrina interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que señala: "La primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley y, en tanto la inconsecuencia del legislador no se supone, la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos" (cftr.: CSJN, 16/03/2016, *in re:* "Boggiano, Antonio c. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social s/ proceso administrativo").

De tal manera, esa errónea interpretación de la ley, en contra de su texto explícito, efectuada por los órganos judiciales intervinientes en el asunto, sostenida únicamente en la simple voluntad de la judicatura, deriva en una inexorable violación del debido proceso conforme ha sido previsto en la ley, con irremediable afectación del derecho de defensa del encartado, abandonando el deber del órgano judicial de observar las reglas de procedimiento que preservan las garantías del plazo razonable, de defensa en juicio y del debido proceso legal que deben reconocerse a toda persona sometida a un juicio, lo cual, dada su eminente raigambre constitucional y convencional, adquiere el rango de materia revisable judicialmente, correspondiendo a la Corte el control de validez constitucional de tales procedimientos (cfme.: CSJN; Fallos: 316:2940).

Así, la negativa judicial de hacer efectiva aplicación de la regla temporal del art. 223 del Cód. Provincial, ignorando las disposiciones del art. 192 del mismo Código, frente al tenaz y razonable reclamo fundado en ley de la meticulosa y esmerada defensa, torna ficticios los derechos de audiencia, al recurso y al plazo razonable previstos en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los arts. 2.3, 14.1, 14.3 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas constitucionalizadas en el art. 75, inc. 22, de la CN, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su interpretación, ha precisado que no basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención, señalando que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Lo cual puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión. Al respecto, también ha señalado que "el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu" (cfme.: —por todos— CIDH, 06/12/2001, Caso: "Las Palmeras c. Colombia", párr. 58).

VI.3.- Las precedentes consideraciones ponen evidentemente de relieve la absoluta inconsistencia de las decisiones judiciales adoptadas por el Juez de Garantías y por el Tribunal Unipersonal de Apelaciones, en torno de este concreto planteo de la defensa sobre el cumplimiento de los plazos de la Investigación Penal Preparatoria y su inevitable agotamiento por falta de fundada prórroga de ellos, atribuyéndole incluso una genérica responsabilidad dilatoria a la actuación de la defensa, que no se logra precisar puntualmente en qué consis-

tiría, a la vez que el pronunciamiento meramente ritual de la Cámara de Casación Penal, omitiendo ingresar al análisis de la pretensión casacionista, otorga razón a la parte recurrente al tachar de arbitraria esa decisión, en la medida en que ha omitido analizar agravios conducentes para la correcta resolución del asunto (cfme.: CSJN; Fallos: 303:386; 306:1395; 307:1875; 311:512; 326:3734; 330:4983, entre otros), incurriendo en incumplimiento del deber de revisión integral y exhaustiva del fallo en los términos establecidos en el precedente "Casal" (CSJN, 20/09/2005; Fallos: 328:3399).

Por ello, esos pronunciamientos en modo alguno pueden ser considerados como resultado de una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las concretas circunstancias comprobadas de la causa, lo cual los descalifica como decisiones judiciales válidas en términos de conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre arbitrariedad.

VI.4.- Por lo demás, constatándose largamente agotado el término para practicar la Investigación Penal Preparatoria, sin verificarse la existencia de una fundada solicitud de prórroga ni la consecuente concesión judicial para su continuación, deviene incontestable la insubsistencia de la potestad de la Fiscalía para realizar actos de investigación respecto del imputado recurrente J. A. B. L., lo cual implica el agotamiento de las legítimas tareas de investigación con la inexistencia de razonable posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba; y no contó el Ministerio Público Fiscal, para entonces, con bases suficientes para requerir de manera fundada la apertura del juicio, lo cual configura la expresa causa de procedencia del sobreseimiento en su favor prevista en el art. 397, inc. 5°, del Cód. Proc. Penal.

VII. De conformidad con todo lo precedentemente expuesto, concluyo propiciando el acogimiento de la impugnación extraordinaria interpuesta por la defensa técnica del encartado J. A. B. L. contra la Sentencia N° 265 de la Sala N° 1 de la Cámara de Casación Penal de fecha 29/12/2020 y, en su consecuencia, declarar la nulidad de esta y de los pronunciamientos dictados en estas actuaciones por el señor Vocal del Tribunal Unipersonal de Apelaciones, Dr. Gustavo R. Pimentel, en fecha 10/03/2020, y por el señor Juez de Garantías, Dr. Ricardo D. Bonazzola, en fecha 26/02/2020, declarando la insubsistencia de la potestad fiscal para realizar actos de investigación respecto del imputado recurrente J. A. B. L., debiendo disponerse su sobreseimiento por el delito que le fuera imputado, declarándose que este proceso no afecta el buen nombre y honor del que goce el imputado (cfme.: art. 397, inc. 5° y últ. párr., Cód. Proc. Penal); correspondiendo declarar las costas de oficio.

Así voto.

La doctora *Mizawak* dijo:

I. Coincido plenamente con el enjundioso análisis y la conclusión que propone el Vocal que me precede en el orden de votación.

II. En tal sentido, entiendo que se configura en autos cuestión federal suficiente desde que está en juego el alcance de la garantía a obtener un juicio sin dilaciones indebidas, que surge no solo implícitamente de la Constitución sino expresamente de tratados internacionales suscriptos por la República Argentina.

Dicha garantía ha sido también reconocida por la Constitución de Entre Ríos (art. 65).

III. Oportuno es recordar que la Corte Nacional, en el caso "Mattei", ha establecido que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal, y que esto obedece además al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial que es el respeto debido a la dignidad del hombre, el cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito (Fallos: 272:188).

Idéntico criterio siguió en "Mozzatti" (Fallos: 300:1102), donde reafirmó el principio conforme al cual la defensa en juicio y el debido proceso "se integran por una rápida y eficaz decisión judicial".

IV. Resulta claro que el tiempo empleado por el Estado para dilucidar los hechos investigados en el *sub lite*, no solo resulta incompatible con el derecho a un juicio sin demoras indebidas amparado por el art. 18 de la Ley Fundamental y por tratados internacionales de jerarquía constitucional; sino que además contradice las expresas normas que establece nuestro código de rito.

En nuestra Provincia, el plazo razonable para la sustanciación de cualquier acusación penal contra una persona está expresamente previsto por el art. 223 del Cód. Provincial que establece que la Investigación Penal Preparatoria deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la última declaración del Imputado; y en caso de que resulte insuficiente, el Fiscal podrá solicitar fundadamente prórroga y el Juez de Garantías podrá acordarla por otros tres meses más si juzga justificada su causa o la considere necesaria por la naturaleza de la investigación.

Asimismo, la norma prevé que en supuestos de suma gravedad y de extremas dificultades en la investigación, el Juez podrá conceder otra prórroga de hasta doce meses más.

Es decir, en nuestro régimen, siempre que se juzgue justificada su causa o se lo considere necesario por la naturaleza de la investigación, la IPP puede tener un plazo máximo de duración de 18 meses.

Por su parte, el art. 192 del mismo digesto legal dispone que los términos son por regla perentorios e improrrogables, salvo las excepciones dispuestas por la ley.

Tal como lo resalta el Dr. Carubia, se constata que en el *sub judice*, venció el término legal fijado para la Investigación Penal Preparatoria, y la fiscalía no solicitó fundadamente su prórroga. Consecuentemente, el Ministerio Público Fiscal ha perdido la potestad de investigación penal.

Dicha circunstancia fue señalada y denunciada insistentemente por la Defensa; y pese a ello, ha sido arbitrariamente consentida por los magistrados intervinientes.

V. Comparto las consideraciones recientemente formuladas por el Dr. Lorenzetti en autos "Price, Brian A. y otros s/ homicidio simple" (CSJN, sentencia del 12/08/2021): "Nada obsta en principio a que... el legislador provincial establezca, en el marco del ejercicio del principio de oportunidad expresamente incorporado como causal de extinción de la acción penal en el artículo 59, inciso 5°, del CP, una cláusula procesal dirigida a resguardar la mencionada garantía (del plazo razonable) mediante la incorporación de un plazo cierto y perentorio para que el acusador público impulse la acción penal, bajo sanción de caducidad. (...) No se advierte, a priori, un obstáculo para que el legislador provincial reglamente una garantía —en este caso, la consagrada en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— planteada en similares términos —esto es, sin prever plazos específicos— mediante el establecimiento de un plazo cierto al cabo del cual se considera infringido el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, y una consecuencia legal que es la caducidad de la facultad del acusador público para impulsar la acción penal".

VI. A la luz de todo lo expuesto, entiendo propicia la ocasión para instar a los organismos judiciales a que, ante el planteo de alguna de las partes, asuman de manera activa la fiscalización de los plazos en que se desarrolla la investigación penal preparatoria, como una función esencial dentro del contralor jurisdiccional.

No podemos olvidar que en manos del Juez de Garantías queda precisamente el control de la legalidad del proceso en la etapa de investigación y el resguardo de las garantías constitucionales del imputado.

VII. Finalmente y por todo lo expuesto, creo que estamos en condiciones de asumir competencia positiva, no solo por razones prácticas, de economía y celeridad procesal (tal cual lo prevé el artículo 518 del CPPER, aplicable por expresa remisión del artículo 525 del citado cuerpo legal), sino justamente por el derecho del imputado a que se resuelva su situación en tiempo oportuno y sin dilaciones indebidas.

Lo contrario, implicaría continuar dilatando una situación de indefinición reñida con el derecho de defensa y el debido proceso.

En esta misma orientación ha fallado nuestro Cimero Tribunal Federal: "...insistir en el reenvío de las actuaciones a fin de que sea la Cámara de Casación la que asegure el derecho del imputado a una revisión acorde con la presunción de inocencia, se traduciría, en definitiva, en la lesión de otro derecho, cual es el que tiene todo imputado a obtener un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad, y ponga término al estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal (conf. Fallos: 272:188, en particular considerado 10, *in fine*)..." (CSJN. Fallos: 339:1493) Similar temperamento sostuvo esta Sala *in re* "Erro, Luis A. - Dellagiustina, Alfredo D. —peculado de servicios— s/ impugnación extraor-

dinaria" (Expte. N° 4769; sent. del 11/03/2019); y ha sido también mi criterio en la causa "Barreiro, Ricardo F. - Falsificación ideológica de documento público s/ impugnación extraordinaria" (Expte. N° 4867; sent. del 18/08/2021).

VIII. Por ello, adhiero a la solución que propicia el Dr. Carubia de hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por la Defensa técnica del encartado; y, en su consecuencia, anular la Sentencia N° 265 de la Sala N° 1 de la Cámara de Casación Penal de fecha 29/12/2020 y los pronunciamientos dictados en estas actuaciones por el señor Vocal del Tribunal Unipersonal de Apelaciones, Dr. Gustavo R. Pimentel, en fecha 10/03/2020, y por el señor Juez de Garantías, Dr. Ricardo D. Bonazzola, en fecha 26/02/2019; declarar la insubsistencia de la potestad fiscal para realizar actos de investigación respecto del imputado recurrente J. A. B. L. y disponer su sobreseimiento, aclarándose que este proceso no afecta el buen nombre y honor del que goce el imputado (cfme. art. 397, inc. 5° y últ. párr. del CPP).

IX. Las costas de esta etapa impugnativa deben declararse de oficio (arts. 583 ss. y cdts., CPP). Asimismo, no corresponde regular los honorarios del letrado interviniente por no haberlos peticionado expresamente (art. 97, inc. 1°, del Decreto Ley N° 7046/1982, ratificado por Ley N° 7503).

Así voto.

El doctor *Giorgio* dijo:

Adhiero a los votos precedentes por análogas consideraciones.

Así voto.

Por los fundamentos del acuerdo que antecede; se resuelve: 1°) Hacer lugar a la Impugnación extraordinaria articulada por el Dr. Humberto Franchi, en ejercicio de la defensa técnica de J. A. B. L., contra la sentencia N° 265 dictada por la sala I de la Cámara de Casación Penal en fecha 29/12/2020; y en consecuencia Declarar la nulidad de esta y de los pronunciamientos dictados en estas actuaciones por el señor Vocal del Tribunal Unipersonal de Juicios y Apelaciones, Dr. Gustavo R. Pimentel, en fecha 10/03/2020, y por el señor Juez de Garantías, Dr. Ricardo D. Bonazzola, en fecha 26/02/2020. 2°) Declarar la Insubsistencia de la potestad fiscal para realizar actos de investigación respecto del imputado recurrente J. A. B. L. 3°) Disponer el Sobreseimiento de J. A. B. L. por el delito que le fuera imputado, declarándose que este proceso no afecta el buen nombre y honor del que goce el imputado (cfme.: art. 397, inc. 5° y últ. párr., Cód. Proc. Penal). 4°) Declarar las costas de oficio (arts. 584, ss. y ccdts. del CPP). 5°) No regular los honorarios del letrado interviniente por no haberlos peticionado expresamente (art. 97, inc. 1°, del Decreto Ley N° 7046/1982, ratificado por Ley N° 7503). Regístrese, notifíquese, oportunamente, bajen. — *Daniel O. Carubia. — Claudia M. Mizawak. — Miguel A. Giorgio.*

DAÑO AGRAVADO POR PERSECUCIÓN RACIAL Y RELIGIOSA

Pintadas en dos instituciones que pertenecen a la comunidad judía. Intolerancia. Confirmación de la sentencia de condena.

1. — No sería social ni jurídicamente saludable banalizar conductas significantes de auténticos dispositivos al servicio de la intolerancia, el odio, la discriminación, la hostilidad, la violencia, configuradores de un discurso eventualmente generador de un clima que puede preceder a la acción —pintadas en instituciones de la comunidad judía—.

2. — En un contexto mundial de hiper interconexión y globalización, este suceso —pintadas en instituciones de la comunidad judía— en torno a cuyas circunstancias se constataron rasgos de intolerancia desde tipología determinada por la realidad genética, la identidad cultural y convicciones religiosas, el daño a la dignidad humana de los miembros de la comunidad reiteradamente transgredida, así como también la estigmatización de una legítima profesión —en el caso, con alusión al "saca presos"— impone la actuación bajo cánones de la debida diligencia en frente a un mensaje odioso que mereció su consecuente reproche legal.

3. — La imposición de la pena determinada racionalmente en el caso —dos años de prisión de ejecución condicional—, justipreciada de acuerdo a los preceptos legales y por la exclusiva responsabilidad por los actos, tradujo el legítimo reproche penal ante

una acción —pintadas en instituciones de la comunidad judía— que implicó un trato degradante por estigmatización, mensaje injurioso, difamatorio y hasta posiblemente incitador a la propagación de la intolerancia hacia el "otro" diferente, desde el colectivo mayoritario y en franco desmérito de los derechos o libertades reconocidos en Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

CCasación Penal Concordia Sala II, 17/02/2022. - H., E. G. -daño agravado- s/ recurso de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21307/2022]

COSTAS

A cargo del recurrente.

Expte. N° 393/20

2ª Instancia.- Concordia, febrero 17 de 2022.

¿Qué corresponde resolver respecto del recurso de casación interpuesto por los impugnantes y cómo deben imponerse las costas?

Al respecto, la doctora *Giorgio* dijo:

I. De las constancias resulta que, mediante Sentencia de fecha 12 de marzo de 2020 dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de la Ciudad de Concepción del Uruguay integrado por los Vocales Dres. María Evangelina Bruzzo - Rubén Alberto Chaia - Gustavo Ariel Díaz se resolvió: "1°) Declarar que E. G. H., sin sobrenombres ni apodos, DNI N° ..., cuyos demás datos de identidad personal constan en acta, es autor materialmente responsable del delito de Daño agravado reiterado por el carácter del bien y ser cometido por persecución y odio a una raza y religión —dos hechos— en concurso real entre sí —arts. 184 inc. 5 y 55 del Cód. Penal y art. 2 de la Ley 23.592— y Condenarlo a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional —arts. 26, 40 y 41 del CP—. 2°) Imponer al condenado E. G. H., por el término de la condena el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: 1°) Fijar residencia, la que no podrá ser modificada sin autorización del tribunal; 2°) Abstenerse del abuso de bebidas alcohólicas y del uso de estupefacientes; 3°) Asistir y aprobar un curso vinculado a la temática de derechos humanos, discriminación y ética ciudadana, con nivel terciario o universitario y mínimo de cuarenta horas cátedra; y 4°) Realizar tareas comunitarias de seis horas mensuales por el término de un año, en favor de la institución perteneciente a la comunidad judía y/o asociación israelita que la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas (OMA) determine, con expreso consentimiento de esta. A los fines aquí dispuestos, lábrese por intermedio de la Oficina Judicial acta compromisoria de estilo (art. 24 bis del Cód. Penal). 3°) Declarar las costas del proceso a cargo del condenado E. G. H. (arts. 584, 585 y concs. del CPPER). 4°) Cumplimentar la normativa contenida en los arts. 72 y 73 inc. c) del CPPER, notificándose la presente sentencia a la parte querellante constituida en autos. 5°) Disponer de los efectos secuestrados en la forma prevista al tratarse la cuestión respectiva. 6°) Diferir la lectura íntegra de la sentencia para el día 20 de marzo de 2020 a las 08:30 horas. 7°) Regístrese, déjese copia y, firme que fuera, comuníquese a quien corresponda. Oportunamente, archívese la causa".

Se le atribuyó al encartado E. G. H. el siguiente hecho: "Haber efectuado pintadas en las paredes de la Sinagoga de la Colectividad Israelita —sita en calles Uchitel y Barón Hirsch— y de la AMIA de la Celectividad Israelita —sita en calles Uchitel y Barón Hirsch—, ambas instituciones ubicadas en la ciudad de Basavilbaso y que están destinadas al uso y goce de la comunidad israelita, empleando para ello aerosol de color negro, consignando en la pared de la Sinagoga de calle Barón Hirsch dos cruces esvásticas de 30 cm. y otras dos en la pared de Avenida San Martín, a ambos latrerales de la puerta de acceso al templo, como así también las inscripciones "Doctor A", "Sacador de chorros doctor A", mientras que en la AMIA, en la pared de calle Uchitel una cruz esvástica y debajo de la misma la leyenda "Viva el javon", dañando de manera intencional la estructura de la cosa y cometido en odio a un religión. Hecho sucedido en dicha ciudad, en fecha 27 de junio de 2014 minutos antes de las 03:30 horas".

II. Articularon recurso de casación los Dres. Ariel Amarillo y Lucas M. Vallejo en su carácter de Defensores Técnicos de E. G. H., en oportunidad de impugnar la sentencia N° 10 que resolvió condenar a su instituyente en orden al delito de Daño agravado reiterado —dos hechos— en concurso real conforme a los arts. 184 inc. 5 y 55 del CP y art. 2 de la Ley N° 23.592, en calidad de Autor y en consecuencia le impuso la pena de Dos años de prisión de ejecución condicional —arts. 26, 40 y 41 del mencionado digesto de fondo—.

Se explayaron sobre la procedencia formal de la impugnación; concretaron su pretensión de Absolución, no sin antes haber informado que su representado ya transitó un juicio oral previo en el que fue absuelto, pese a lo cual la Sala I de la Cámara de Casación anuló el decisorio, ordenó un nuevo debate luego del que se pronunció el Tribunal de Concepción del Uruguay con el decisorio actualmente motivo de revisión.

Estimaron que el organismo colegiado interpelado, incurrió en valoración incorrecta, parcializada y arbitraria de la prueba, con claro tinte y/u orientación incriminante, habiendo prescindido de merituar elementos probatorios de descargo, debiendo —a su criterio— descalificárselo como acto jurisdiccional válido.

Acudieron a la doctrina emanada del fallo "Casal" de la que extrajo el esfuerzo imperativo a los tribunales para que "agoten la capacidad de revisión".

Adelantaron que subsidiariamente instarían la modificación de la pena impuesta por el Tribunal de Juicio, por excesiva e indeterminada, en virtud de lo cual debía dejarse sin efecto penas accesorias impuestas de manera encubierta como reglas de conducta.

Seguidamente expusieron los antecedentes del caso; detallaron exhaustivamente la cronología de la investigación, las evidencias recabadas, se manifestaron sobre la conducta procesal de su pupilo, habiendo destacado que la mayor parte de la producción de la prueba se concretó sin imputación formal.

Por otra parte, cuestionaron la hora que se atribuyó como perpetración del hecho. Compararon las contingencias de ambos debates, los diferentes resultados a que se arribaron; entendieron, en torno a ello, que la sentencia de Casación había anulado el fallo aunque no así los actos de debate previos al decisorio final. Dedujeron que no considerar aquellos sería afectar gravemente el derecho de defensa de su pupilo, en tanto que los mismos testigos habían cambiado y/o acomodado sus declaraciones en modo más gravoso para el imputado, esto con un claro afán condenatorio. En tal sentido auspiciaron la compulsa de los relatos vertidos en ambos plenarios.

Luego, en el desarrollo de sus razonamientos, objetaron la certeza de autoría sobre H en el hecho debatido, para lo cual transcribieron un párrafo de la sentencia en cuya exposición, la Vocal consideró acreditada en el grado de convicción exigido, la intervención del encausado.

Si bien coincidieron con muchos aspectos de la reconstrucción plasmada en el fallo, discreparon con la asignación de autoría, así como con relación a alguna circunstancia de tiempo, modo y lugar, aunque seguidamente especificaron que el horario no era el correcto.

Se agraviaron —textualmente— ante la prescindencia del Tribunal de "compulsar y valorar las graves y palmarias contradicciones existentes entre testimonies producidos en el primer debate —cuya sentencia Absolutoria, en gran parte por los mismos, fue anulada por la Excma. Cámara de Casación de la Jurisdicción de Paraná—, y los rendidos, por las mismos personas, en el segundo Juicio y en los cuales se sustenta la condena —particularmente "Arcusin y Jaquet"—.

Propusieron, para un mejor desarrollo, analizar cada uno de los —a su juicio— desacertados fundamentos vertidos per el Tribunal en la sentencia cuestionada, explicitando en cada caso los vicios motivacionales de que adoleció y las razones que invalidarían el razonamiento sentencial en orden a la autoría de H. en el delito que se tuvo per acreditada.

En primer lugar alegaron que en el fallo se intentó diferenciar prueba indiciaria de la aparentemente directa, lo que consideraron meramente declarativo y claramente inexistente. Afirmaron que no hubo prueba directa, que los indicios de cargo no tenían esa entidad sino que debieron ser sopesados por otros de descargo.

Sobre el indicio de presencia en contra de su instituyente, arguyeron que H. y sus compañeros se encontraran en el lugar del hecho en horarios muy lejanos al de su producción. Que a las dos de la mañana, los tres individuos, entre ellos el encausado, estaban ya en casa de H. en Virreinato del Rio de la Plata.

Criticaron también la interpretación que efectuó el Tribunal cuando sostuvo que G. contradijo la versión de H., y lo depuesto por Z. e H., quienes estaban con él esa noche del 27/06. Sostuvieron que en ambos debates se acreditó la vigencia de una ordenanza municipal que prohibía vender alcohol luego de las 00:00 hs. y que por eso G. negó

la compra en su comercio y contradijo a H., Z. e H., e incluso a las imágenes objetivas de los Bancos, en donde se tomaron a los tres individuos llevando una cerveza y un gin tonic entre sus prendas. Que eso fue reafirmado por N. y G. en el parte que mencionó L. para fundar el pedido de allanamiento, a las 01:15 hs. del 27/06.

Auspiciaron se tuvieran presentes los careos producidos en el primer debate, de los cuales existen registros fílmicos y no perdieron eficacia por la declaración de nulidad de la sentencia, proponiendo deducir del nerviosismo de G., la mendacidad de su declaración.

Sostuvieron que los testimonios de Z. e H. —y lo declarado por el imputado H.—, concordantes en ambos debates por su parte, fueron corroborados por lo expuesto por el Sub Comisario L. al solicitar allanamiento de la morada de H. Por lo que expusieron, no se configuró el indicio de presencia en el lugar.

Respecto al indicio de participación, enfatizaron que los aerosoles incautados a H. no fueron empleados para cometer los daños en las paredes de la Sinagoga y Asociación Israelita conforme al informe químico N° G-021/1567, por lo que debía ser claramente valorado como indicio de descargo, no justamente de cargo.

En igual sentido, propusieron que los secuestrados manuscritos a H. en el allanamiento de su casa de calle Virreinato del Río de la Plata, fueran valorados como desincriminante puesto que de ellos no surgió vinculación al hecho, ni a motivos raciales y/o de odio a la religión.

Asumieron que el perito Orzuza encontró coincidencias morfológicas (extrínsecas) entre las pintadas de la Sinagoga y la AMIA de Basabilbaso y la caligrafía de H., pero argumentaron que el Tribunal no valoró que la coincidencia fue en cuatro (4) de las catorce (14) letras involucradas en las pintadas respecto del informe PEial N° 11048, por lo que concluyeron en que más allá de las compatibilidades, no podría haberse arribado a una afirmación asertiva.

Cuestionaron también la valoración que se hizo sobre la estatura; que si fue perpetrado por una persona de mínimo 1,70 cm. o más alta, según las imágenes fílmicas de los debates orales producidos en el marco del presente, H., H. y Z. poseen prácticamente la misma altura, esto más que estaban juntos la noche del lamentable suceso.

Asimismo destacaron que algunas frases fueron escritas a una altura menor que la referenciada en el fallo en crisis —según informe técnico N° 58/14 y acta de relevamiento de rastros—.

Con relación al indicio de actitud sospechosa, sostuvieron que no se tomó cuenta la actitud de H. a lo largo del proceso cuando se presentó espontáneamente, otorgó su teléfono celular y ayudó a ingresar al mismo; que declaró en ambos juicios y se sometió a todas las medidas de prueba en que se lo requirió.

Afirmaron que en ninguno de ambos juicios se acreditó la sustracción de la bandera llevada a cabo por su cliente; tampoco que hubiese hablado con el usuario A. sobre esa bandera, lo cual debía descartarse como indicio de sospecha.

En igual sentido descartaron que pudiese valorarse en contra del encausado, el supuesto e inexistente diálogo entre el Of. E. C. B. y la madre de H. el día del allanamiento, el cual fue mencionado por este en oportunidad que declaró en la sede de Fiscalía, en fecha 08/07/2014, testimonial incorporada a debate por acuerdo probatorio. Se desconformaron en tanto el Tribunal no advirtió la contradicción entre lo depuesto por B. en sede fiscal y lo consignado por el mismo en el acta de allanamiento de fecha 27/06 también incorporada a debate y con presencia de testigos para la legalidad del acto. Allí, B. no hizo mención a las circunstancias expuestas recién en sede fiscal respecto de la madre de H.; allí no se consignó quién lo atendió.

Con relación a la merituación de la sentencia sobre el móvil delictivo, reclamaron que volvió a aseverar el fallo la sustracción de la bandera, y aun cuando negaron que H. haya reconocido que poseía la bandera, razonaron que de ello no podría inferirse móvil de un hecho antisemita. Que aún en caso hipotético, en la conversación con el usuario A. se hablaba de una bandera, sin especificación, habiendo podido tratarse de Chevrolet, Ford, River, Boca, de Argentina o Israel. Que probar que no tenía esa bandera, sería invertir la carga de la prueba y convertirla en diabólica. Puntualizaron que el móvil del querellante era diverso al concluido por el Tribunal.

El segundo de los agravios (2) versó sobre lo que se consideró en el pronunciamiento de primera

instancia con relación la prueba directa. Que los tres informes que así fueron caracterizados en el decisorio impugnado; de igual manera la testimonial del Lic. Orzuza y la del Lic. Jaquet que detectaron coincidencia morfológica en cuatro —4— letras con las interdictadas de H en el allanamiento a su morada, así como otras coincidencias en seis —6— letras y —8— letras sobre catorce —14— involucradas en las escrituras expuestas en la Sinagoga y AMIA de Basabilbaso. Calcularon que ello arrojaba un porcentaje del 57% de las mismas.

Insistieron con la comparación entre ambos debates. Destacaron que la fiscalía interviniente solamente dispuso cuerpo de escritura con aerosol y en pared para su defendido H.; no así para H. ni Z., esto a pesar que el perito Orzuza indicó en su informe la recomendación de la realización sobre pared y con aerosol para poder dar una aproximación mayor de lo peticionado al realizar el mismo. Que no se realizaron por un déficit en la investigación pues solo se comparó —en la tercera pEia— con H. (informe N° 11.920 de fecha 18/08/2015) a pesar de que todos se habían presentado espontáneamente a la IPP.

Parafrasearon una vez más el fallo impugnado en cuanto valoró la pericia caligráfica del Lic. Orzuza a partir de la mera transcripción de sus conclusiones sin haber realizado un adecuado y concienzudo estudio, análisis e interpretación de lo manifestado par el experto, sea en sus tres (3) informes pEiales como en su deposición testimonial. Transcribieron las conclusiones de los informes.

Puntualizaron que, en suma, la compatibilidad enunciada fue en síntesis, del 57% de las letras involucradas en el mejor de los casos (8 letras en el tercer informe pEial), lo que sería inhábil para determinar autoría.

Cuestionaron que no obstante la falta de certeza reconocida por el fallo sobre las conclusiones de las pEias, se haya inferido igualmente la intervención del encausado como autor de los sucesos.

Por otra parte calificaron la testimonial de J. como ilegítima y falaz por su flagrante divergencia con lo declarado en el primer debate; reprocharon al Tribunal que no hubiera contrastado la declaración de aquel con sus propias expresiones en el primer juicio para cuya ejemplificación transcribieron párrafos enteros de su declaración en plenario.

Asimismo, afirmaron que dejó de valorarse prueba de descargo. Entre ellas citaron la intrascendencia de los efectos secuestrados en la casa de su instituyente; que los dos (2) tarros de aerosol que ningún vínculo tenían con la causa, al igual que los manuscritos.

Que tampoco valoraron a favor del enjuiciado, que su compañero estuviera vestido igual que la noche de los hechos.

Aseguraron que del servicio de mensajería que se constató en el que su pupilo formaba parte de un grupo “el club de los divorciados” nada se extrajo con carácter de incriminación a su respecto.

Por otra parte, acotaron que H., Z. y H. no son amigos íntimos, ello no obstante ser conocidos y participar y/o intercambiar mensajería y/o encuentros esporádicos; a partir de esa situación cuestionaron que se les hubiese restado valor a sus testimoniales.

También se desconformaron de la valoración de las cámaras del Banco Bersa y Nación de la ciudad de Basavilbaso; afirmaron que de aquellas se extraía el itinerario y los horarios, corroborantes de su versión sobre los motivos por los que fueron al centro —salieron a comprar bebidas— tomaron algo en la plaza y volvieron al kiosco, luego de lo cual regresaron al domicilio del encausado. Asimismo se pudo verificar —según su criterio— que había circulación de muchas otras personas.

Cuestionaron además, que no se hubiera valorado otro sujeto que pasó advertido por las cámaras, a partir de lo que afirmaron que había otras hipótesis de investigación que no se agotaron.

Afirmaron que otras cámaras situadas en otros ángulos, no tomaron a H y compañía, y que las de los bancos, los localizaron a la 01.42 hs. (Informe Nota D.I. “V' 350/14).

Compararon las declaraciones de G. en este segundo juicio, contradictorias —a su entender— con lo expresado en fiscalía y policía, para lo cual transcribieron los respectivos textos. De igual manera, las contrastaron con lo manifestado en el primero de los juicios.

Respecto del testigo F., ofrecido por el querellante, alegaron su falta de credibilidad dentro del contexto también del fallo anulado.

Lo propio hicieron cuando reclamaron que no se hubiese valorado correctamente lo manifestado por Z. en su actuación en ambos plenarios.

Reiteraron que la sentencia en crisis, debió haber tenido presente la prueba producida en el marco del primer debate oral, para compulsarla con la rendida en el segundo y así poder efectuar una correcta valoración y justipreciación de la misma, máxime cuando, de todo lo producido, existen registros fílmicos, y que, varios de los deponentes en este segundo debate oral (ej. J., A., G.), habían cambiado y/o acomodado de modo llamativo sus declaraciones con un claro tinte criminoso.

Transcribieron fragmentos enteros de lo acontecido durante el desarrollo del juicio interlocutorio; hicieron reserva de una eventual impugnación extraordinaria y del caso federal.

En ejercicio de la misma técnica discursiva, parafrasearon segmentos del decisorio recurrido en cuanto explicitó las razones por las que no receptó la teoría del caso de la defensa.

Estimaron clave la prueba rendida en el primer debate para que se concluyese en la inocencia de su pupilo. No obstante a ello, consideraron que la carga de la acreditación de la autoría pesaba sobre la acusación.

Prosiguieron exponiendo otra conclusión del fallo, con la que discreparon en tanto basaron su hipótesis defensiva sobre el recorrido de los causantes, en los informes de la propia investigación, relevados de las versiones de los mismos vecinos. Consideraron el razonamiento del tribunal en tal sentido como caprichoso, rebuscado y vacuo de contenido, ello porque no fue el mismo que utilizó por ej., para pensar que las pintadas las pudieron haber realizado cualquiera de las personas que andaban circulando por la ciudad de Basavilbaso ese 27/06, y que fueron tomadas por las distintas cámaras de seguridad cuyas desgrabaciones llegaron a juicio, o incluso el Z. o H., indicando a este último como vestido de negro el día del evento.

Criticaron el razonamiento por el que el Tribunal arribó al horario en que ocurrieron los sucesos imputados, sin haber podido desvirtuar el sostenido por la Defensa. Que pudieron haber acontecido entre las 02:07 y las 02:21 según las imágenes de las cámaras de seguridad, y el testimonio del querellante en sede fiscal y en el primer debate.

En relación a la deposición de B., afirmaron que nunca pudo haber visto a H., Z. e H. a las 02:10 por calle Av. Pte. Perón (por la Comercial Basavilbaso) al mando del camión basurero por la sencilla razón que en ese horario fue captado justamente por la cámara de seguridad de la familia C.

Adujeron que el verdadero horario en que B. los vio fue el que consignó en el primer debate oral, "tipo 1, 1:30".

Reprocharon que se hubiera restado credibilidad a Z. e H. cuando habrían sido claros, objetivos, serios, dando razón de sus dichos y contestes en ambos debates, a quienes se los desmereció por presunto vínculo con el imputado.

Volvieron a contrastar las declaraciones del querellante particular cuando expuso en el primer debate, cuya versión —denunciaron— fue "insólitamente" cambiada en el segundo.

Formularon expresa reserva del Caso Federal, instaron la procedencia del recurso, la revocación del fallo interpelado y la consecuente absolución de su instituyente E. G. H. conforme desarrollaron en la impugnación recreada.

III. En oportunidad de la audiencia oral, en fecha 17 de febrero de 2022 intervinieron por la Defensa Técnica de E. G. H., los Doctores Ariel Amarillo y Lucas M. Vallejo así como por el Ministerio Público Fiscal, el Doctor Fernando Lombardi y por la Querella, el Doctor Mario Ignacio Arcusin en representación de la Sinagoga (Colectividad Israelita) de Basavilbaso ER y Amia (Colectividad Israelita) de Basavilbaso ER.

a.- En uso de la palabra, comenzó el Dr. Ariel Amarillo señalando que planteaba recurso de casación contra la Sentencia N° 10 dictada por el Tribunal de Juicio de Concepción del Uruguay en fecha 12 de marzo del año 2020. Previo a ingresar al tratamiento de los agravios, efectuó un repaso sobre la cronología de los eventos e instancias cursadas.

En primer término, se disconformó por la conclusión arribada por la sentenciante en tanto indicó haber alcanzado la certeza de condena y que tuvo por acreditado fehacientemente el hecho, tal cual fuera intimado. Efectuó una lectura textual sobre el hecho descripto en la apertura de causa.

Señaló la valoración parcial del tribunal frente a la prueba producida en el segundo debate y que por otro lado no ponderó los actos válidos rendidos en el primer debate, considerando dicha valoración irracional, ilógica y aparatada de la sana crítica. Asimismo, sostuvo que se dio por acreditada una serie de indicios de cargo, entre ellos presencia, participación, actitud sospechosa y motivo, para sostener la argumentación que luego recayese en el fallo condenatorio en contra de su pupilo.

En ese sentido, respecto del indicio de presencia, por el que se ubicó a su pupilo en el lugar y hora del hecho intimado y en un momento donde no transitaba gente, sin motivo alguno para arribar a dicha conclusión, el Tribunal efectuó una afirmación especulativa que no tuvo nada que ver con los elementos de prueba reunidos en la causa, afirmando que de los informes correspondientes a las desgrabaciones de las cámaras de seguridad tanto de los Bancos como de la familia C. surgió que esa noche circulaban personas en Basavilbaso, dado a los movimientos del cajero electrónico, el movimiento de tránsito vehicular y de los transeúntes.

Asimismo, indicó que dicha afirmación se encontraba respaldada por la declaración de los testigos N. Z. y C. H. quienes testificaron sobre el itinerario de lo que hicieron esa noche junto con H. —en el primer y segundo debate— y por declaraciones de su pupilo haciendo uso de su derecho de defensa.

A su vez, señaló que la prueba objetiva mencionada se hallaba respaldada por el testimonio de J. E. G., indicando que dicha declaración fue la utilizada incorrectamente por el Tribunal para fundamentar el indicio de presencia de su pupilo.

Seguidamente, refirió a la inconsistencia de lo declarado por G. en el segundo debate, cuando manifestó haber visto a H. a las 03:00 a.m., lo que señaló como incorrecto, ya que surgió del relato de las declaraciones hechas en sede policial y en fiscalía momentos posteriores al hecho, que avizoró a H. entre las 01:30 y las 02:00 a.m. en compañía de Z. y H.

Que todo ello fue respaldado por un informe policial que estableció que el Sargento M. N. y el Cabo Primero P. G. mientras se encontraban patrullando un móvil, le dieron aviso al Comisario L. para que pidiese la orden de allanamiento.

Respecto del horario del hecho intimado, reiteró que minutos antes de las 03:30 a.m., surgió de las imágenes de videos tomados por la cámara de la familia C. que a las 02:59 a.m. un patrullero de la policía de Basavilbaso conducía hacia Barón Hirsch entre Uchitel y San Martín, señalando que la Sinagoga se encuentra ubicada entre San Martín y Uchitel y la sede AMIA entre Barón Hirsch y Uchitel. Dicho ello, concluyó que la presencia de móvil policial en ese horario, descartaba el horario de la intimación del hecho.

Asimismo, precisó que dicha prueba fílmica de corte objetivo, debía ser contrastada con el propio reconocimiento que hizo la querella particular cuando declaró que existía consigna policial en la Sinagoga y la sede de AMIA, a partir de los atentados contra Israel y la AMIA.

A partir de ello afirmó que lo antedicho fue reconocido por el querellante en oportunidad del alegato de clausura en el segundo debate, lo cual estaba acreditado por los registros fílmicos cuya transcripción se encuentra en el recurso de casación interpuesto oportunamente.

Respecto del indicio de participación, entendió que la jueza realizó una valoración totalmente parcial en relación al secuestro de los aerosoles en la casa de H. y lo receptó como un indicio de participación sosteniendo que dicha circunstancia debía ser interpretada y correlacionada con el informe de pEias químicas, que a su entender era clave y contundente. Transcribió parte del informe por el cual se descartó la correspondencia de los aerosoles.

Asimismo, indicó que dicha evidencia debía ser relacionada con las declaraciones testimoniales que dieron cuenta de la actividad de H. concerniente a la pintura con aerosoles especiales.

Por otra parte, adujo que debía tenerse presente la colaboración de H. durante el allanamiento cuando proporcionó la ubicación de los aerosoles, como asimismo debía relacionarse con lo indicado en el acta de allanamiento, que dio un objeto preciso al indicar búsqueda de aerosoles, ropa manchada y todo elemento relacionado con la causa.

En este marco, estimó ineludible considerar que el Tribunal le intentó dar entidad de indicio de participación a los manuscritos secuestrados en la casa de H. y lo interactuó con la pEia del Licenciado Orzuza que efectuó las tres prácticas y

declaró como testigo. En ese sentido, entendió no surgía un solo motivo vinculado a la causa, ni de odio racial ni de ideas políticas. Consideró que ese manuscrito debía relacionarse e interpretarse con la primera pEia practicada, en la que se indicó que no se podía establecer certeza de autoría.

Avanzó sobre la intervención de Orzuza en tanto consignó que le resultaba dificultoso valorar los elementos intrínsecos del escriba, porque el elemento utilizado era de una naturaleza que impedía realizar un análisis. Asimismo, a su criterio el Licenciado había manifestado que solamente podía realizar una comparación de tipo morfológica pero con las limitaciones del caso —forma, tamaño, etc.—, entendiendo que por "limitaciones del caso" se refería a la esencia del elemento usado para pintar. Concluyó que la correcta interpretación que debería haber dado el tribunal a los manuscritos era justamente la imposibilidad de determinación de la naturaleza.

Además, puntualizó que se encontraba coincidencia en la primera pEia practicada por Orzuza en relación a cuatro (4) letras de la leyenda escrita en la pared de la Sinagoga y en la sede AMIA involucraba catorce(14) letras, señalando que Orzuza fue claro cuando depuso en debate y dijo que analizó la generalidad de las letras y la letra de modo individual. Dicho ello, consideró que debía descartarse el indicio de participación.

Por último, sostuvo que la *a quo* incorrectamente relacionó y concluyó que el indicio de participación se encontraba relacionado con la altura de H, remarcando que coincidía con la altura de los testigos Z. y H., señalando que esta relación se la debía vincular con lo manifestado por el Licenciado Jacquet, que en su informe indicó que cualquier persona de más 1,70 metros podía elaborar un escrito de esta naturaleza en la Sinagoga y la AMIA.

En cuanto al indicio de sospecha, indicó que la magistrada había arribado a su existencia eligiendo pruebas y no vinculándolas con la integridad del plexo probatorio rendido en el debate y traído a juicio por acuerdo probatorio.

Sobre el punto, sostuvo que no tuvo en cuenta la conducta de H. a lo largo de todo el proceso, no solamente durante los debates, sino también su colaboración en etapa investigativa. Dicho eso, advirtió que de los tres sospechosos Z., H. y H., la Fiscalía solamente había requerido el cuerpo de escritura sobre su pupilo, no sobre los demás.

Por otra parte, denunció que la fiscalía pretendió darle entidad de indicio de sospecha a una conversación que tuvo su pupilo con el usuario "A.", argumentado que el Tribunal de Juicio partió de una falacia, por lo que la conclusión fue falaz, ya que dio por sentado y probado tanto en el debate como a lo largo de la IPP de que H. se había apoderado ilegítimamente de una bandera del Estado de Israel, indicando que no estaba probado en la causa; que eso fue introducido al plenario con la declaración de M. E. B. Por ello concluyó que la sentenciante llegó a una conclusión equivocada al partir de esa base, por lo que el indicio de sospecha debía ser descartado.

Añadió a lo anterior, otra circunstancia fáctica que tomó la Vocal para concluir sobre la presencia del indicio de sospecha, refiriéndose a la declaración del funcionario policial C. L. E. B. Al respecto expresó que dicha declaración se receptó sin control de la defensa, aludiendo a que tampoco fue llamado dicho testigo a deponer en juicio.

Reiteró la crítica sobre la valoración que hizo el Tribunal sobre las contradicciones de B. entre lo declarado por el funcionario policial en sede de la fiscalía y lo consignado en el acta de allanamiento. Dio lectura de una parte del acta de allanamiento.

En cuanto al indicio de motivo, reprodujo lo señalado en el recurso casatorio.

Respecto a la conversación con el usuario "A.", consignó que también incurrió en un error el Tribunal cuando pretendió presentarlo como un indicio de motivo reiterando que partió de una falacia.

Por ultimo, arguyó que los móviles de la probable pintada fueron introducidos al debate por la propia querella, que arribó a la conclusión sobre la posibilidad de que hubiera motivos para las pintadas pero totalmente desvinculadas de H., lo que no fue analizado por la Cámara y la propia querella lo hizo en la declaración realizada en la fiscalía el 08/07/2014 introducida a debate por acuerdo probatorio, pero además lo hizo en el primero y segundo debate, en donde comentó que el móvil podía estar vinculado a su actuación profesional. Seguidamente, puso de relieve la falta de valoración por parte del tribunal, de la declaración del propio querellante cuando manifestó que no encontró motivos para que H. hubiera realizado esas pintadas.

Posteriormente, analizó y atacó lo que el Tribunal de Juicio denominó prueba directa de autoría o de participación.

Se agravió concretamente sobre el valor que le otorgó la *a quo* a las declaraciones del Licenciado Orzuza, señalando que dicho profesional confeccionó tres informes con un común denominador y que además surgió de su declaración en el debate, que no podía concluir en la certeza.

Sostuvo que a partir de allí la magistrada debió haber interpretado así el informe pEial. Asimismo, expuso que el profesional no había podido analizar los elementos intrínsecos.

Destacó lo declarado por J., entendiendo que se acreditó que el día del hecho era un día frío, había viento y el día en que a H. le hicieron el cuerpo de escritura sobre pared con aerosol era un día soleado, por lo que no había identidad entre las condiciones climáticas que podían afectar —según los dichos del propio perito— la coincidencia morfológica.

Sobre la pericia y su grado de probabilidad, dijo que el Tribunal de juicio pareció haber olvidado a todo evento que eran indicios de descargo pero nunca podía ser una prueba directa de cargo sobre la autoría.

Asimismo, vinculado con la participación que le cupo al Licenciado Jacquet, entendió que contradijo absolutamente lo que dictaminó el perito oficial Orzuza, porque aquel cuando declaró en el primer debate —al que consideró como acto válido porque no fue anulado— había dicho que como no tuvo intervención en la operación, no podía afirmar la certeza, mientras que en el segundo cambió radicalmente su discurso a uno incriminatorio, contradiciendo tres pEias y una deposición de un perito oficial.

Se agravió también respecto a la incorrecta valoración que se había hecho sobre de la desgrabación de la mensajería del teléfono celular de H., entendiendo que no se hizo una sola mención a que no existió una sola referencia de cargo. Destacó la conversación que tuvo con el usuario "A." puntualizando que estaba transcripta en el recurso.

En cuanto a la desacreditación que intentó hacer el Tribunal de Juicio respecto de las testimoniales de Z. y H., la apreció superficial, en tanto refirió la amistad entre los testigos y su pupilo, y que ellos estaban ese día. Reiteró su postura al sostener que no existía una amistad íntima, indicando que ello surgió de la desgrabación de telefonía sobre un intercambio de mensajes poco frecuentes y que participaban de un grupo llamado "El club de los Divorciados".

Asimismo, manifestó que la jueza ponderó de manera correcta el resultado del allanamiento, en el que se secuestraron elementos que no tenían relación con los buscados. Indicó por otro lado, que tampoco se tuvo en cuenta que la requisa sobre H. arrojó resultado negativo en cuanto a manchas de pintura.

Continuando con el gravamen en torno a la denominada prueba directa, sostuvo que no se valoraron las evidencias de las cámaras de seguridad de los Bancos que acreditaron las declaraciones de los testigos y su pupilo, indicando que surgió de los informes de las ampliaciones de las cámaras, que H. llevaba en una ida una botella de cerveza y en una vuelta una botella de Gin Tonic pero que en ningún momento llevaba entre sus prendas un tarro de aerosol.

A su vez, reiteró los agravios esgrimidos en el escrito interpuesto, sobre la interpretación que efectuó la Vocal cuando sostuvo que G. contradijo la versión de H, y lo depuesto por Z. e H., quienes estaban con él esa noche del 27/06. Sobre la valoración que efectuó en relación a la deposición de B., afirmó que nunca pudo haber visto a H., Z. e H. a las 02:10 al mando del camión basurero por la existencia del registro fílmico captado por la cámara de seguridad de la familia C.

Respecto del testigo H. A. F., ofrecido por el querellante particular, reprodujo los mismos argumentos en cuanto a la falta de advertencia por parte de la juzgadora en la mendacidad en sus declaraciones.

Criticó el rechazo que hizo el fallo en relación a la prueba ofrecida espontáneamente por el testigo Z. —teléfono celular— en el marco del art. 438 del CPPER, y por otro lado la admisión de la introducción de la hipótesis del robo de la bandera de Israel de M. B.

En otro orden de su exposición, se agravió porque la Vocal había desestimado el pedido de compulsa de la prueba producida en el marco del primer debate con la rendida en el segundo, la que se solicitó con el fin de efectuar una correcta valora-

ción, puesto que apreció cambios de declaraciones como las del Licenciado Jacquet y Querellante Particular.

Asimismo, se disconformó por el descarte que hizo la magistrada sobre la teoría de caso planteada por la defensa. Sostuvo que dicha hipótesis alternativa fue enseñada a la Fiscalía y que dicho Ministerio decidió seguir adelante con su propia teoría del caso siendo desatendida también por el Tribunal de Juicio. Insistió en que se compulsaran las declaraciones válidas y prueba válida del primer debate, máxime cuando se habló de una absolución contra una condena, eso afectaría gravemente los derechos del imputado.

Finalmente solicitó que se revocase el fallo del Tribunal de Juicio y decretara la absolución de su asistido en base a una certeza negativa.

Subsidiariamente solicitó que se lo absolviera por el beneficio de la duda, indicando que los elementos de descargo de alguna manera superan o equivalen a probables indicios de cargo que ya fueron desvirtuados y eso hace que no se pueda quebrar el principio de inocencia.

Asimismo solicitó se dejase sin efecto la condena accesoria del Punto 2°) de la sentencia N° 10 del punto 3°) y 4°) por entender que era desproporcionada y que dicha pena era encubierta y que no estaba prevista para este tipo de hechos.

b.- En orden a contestar los agravios, el Fiscal Coordinador Doctor Lombardi, consideró en primer lugar cuanto menos temerario que la Defensa hubiera calificado de criminosa la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio de Concepción del Uruguay.

Adujo que fue racional y brindó las razones sobre las que apoyó su conclusión condenatoria.

Destacó la trascendencia que tenía el caso, dada la afectación a bienes jurídicos que consideró centrales en nuestra comunidad. Hizo hincapié en que en nuestro país se ha producido una amalgama de inmigraciones primando la convivencia pacífica entre los distintos pueblos y comunidades. Seguidamente repudió el hecho acaecido e imputado a H., sosteniendo que partió de la falta de reconocimiento del otro, quebrando así el principio de igualdad.

Sostuvo que se encontraba probado que H. fue responsable y que su actuar no solo lesionó desde el punto de vista moral y ético, sino que confrontó un marco normativo nacional e internacional. Dicho esto, entendió que el caso debía ser analizado desde dicha perspectiva, advirtiendo que la Defensa no hizo ninguna mención sobre ello.

Introduciéndose a la contestación directa de los agravios, los redujo a dos puntos, por un lado el agravio vinculado a la incorrecta, arbitraria y parcializada valoración de la prueba por parte del Tribunal y por el conforme fue planteado en el escrito casatorio —no oralizado en la audiencia— sobre la pena dispuesta por entender que resultó excesiva, inadecuada e indeterminada. Sobre este segundo punto, expuso la inexistencia de un desarrollo en detalle, ni observó cuales fueron las premisas sobre las que la Defensa Técnica basó su afirmación.

Remarcó la contradicción que produjo en tanto que, por un lado el recurrente afirmó abiertamente que el Tribunal de Juicio valoró incorrectamente la prueba alegando la inocencia de su pupilo y por el otro dio a entender que es culpable pero la pena impuesta es excesiva. Resaltó que nunca se podía postular la inocencia y en el mismo escrito que la pena es excesiva.

Refirió que las alegaciones de la Defensa corresponden a una mera disconformidad en la forma en que el Tribunal de Juicio había valorado las evidencias que se colectaron en el proceso. Citó precedentes de Alzada —entre ellos "Chimento"— en donde lo que se advierte del escrito recursivo es la reactivación de planteos que se cruzaron en el debate y que recibieron debida respuesta por la sentenciante.

Validó la valoración correcta de la totalidad de la prueba de manera integral que a su vez fue controlada por las partes durante su producción, fue merituada en los alegatos de clausura y con todos esos elementos se elaboró el fallo. Descartó la afirmación a que hizo referencia la defensa al entender que la sentencia fue arbitraria. Refirió la existencia de jurisprudencia del STJER como de la CSJN relacionada al carácter excepcional de la arbitrariedad.

Arguyó que no compartía en absoluto que se pudiese valorar o hacer inferencias sobre evidencias producidas en otra instancia señalando que el artículo 518 del CPPER es absolutamente claro y en segundo lugar porque el Tribunal de Casación de

Paraná ordenó dictar un nuevo veredicto ajustado a derecho. Señaló que dicho veredicto no podría materializarse sin inmediación, oralidad, concentración y publicidad.

Sostuvo que en el segundo debate se generó la prueba, se discutió sobre la misma y cada una de las partes tuvo la posibilidad de confrontarlas, algunas directamente y otras admitidas por acuerdo probatorio bajo responsabilidad de cada parte.

Indicó que, la materialidad de los hechos no recibió cuestionamiento por la Defensa Técnica como tampoco la calificación legal que postuló el Ministerio Público Fiscal y que luego fue confirmada por el Tribunal. Adujo que el centro del ataque al fallo fue la autoría de H.

Manifestó que el decisorio comenzó desarropando su fundamento a través de distintos indicios que desgranó, y un primer indicio fue el de presencia, sosteniendo que no existía ninguna duda que H., Z. e H. estuvieron en las inmediaciones del lugar de los dos hechos a la hora aproximada de la comisión de los ilícitos. Destacó que no solo se los ubicó a partir de las cámaras de seguridad de los Bancos sino que también hubo un conglomerado de declaraciones como las de B., G., las declaraciones de los testigos Z. e H. y la del imputado H. durante el proceso.

Afirmó que no existió ninguna duda de que H se encontraba en el lugar del hecho al momento de acaecido. Dicho esto, entendió que no se podía pretender que se valorase el hecho de manera fragmentada —como lo pretendió la Defensa— ya que eso significaría atomizar la evidencia. Consideró que debe haber un análisis integral de los elementos que se fueron incorporando en este proceso.

Respecto al agravio por la declaración del testigo G. quien lo ubicó a H. a las 03:00 a.m. en las cercanías de los dos centros atacados, entendió que señalar que omitió declarar en función de una supuesta contravención municipal en el marco de un juicio de estas características con el desarrollo y trascendencia del mismo y la advertencia de pena por falso testimonio, en ese contexto no le parecía lógico racionallizar así los dichos del testigo.

Destacó como elemento central de la causa la comunicación telefónica entre H. y el usuario "A.", que a partir de la declaración del testigo Z. se pudo establecer que era A. L., una joven que según surgió de la declaración habría tenido un contacto estrecho con H. Reprodujo parte de la conversación entre ambos y la relacionó con lo anterior y respecto a la referencia que del recurrente cuando alegó que podría haberse tratado de otra bandera, advirtió que la racionalidad llevó al MPF a vincular dicha declaración clave, con las expresiones del Doctor Arcusin como testigo y especialmente con las expresiones del Señor M. B., quien denunció que días antes del hecho habían robado la bandera del Estado de Israel. Continuó indicando que A. fue racional para mensurar lo que estaba ocurriendo, sosteniendo que en la misma conversación al final del diálogo dijo "rogá que no la encuentren".

Manifestó que con seguridad hubiese sido un golpe cargoso haber localizado en ese lugar la bandera del Estado de Israel robada días antes, pero aun así no hacía falta ya que se encontraba admitida la presencia de H. en esa conversación de chat. Apuntó a que dicho evento, tenía un indicio de motivación muy marcado.

Advirtió que los testigos Z. e H. contaron una realidad acorde a sus intereses.

Por otro lado, sostuvo que se debía valorar el silencio del imputado en oportunidad de haber sido consultado por el órgano acusador, entendiendo que ello significó la falta de respuesta de lo que se le quería preguntar.

Destacó la importancia en la vinculación probatoria con la intervención de B. durante el allanamiento, con los aspectos relevantes del acta y con el diálogo que mantuvo con la madre de H. cuando quiso saber la causa de dicho procedimiento. Consideró que los elementos reunidos llevaron a la conclusión incriminarte, destacando el valor del trabajo elaborado por el Licenciado Orzuza. Efectuó una descripción pormenorizada de las conclusiones de los tres informes confeccionados por el experto en donde se destacaron gestos gráficos escriturales de H.

A su criterio, debería valorarse la importancia de la declaración de J., que fue escuchado y confrontado por todas las partes, quien respondió a todos los cuestionamientos que se le hicieron y fue más allá de las afirmaciones que hizo Orzuza. Señaló que Jacket con experiencia en la materia, tuvo en su poder todos los elementos para realizar el cuerpo de escritura, se le puso a disposición todos los materiales que tenía el legajo, en la misma línea con el Licenciado Orzuza indicó la coincidencia morfológica pero también señaló que había ele-

mentos intrínsecos que se podían relevar, efectuando una explicación a lo que denomina "ataque y remate en la conjunción de una letra", lo que le permitía afirmar la autoría de H.

Asimismo, indicó que se debía vincular con lo manifestado por Orzuza en tanto indicó que en todo momento H. tuvo una intención de solapamiento, intentando ocultar su personalidad gráfica y así como se debía vincular con el lugar y la altura compatible con una persona con las características similares a las de H., donde estaban realizadas las pintadas.

Disintió con la Defensa en tanto refirió a que su pupilo compareció voluntariamente al proceso, sosteniendo que H. comenzó a ser parte del mismo en virtud de una requisa personal en el marco de un allanamiento.

Respecto de la evaluación que se hizo sobre la presencia de personas en el lugar del hecho, sostuvo que había existido relevamiento de ello y el Tribunal lo indicó también con el término de "escasísimas" personas.

En relación a la imposición de pena, considerada excesiva para la Defensa, entendió que el voto explicó claramente las razones por las que arribó a aquella determinación, máxime cuando el marco legal habilitaba una pena superior a 10 años por el concurso real más las agravantes por discriminación. Asimismo, reconoció que el Tribunal fijó una pena limitada a la requerida por el MPF —que había solicitado tres años de prisión condicional— habiendo fijado una pena de dos años. Continuó explicando que la *a quo* explicitó que tomó como caso regla para ingresar al análisis de la culpabilidad, como medida de pena el primer tercio que estaba en juego, señalando la modalidad, las características y circunstancias del hecho, los daños ocasionados, el dolor infringido a la comunidad de Basavilbaso, los daños a dos edificios emblemáticos, la nocturnidad, la falta de arrepentimiento, la indiferencia y desprecio frente lo ocurrido plasmado en conversaciones burlistas en que se basaron los chats ante un hecho lesivo sobre una comunidad.

Según su opinión, la justipreciación que practicó la sentenciante al razonar sobre dosificación de la pena y las medidas impuestas fue más que adecuada. Puso de relieve que la realización de capacitación es necesaria para internalizar la barbaridad de lo que fue un hecho histórico como lo fue el Holocausto y para que H entendiera lo equivocado de esa ideología considerada en detrimento de nuestra esencia, la cual se encuentra reflejada en nuestra Constitución Nacional.

Por todo ello y para finalizar interesó que se confirmase el fallo que se intentó casar.

c.- A su turno, el Dr. Arcusin, por la Querella Particular sostuvo que su actuar tenía que ver con dos razones, por su condición de judío practicante, y militante y por el otro lado porque se hizo mención a su condición profesional de abogado.

En virtud de ello, anticipó que iría a referirse a cuestiones técnicas pero que además haría énfasis en las cuestiones que tienen que ver con la discriminación.

En primer término, refirió el uso de la palabra "crimen", aclarando que si bien se utilizó como sinónimo para nombrarlo en algunos delitos, no existe en nuestro país, entendiendo que la calificación "criminosa" que usó la Defensa para denominar el fallo de primera instancia como la totalidad del proceso, fue —a su criterio— calificarlo de delictivo.

Consideró que en relación a lo resuelto por la Cámara de Casación de Paraná y lo estimado por la Defensa respecto a ello —que solo indica dejarse sin efecto la sentencia— sería entender que se trataría de una sentencia contra legem porque a su entender, el Artículo 518 del CPPER establece que se debe realizar nuevamente toda la actividad probatoria, afirmando que son esas las actuaciones que se debería tener en cuenta en esta Alzada, en tanto refiere al debate que derivó en condena de H., es decir el segundo debate. Infirió, asimismo, que lo dictaminado por la Sala I fue emitir un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho, por tanto, si el anterior había sido una absolución, el renovado debía ser una condena.

A su entender, la defensa extrajo del plexo probatorio solamente lo que le convenía, pero en este caso hubo cuestiones no mencionadas, entre ellas, la contradicción fundamental respecto al horario; que nunca se supo exactamente la hora porque no existió prueba de ello, pero sí hubo contradicciones entre lo declarado por H., Z. e H. y la de B.

Respecto a la circunstancia del robo de la bandera, afirmó que no existían dudas de que se trataba de una bandera del Estado de Israel. Expuso den-

tro de un marco de coincidencias y correlaciones de hechos dados por la cercanía en tiempo entre el robo y el hecho —seis días— por las conversaciones entre H. y A., enfatizando el diálogo en el que refirieron al ocultamiento de la bandera. Sobre el argumento estimado relevante por la Defensa, en tanto no se secuestró la bandera, manifestó que el personal policial a cargo del allanamiento pertenecía a ciudades aledañas donde no existen comunidades judías, por lo que cabía la posibilidad de que no hubieran reconocido la bandera como perteneciente al Estado de Israel.

Volvió a insistir en que la mención de la bandera en las conversaciones entre H. y A. resultó clave, ya que en dicho diálogo A. aseguró haber visto la bandera y que H confirmase la existencia indicándole que otras personas la habían robado, entendiendo que no era un mero indicio. En ese marco, entendió que, si la Defensa instó a que se viera la integridad del plexo probatorio, se debería ver esa "integridad".

Respecto a lo la ausencia de certeza sobre la intencionalidad al hacer las pintadas cuando le fue preguntado y él no lo creyó posible, lo dijo como profesor de H. manifestando como lo sentía en ese aspecto. Pero que él no tenía por qué saber la motivación psicológica de H.

Entendió que la Defensa, además de haber tratado de criminosa la decisión del Tribunal *a quo*, lo que hizo es comparar las pruebas de un primer debate con las pruebas de un segundo juicio, intentando que se validen todos los actos del primero, aduciendo que lo único que anuló la Cámara de Casación de Paraná fue el fallo. Entendió que esta interpretación no era correcta ya que el Tribunal de Casación hizo lo que el propio digesto provincial establece, procediendo a anular no solo la sentencia sino todo lo actuado en ese proceso para que se realizase un nuevo juicio.

Hizo referencia a la prueba pEial que se realizó con los elementos propuestos por la Querella, a la que en ningún momento se opuso la Defensa ni hizo referencia a las condiciones —climáticas— que le resultasen ideales para que se practicara dicho medio probatorio.

Concluyó que existía una serie de indicios que otorgaron certeza suficiente a la jueza para haber condenado a H.

Solicitó que no se subestimase el hecho ocurrido por la trascendencia histórica, advirtiendo a que si es tomada como irrelevante puede generar situaciones como otras ocurridas en nuestro país. Citó como ejemplo al atentado a la sede AMIA.

Para finalizar, peticionó la merituación de la integridad del plexo probatorio a favor de la condena y que se ratificase ante esta Alzada la condena impuesta a H., adhiriendo además a los fundamentos del Ministerio Público Fiscal.

IV. Reseñadas las posiciones de las partes, presente que tengo el decisorio impugnado, cabe referenciar en primer lugar, que de los antecedentes del caso de los que me he impuesto a partir de las pretensiones de los recurrentes, liminarmente se advierte que en su gran mayoría, el recurso ha estado imbuido de referencias del tipo directas y otras tangenciales respecto de lo acaecido en oportunidad de haberse realizado el primero de ambos juicios, cuya sentencia absolutoria fue anulada a instancia de la impugnación fiscal y que en oportunidad de la renovación ordenada por la Sala I de la Cámara de Casación provincial, aquella invalidación se hallaba firme y consentida.

No obstante a ello, los comparecientes fomentaron durante todo el nuevo plenario y de manera especialmente enfática en esta etapa recursiva, la confrontación entre las evidencias producidas en el primer debate anulado y el subsiguiente, habiendo ensayado —en síntesis— su protesta en orden a que la invalidación del fallo no generó la consecuente supresión de aquel debate que lo precedió, sino que coexistieron en condiciones de vigencia —según su interpretación— lo acontecido en ambos plenarios, con la correspondiente eficacia probatoria intacta.

En mérito a lo expuesto, propusieron una interpretación inusitadamente fragmentada, escogiendo los pasajes favorables a su hipótesis, descartando selectivamente los segmentos disvaliosos y confrontando, como si se tratara de universos probatorios paralelos, todas las declaraciones testimoniales producidas en ambos plenarios con más las rendidas en sede fiscal y policial, prevaliéndose de las que a su criterio, condujeron en una primera instancia a la absolución bajo parámetros de duda. Curiosamente, los representantes del MPF no objetaron durante el decurso del nuevo plenario —a cuyos registros audiovisuales me remito— la introducción de aquellas primigenias declaraciones vertidas en el procedimiento oral censurado, sin

perjuicio de lo cual la Vocal que previno en sus consideraciones que convergieron posteriormente a la unanimidad del pronunciamiento, explicó motivadamente las razones por las que era inexorable la escisión del fallo —y debate— invalidado respecto al posteriormente realizado tal como me permito transcribir: "Recordemos que el recurso de casación interpuesto por la Parte Querellante Particular provocó la anulación de la absolución decretada en favor del imputado con la consecuente realización de un nuevo juicio, el que necesariamente implicó la reedición y renovación de los actos anulados (confr. Considerandos del resolutorio de fecha 21/05/2019 emitido por el Sala Primera de Casación de Paraná) y por ende, una nueva y libre justipreciación de la evidencia allí producida bajo los cánones regidos por la inmediación, oralidad, publicidad y contradicción; por lo cual, la valoración de diligencias que por haber sido dejadas sin efecto, adolecen de existencia y validez procesal penal alguna, resulta inadmisible".

A lo expuesto, resta agregar que el artículo 518 del CPPER expresamente prevé: Revocación, anulación y reenvío. "Si el tribunal hiciera lugar al recurso o revocara o anulara total o parcialmente la resolución impugnada, ordenará el reenvío para la renovación de la actividad que se trate, iniciándose el objeto concreto del nuevo juicio, procedimiento o resolución. Si se trata de una resolución que implique la absolución, la extinción de la acción, de la pena o medida de seguridad, la excarcelación, modificación de la calificación legal o la respuesta punitiva, o que no fuere necesario la realización de un nuevo juicio, por razones de celeridad y economía procesal, el tribunal podrá dictar nuevo pronunciamiento sin reenvío. En el juicio de reenvío no podrán intervenir los jueces que hayan tomado parte del tribunal que dictó la sentencia anulada, excepto que la casación haya sido sobre una cuestión meramente incidental o una medida cautelar. Si el juicio de reenvío se celebra como consecuencia de un recurso interpuesto exclusivamente por el imputado, la pena no podrá ser superior a la obtenida en el primero." (Los interlineados son de mi edición).

De la norma precedente, y más allá de los términos en que se expresara la sentencia de casación —o cómo se la pretendiera interpretar—, surgen sin necesidad de reflexiones de mayor rigor, dos situaciones claramente diferenciadas: la primera de ellas, por las razones que enuncia, (en algunos casos ambiguamente a mi criterio como cuando refiere "que no fuere necesario —¿cuándo no es necesario? (a) la realización de un nuevo juicio") comprende los supuestos en los que concede al órgano revisor la facultad de resolver sin reenvío —que no fue del caso—. Distinta es la segunda particular hipótesis en la que no se puede simplemente dictar un nuevo pronunciamiento, por lo que se impone imprescindible reenviar. Prevé tanto el caso de la invalidez de una sentencia condenatoria cuanto —como en el *sub lite*— un fallo de absolución anulado. Puntualmente prescribe en esta hipótesis: … "En el juicio de reenvío no podrán intervenir los jueces que hayan tomado parte del tribunal que dictó la sentencia anulada…"

Entonces, desde una primera y liminar mirada, proyectada sobre la no menor importancia que reviste la literalidad de la norma, advierto con el resalto de mi edición, que textualmente expresa "juicio"; no dice "sentencia" ni "fallo" ni "resolución" y tampoco "pronunciamiento de reenvío". Juicio de reenvío es igual a debate oral y público de reenvío; equivale a "plenario". Probablemente a eso obedezca también, que deba integrarse un nuevo tribunal: si la directiva fuera que se renovase solamente la sentencia conforme a lo que del resolutorio de la casación interpretaron los recurrentes, no sería necesario un nuevo tribunal como no lo es cuando en una apelación se revoca y se remite la causa al mismo *a quo* para que prosiga con las observaciones que realizó el ad quem. Pero aún si no correspondiere el paralelismo, lo cierto es que el texto claro de la norma prescribe que se realice un nuevo juicio.

En la misma lineal orientación que propicio, estimo pertinente referenciar lo expresado en la "Cuarta Jornada de Profesores de Derecho Procesal Orientada al Análisis Crítico y al Debate" llevadas a cabo en Salta 28 al 29 de octubre de 2010, sobre "Cuestiones penales y civiles ante los superiores tribunales" con el rol de panelista a Ángela E. Ledesma, que en lo pertinente concluyó: "Un ejemplo claro e indiscutible de retrogradación como producto de la anulación acontece cuando la sentencia definitiva dictada como consecuencia de la realización de un debate oral y público es invalidada, esto hace simplemente a la relación de dependencia y conexidad inescindible de dichos actos entre sí".

Entiendo suficientemente gráfico el fragmento antecedente que explica con precisión esa inseparable mancomunidad entre el debate y la sentencia aun cuando no haya habido vicios durante el desarrollo del juicio sino que ellos emerjan de una

desajustada valoración probatoria por parte del órgano jurisdiccional, siendo claro entonces que no corresponde la intentada disección.

Más que elocuente también en esa misma senda de razonamiento es Clariá Olmedo, cuando advierte acerca del alcance de la anulación de una sentencia en casación: "Aquí deberán ser necesariamente reproducidos todos los actos del debate ante el tribunal que habrá de pronunciar la nueva sentencia —rescisorium—, por imperio del principio de identidad física del juzgador" Clariá Olmedo, Jorge; "Derecho Procesal penal", T. IV, Editorial Ediar, Buenos Aires, Año 1964, ps. 249/250.

Claramente la solución legal prevista en nuestro ordenamiento de rito, es el reenvío de la causa a la misma instancia que dictó el acto invalidado para su saneamiento, con la nueva respectiva integración de otros distintos miembros. En consonancia con ello, ha dicho la doctrina que: "Si el Tribunal de Casación anula la sentencia, remite la causa al tribunal de juicio que, como se dijo, debe ser distinto al que dictó la resolución anulada, a efectos de que se realice nuevamente el juicio completo, de manera tal de que el momento inicial deberá ser el de la apertura del debate, con los mismos elementos probatorios con que se contaba al momento de tramitarse el primer juicio" (Washington Abalos, Raúl, "Derecho Procesal Penal", T. III, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 510).

Ergo, la interpretación de que han pretendido valerse los impugnantes, en lícito ejercido de su estrategia, vulnera los principios constitucionales expuestos, la letra clara y explícita de las normas adjetivas citadas y configuraría —de acogerse— una práctica de imposible ejecución, desde que no podrían confrontarse ad infinitum las eventuales sucesivas deposiciones en plenario de los testigos, peritos, valoraciones de cuyas diferentes versiones serían inciertas y hasta incoherentes las conclusiones, a consecuencia de lo cual habré de omitir todas y cada una de las consideraciones mediante las cuales los casantes, exigieron respuestas desde la confrontación de uno de los debates que carece de absoluta virtualidad en tanto fue declarado nulo y reemplazado como si nunca hubiese acaecido, tal como lo argumentaron los acusadores durante la audiencia oral.

Tampoco tiene cabida, por supuesto, la deducción que verbalizó el Querellante particular, cuando adujo que dictar un pronunciamiento ajustado a derecho —según lo evocado por él que habría resuelto la Sala I de Casación— implicaría que ese fallo debiera ser condenatorio, luego de haber anulado uno absolutorio. Recoger su hipótesis, afectaría seriamente la independencia judicial, la imparcialidad, la inmediación de los nuevos integrantes designados a intervenir en un nuevo inescindible binomio jurídico: debate/sentencia —más allá de la fórmula utilizada— que pudo obedecer —conjeturando, puesto que nada he verificado— a una escasa o ilógica fundamentación del decisorio anulado o varios otros supuestos jurídicos de relevancia. De adverso, no parece que la sentencia analizada haya sido forzada a concluir en la condena como sujeción a lo previamente acaecido en la instancia jerárquica, sino que luce como una decisión que devino de la confluencia lógica y concatenada de los elementos probatorios que —adelanto— analizó con corrección y en su integralidad.

Expresado ello, ingresando en el fondo de la controversia, queda claro que no se advierte discusión sobre la materialidad de los hechos ni sobre la calificación legal que merecieron los mismos, circunscribiéndose el margen de análisis a la acreditación —o su ausencia— de la intervención que le cupo al encausado en los hechos por los que fuera acusado y finalmente condenado.

Analizada exhaustivamente la técnica discursiva de los comparecientes, aprecio que optaron por diseccionar por tramos los razonamientos expuestos en la sentencia, censurándola como arbitraria por carente de fundamentación y concediendo a cada uno de los argumentos devenidos de inferencias indiciarias, otra posible respuesta, pero prescindiendo de hilvanarlos de manera tal que su hipótesis se exhibiera como plausible. En su dinámica propuesta, soslayaron que la pieza sentencial debe ser observada integralmente, merituada en su coherencia interna desde la motivación expuesta en sus considerandos, relacionada con las conclusiones finales, y que dentro de ese contexto, el fallo debe exhibir el iter lógico —como actividad intelectual del juzgador presidida por las reglas de la lógica y de la experiencia— consistente en el ordenamiento, análisis, evaluación y combinación de las distintas inferencias que sugiere cada uno de los elementos y medios de prueba incorporadas al juicio. Pero no menos importante es su evaluación en conjunto —global, constelacional— lo que importa las comparaciones, las compatibilidades o incompatibilidades entre cada uno de los ingredientes probatorios, su cantidad y eficacia, el peso en la acreditación de los extremos a dilucidar; todo ello mediante una deliberación objetiva, razonada

y explicitada a fin de que el resultado a revisar sea producto de esa lógica, tal como fue expuesto en el fallo en crisis. En cambio, los comparecientes fomentaron una ponderación de testimonios, prueba de presunciones e indicios en forma fragmentada y aislada, prescindiendo de una interpretación y valoración globalizada cuya trascendencia pudiera apreciarse en relación a un todo, por lo que —en cuanto a mi pronunciamiento respecta— el recurso no merecerá acogida favorable.

Dicho ello, ingresando en la revisión integral de la tramitación en cuanto ha sido materia de agravios, no caben dudas sobre el mecanismo inferencial que se llevó a cabo en el constructo sentencial interpelado, basado pura y exclusivamente —en referencia a la autoría— en indicios. No obstante a que en adelante, con mayor detenimiento, habré de analizar puntualmente los postulados de la defensa, a modo de anticipo advierto que se concretó en el fallo, una ponderación lógica y debidamente motivada de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional y bajo el amparo del principio de libertad probatoria consagrado en el art. 250 CPPER, lo que convergerá —según auspiciaré en mi voto— en su eventual confirmación.

En efecto, el decisorio tuvo por acreditada con el grado de certeza que la instancia exigía, una serie de extremos a partir de relevantes e incuestionables indicios que condujeron inequívocamente a su razonamiento. Resulta indiscutido el valor probatorio de los mencionados indicios para fundar una condena, conforme ha sido reconocido tanto por esta Sala en autos "Aguirre, Alfredo G. y otros. Robo agravado por el uso de arma de fuego— s/ recurso de casación" así como por la Sala Penal del STJER —autos "Ferrero - Vallenari", 09/03/2011, entre otros—, por la CSJN - "Veira"; ello en virtud del principio de libertad probatoria de alusión, y las reglas propias del sistema de sana crítica racional, también de referencia previa.

Incontrovertida la materialidad de los sucesos, analizó y expuso la magistrada el ingreso del encausado al proceso desde la génesis de la tramitación, habiendo dado cuenta de que más allá de los partes de novedad y demás protocolos policiales, fue J. E. B. quien situó en las inmediaciones geográficas de los lugares dañados, al encausado aproximadamente a las dos —o dos y diez— de la madrugada, circunstancia no desconocida por H. ni sus compañeros de aquella noche. Además de la sinceridad apreciable de su discurso, no se evidenció durante el plenario, animosidad o interés en B. al rendir su testimonio. A ello lo relacionó directamente con la presencia e identificación —tampoco resistida— de Z., y H. que habían sido vistos a su vez, tiempo antes, por los funcionarios N. y G., en actitud sospechosa como si escondiesen algo entre sus ropas. Tampoco estas declaraciones fueron desmerecidas por su falta de objetividad. De la ubicación espacial en donde fueron fijadas las gráficas, dedujo también la jueza y conforme surgió de las pEias en ese sentido practicadas, que quien las hubiese estampado, ostentaba una altura considerablemente elevada, compatible con la del encausado a quien el Tribunal de Jueces vio personalmente en el plenario.

Del allanamiento practicado en su casa, se obtuvieron dos unidades de pintura en aerosol negro y gris, elementos que entrelazados con la presencia del justiciable en las inmediaciones, en el horario aproximado de ocurrencia de los hechos verificada por testigos y corroborada por el propio encausado y sus compañeros —aun con las salvedades explicitadas— fueron conformando un grado de convicción importante, aun cuando no hubiera sido visto sujeto alguno ejecutando la conducta típica de la figura atribuida. Anticipo a modo de paréntesis, que no hubo testigos presenciales que hubiesen podido percibir al autor durante la ejecución de los hechos.

Prosiguió la argumentación del fallo, contextualizando aquel escenario en donde había escasa circulación de gente, lo que se pudo verificar de los registros fílmicos además de lo que la experiencia puede aportar como hábitos en una localidad de reducidas dimensiones, en invierno y pasada ya la medianoche. Así fue que puntualmente el pronunciamiento consignó: "...el informe de desgrabación "V" N° 350/14 arroja respecto de las cámaras externas del Banco Nación —distanciado a una cuadra de la Sinagoga y dos cuadras de la Asociación Israelita— desde la cámara denominada "ingreso público" y a partir de las 03:28 hasta las 04:07 del 27/06/2014 una sola persona —confr. Imagen 9— que es la misma que se la observa en la cámara denominada "atm", desde las 03:34 hasta las 04:15 horas de ese día (confr. imágenes 12 y 13). La misma cámara avista una misma persona ingresando y saliendo del cajero desde las 00:52:52 hasta las 00:55:58 (confr. imágenes 14 y 15)."

Consideró corroborada la Vocal, la aparición del enjuiciado y sus compañeros, tal como lo indicó con referencias expresas en específicos tramos de las imágenes captadas por las cámaras a quienes

se los vio hasta aproximadamente a la 01.42.36, cuyas vistas fueron plasmadas en fotografías incorporadas. A su vez, verificó la magistrada el ingreso del camión de recolección de basura dos veces, a las 02.09.59 y las 02:17:18, cinco autos y tres motocicletas así como unas dos o tres personas más transcurriendo por las cercanías. Es decir, una escasa circulación de personas.

Aquella situación constelacional fue sincronizada por la *a quo* con la intervención que les cupo al calígrafo del Laboratorio de Documentología Forense del Superior Tribunal de Justicia, Lic. Orzuza y al informe técnico suscripto por el Licenciado en Criminalística Héctor Adrián Jacquet. De los tres informes del primero de los expertos, extrajo las coexistencias morfológicas entre las inscripciones manuscritas con aerosol plasmados en ambos edificios; en uno de ellos claramente se descartó cualquier compatibilidad con la escritura de Z. y H., circunstancia no menor que abordaré en oportunidad de analizar la hipótesis de la defensa y sus agravios.

Durante la merituación de los aportes de los versados mencionados —la que no consistió en un transcripción literal sino que fueron pasible de evaluación— no omitió la Vocal la consideración sobre la imposibilidad de arribar a la certeza tal como manifestó Orzuza por haberse tratado de un aerosol, pese a ello no podría haber descartado que aun cuando la práctica no proporcionó grado de convicción indiscutible, se consignó el hallazgo de elementos morfológicamente compatibles o gestos que indicaban la compatibilidad morfológica de una letra con respecto a otra, conclusión con la cual también coincido. Es que el profesional, dentro de su estricto margen de incumbencia según su experticia, debe brindar un informe según sus especiales conocimientos técnicos, y/o científicos sobre la materia en litigio, partiendo de sus conocimientos específicos, aplicándolos al caso concreto, pero con la limitación de exhibirlos al órgano jurisdiccional, de quien es solamente un auxiliar. Dicho ello, en virtud del sistema adoptado de libre convicción o sana crítica racional, el dictamen es para el juez, una prueba más a valorar dentro del restante plexo, y ese fue precisamente el protagonismo que le concedió a la sentencia: aún sin certeza pronunciada en la práctica caligráfica, la compatibilidad morfológica que surgió de la pEia —en el porcentaje abstractamente calculado por la defensa del 57%— en interacción con los otros elementos —presencia, posibilidades físicas, elementos similares secuestrados— permitieron ir acrecentando el grado de certidumbre sobre la intervención del enjuiciado en los hechos.

Así fue que puntualmente lo resumió el fallo: "En ese andarivel, he de expresar que los informes pEiales anejados —diáfanos en cuanto a la elevada probabilidad de autoría gráfica de H, aunque no de certeza— concurren junto a la totalidad del espectro probatorio reunido a la construcción del convencimiento necesario para el dictado de una sentencia condenatoria, bajo los parámetros de la lógica, la psicología, la experiencia común y la equidad: H. efectivamente se encontraba a pocas cuadras del lugar donde ocurrieron los hechos en el momento en que estos se concretaron".

Ahora bien, sintetizando el análisis precedente, el mecanismo de hilación del entramado inferencial practicado en el decisorio interpelado, inició con la indicación del probable sospechoso desde una referencia casual que lo situó en horario aproximado en las inmediaciones de los lugares de las pintadas —cercanos entre sí— en compañía de otros dos sujetos cuya estadía circunstancial fue confirmada por ellos mismos corroborando tangencialmente las versiones en órbita en la incipiente investigación, incrementándose la suspicacia en torno a la intervención de uno de los mencionados con el secuestro de materiales parecidos —no los mismos— en el hogar de su residencia, la compatibilidad grafológica que arrojaron las pEias aun sin certeza sobre la mano que suscribió los trazos así como su contextura física congruente con la altura en que fueron estampadas las escrituras. En ese contexto, aun no tomé en consideración el diálogo mantenido por el enjuiciado H. con una usuaria con quien mantuvo una conversación —a mi estricto criterio— de superlativa importancia, de cuyos términos indelebles se extrajo una pieza medular que terminó por completar el puzle argumental del discurso de la sentencia que describió aquel escenario.

Dentro de la categoría de indicio de móvil, la magistrada consideró: "En el *sub examine*, la sustracción de la bandera de Israel y la admisión de H. de que estaba en su morada —confr. sus propias palabras: "Ahh cierto jaja ni se donde está pero no la han visto jaja"— se conecta de manera palmaria con las grafías y símbolos efectuados en las paredes de los edificios de la comunidad judía —las cruces esvásticas y "Viva el Javon"— en razón de la evidente antipatía y aversión hacia esa religión y grupo étnico que tales actos traen aparejados".

En aras de explicar la importancia suprema del eslabón en examen, en sintonía con lo expresado por ambos acusadores, la mencionada bandera surgida del diálogo telemático mantenido entre el requisado y una de sus contactos, en esa situación constelacional de "complicidad" —sin sentido técnico— se configuró —según mi proyección— como el elemento amalgaman te de los restantes indicios claramente —en conjunto— incriminantes. Aquella circunstancia en la que A. demostró haber sabido —se la secuestraran o no— de la existencia de una bandera —sustraída seis día antes de uno de los edificios de la comunidad de Israel— cuyo hallazgo sería terminal para su amigo en el preciso instante en que lo estaban registrando con motivo de las lacerantes pintadas, despojó a la hipótesis defensiva de cualquier cosmética de dudas de que se tratase de una insignia de Boca, River o cualquier otra institución como alegaron afanosamente los letrados en su descargo.

Y así lo percibió el Tribunal de Juicio, y no podría haber otra interpretación lógica posible, sin perjuicio de lo cual oportunamente daré respuestas a las réplicas discursivas de los recurrentes en el sentido adverso al aquí adoptado.

Transcribió la sentencia en su metodología, parte de los diálogos extraídos del celular aportado, de donde surgieron frases enfáticas elocuentes del contexto precedentemente expuesto, las que no podrían minimizarse ni concedérseles otro sentido significante distinto a que se trataba de un símbolo que de ser descubierto entre sus posesiones, hubiera confluido —según el reiterado vaticinio de la interlocutora— en la confirmación de la premisa que lo situaba a H. como autor de las pintadas; por ejemplo: "No seas boludo y escondé la bandera que tenés en tu pieza...E: Y vos como sabes que tengo la bandera? A.: Te mostraron la orden de allanamiento por lo menos? Porque la vi el otro día boludo y te pregunté y me dijiste que los gurises la robaron...E.: Ahh cierto jaja ni se dónde está pero no la han visto jaja...A.: Bue, Rogá que no la vean! Pregunta quién hizo la denuncia y eso...A.: Eeh? Jajaja pero al final que te dijeron? Encontraron algo o no?"

Claramente como se desprende de los fragmentos plasmados, A. rápidamente vinculó aquella bandera —que evidentemente vio en alguna oportunidad reciente— con las pintadas y si hubiese sido —por ejemplo— de un club de barrio, no hubiera tenido lógica esa relación con los seriamente desafortunados grafitis, así como conjeturó a su amiga en el protagonismo que —efectivamente— le cupo en los hechos delictivos; por su parte el encausado no desconoció la sustracción del emblema aunque se la hubiera atribuido a otros, ni su tenencia, y —de nuevo— advertido de la inferencia que practicó A., si era equivocada, la hubiese rectificado. Sin embargo, lejos de disipar sus sospechas o desmentirlas, confió en que no la viesen. En este sentido, A. operó —a partir de la legítima intromisión en el celular debidamente autorizada— como elemento de corroboración periférica de la existencia de la bandera Israelí que vio, cuyo razonamiento en esa instancia no fue negado por el encausado.

Quizás de menor importancia aunque uno más de los razonamientos inferenciales que conformaron el discurso argumental lógicamente construido en la sentencia, es el relativo al diálogo entre B., que previno en el allanamiento, con la madre del justiciable, en donde según su versión escrita —puesto que no fue citado a comparecer al plenario— cuando ella quiso imponerse sobre la causa del ingreso al domicilio, fue el inculpado quien anticipó la relación hipotética con las pintadas. Si bien en el contexto no posee un peso gravitacional jurídicamente relevante, puesto que se ejecutó la diligencia —cerca de las catorce— varias horas después de las 03.30 de la madrugada como límite máximo de los sucesos que a su vez fue denunciado —puesto en conocimiento— a las 09.57 por M. B. motivo por el cual lógicamente habrían habido posibilidades de enterarse por otros medios, aunque, lo cierto es que, no refutada la versión de B. cuya incorporación por lectura fue parte de un acuerdo probatorio suscripto con la anuencia de los mismos defensores, incide también —de manera leve— como un elemento más de corte netamente incriminante.

A mi criterio, entonces, en la pieza sentencial analizada quedó perfilado el conjunto de indicios de participación criminal del incurso, contundentes y sin que sobre la consideración engranada de los mismos se admita más de una significación —tal como explicitaré seguidamente— poseyendo entidad suficiente para abonar el grado de certeza necesario que ubica como legítima a la condena puesta en crisis. A su vez, la pieza examinada a la luz de la lógica y la experiencia pero fundamentalmente sin desatender la hipótesis de la defensa, fue capaz de explicar la relevancia jurídica y la interacción de los elementos verificados en la causa, relacionados de forma coherente y desvirtuando otras posibles inferencias explicativas de una ver-

sión distinta según la teoría del caso de la defensa que abogara por la inocencia del acusado.

Fuera de ello, en tanto que la instancia exige el máximo rendimiento en el análisis del recurso cuya pulcritud —mayormente de enriquecedor despliegue en la audiencia oral— evidenció el serio compromiso de los letrados en ejercicio de su rol, quienes expusieron pro activamente además una hipótesis defensiva coherente y esforzada —aunque no exitosa en tanto signada por la suerte de los indicios de cargo— se torna necesario examinar y explicitar las razones de lo que —anticipé— será motivo de mi propuesta de confirmación del impugnado decisorio.

La teoría del caso de la defensa estribó en la prédica de la inocencia de su pupilo, ajeno a la conducta endilgada, si bien asumiendo que estuvo en las inmediaciones de los lugares consignados como dañados, solo que en un horario acotado hasta antes de las dos de la madrugada, en tanto antes de esa hora ya estaba con uno de sus ocasionales acompañantes, en su casa. Para mantener ese discurso, atomizando la integralidad de las respuestas que entendieron insatisfactoriamente brindadas por el Tribunal de Juicio, desarrollaron una serie de agravios mediante una lícita técnica de confronte que no se redujo —discrepando con el Fiscal coordinador— a una mera reedición de los expuestos con anterioridad, sino que —pese a haber merecido lógica respuesta y solvente refutación en el decisorio impugnado— ameritan ser nuevamente examinados en tanto actualizaron la interpretación de su desarrollo confrontando pasajes del resolutorio exhaustivamente controvertidos en el recurso. Aseverar lo contrario, es decir desatenderlos por su mera repetición —lo que no fue del caso— cuando además se los tildaría de impertinentes por novedosos en el supuesto de ser distintos, implicaría confirmar eventualmente cualquier arbitrariedad subyacente de que pudiese padecer el pronunciamiento de mérito, bajo el camuflage de fórmulas rituales vacías de contenido.

Pese a ello, su estrategia adoleció de la fragmentación de los extremos probatorios relacionados, concediéndoles aisladamente a cada uno, una explicación diferente, pero en suma, sin poder lograr explicar con ininterrumpida coherencia, su hipótesis defensiva. Por tales razones, en el *sub examine*, habré de tomar en consideración individualmente y posteriormente en conjunto, los cuestionamientos esgrimidos.

En aras al abordaje unitario de los gravámenes expuestos, en relación al horario cuya acreditación en exactitud pretendieron precisar los recurrentes a efectos de situar el punto de inflexión como génesis de la alegada invalidación de la sentencia por arbitraria, la imputación especificó como límite máximo el de las 03.30 horas, es decir, claramente los acontecimientos se habrían sucedido antes de ese extremo. El encausado declaró haber estado ya de regreso en su casa no más tarde de las 02.00 horas en consonancia con lo que afirmaron Z. y H., mientras que B. lo ubicó a una cuadra y media más o menos, en el horario aproximado de las 2.1 o 02.10 horas. Por su parte G. expresó en debate, haberlo visto a H. antes de las 03.00 hs. esa misma madruga. En síntesis, la hipótesis de la defensa en cuanto a que los hechos sucedieron entre las 02.07 y 02.21 carece de cimientos en base a las constancias comprobadas de la causa; la única incidencia que hubiese tenido tal exactitud, hubiese sido adjudicar las conductas a un tercero circunstancial sobre cuya intervención no pesó ningún indicio —más allá de la hipótesis de los recurrentes— situación curiosamente adecuada a la versión de encausado, construida a posteriori y sin perjuicio de que nada le cabe acreditar en su defensa, lo cierto es que no pueden ser sus dichos simplemente tomados como válidos si no se corresponden con circunstancias corroborantes. Tampoco la Fiscalía pudo acreditar la hora exacta de los siniestros, pero atribuyó las conductas dentro de un conjunto de elementos circunstanciales en un rango de tiempo suficientemente definido que permitieron —en el caso concreto— la debida verificabilidad y refutación, más allá de la falta de precisa puntualidad.

No obstante la vaguedad apuntada, ello no fue suficiente para exonerar al indicado puesto que en suma, fue avistado cerca de las 02.10 de esa madrugada distante a una cuadra y media de ambos escenarios tristemente protagónicos de las pintadas. Esa circunstancia denominada doctrinariamente como indicio de presencia, no fue aisladamente considerada, sino lógicamente engarzada en una reconstrucción explícitamente motivada, tal como lo aconsejan autores como surge del fragmento de literatura jurídica siguiente:... "No obstante, este indicio de presencia jamás puede probar por sí solo su participación. Solo importa un dato de suma importancia" —Jauchen, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, T. III, ps. 136/137—.

De la misma manera, aquel itinerario plausiblemente ensayado, además de desanclado también

de las constancias de la causa, no hubiese sido óbice para la intervención en la ejecución del hecho, en tanto está inescindiblemente vinculado al horario pretendidamente restringido por los asistentes técnicos —sin causa explicitada más allá que la aparición del tercero desconocido— cuyo reclamo fue reeditado en esta instancia pese a lo cual había sido —a mi criterio— debidamente contestado como me permito parafrasear al fallo interpelado:..."ello no impide que los hechos hayan ocurrido en tiempos diversos al presentado, tomando como sendero otras calles de la localidad de Basavilbaso —bien podría H. cuando se dirigió desde su casa por Barón Hirsch tomar Avenida San Martín llegando a la Sinagoga y luego dirigirse a la Asociación Israelita por calle Quiroz, antes de dirigirse al kiosco y ser registrado por las cámaras— o arribar después de ser captado por la Cámara del Banco de Entre Ríos, accediendo a la Asociación Israelita por calle Uchitel y a la Sinogoga por calle Quiroz y luego Avenida San Martín, para posteriormente retornar a su domicilio por calle Barón Hirsch, sin pasar por la cámara de seguridad de la familia Cogloniese".

Íntimamente relacionado con aquel horario en que fue ubicado vía inferencias, como presente en las cercanías de los lugares de los hechos, criticaron la ponderación que efectuó el tribunal con base a los dichos de G. en franca contravención a la versión de Z. e H. que avalaron el discurso del encausado. Asimismo se recostaron en la ordenanza que proscribía la venta de alcohol luego de la medianoche, deduciendo de ello el motivo por el que negó aquel que les hubiera suministrado la cerveza y el gin tonic. Ciertamente la credibilidad que se le concedió a G., al igual que a otros declarantes por sobre la versión al unísono de los compañeros del encausado, decantó en la justipreciación de fiabilidad de los aportes de los primeros, cuyas versiones no fueron fundadamente desacreditadas, manteniéndose incólume su coherencia, desinterés, falta de animosidad frente a la propia necesaria y hasta lícita, justificación del encausado intentando mejorar su situación procesal, pero a la postre contrariada por las evidencias de cargo. A su vez, además de la relación de vinculación que destacó la magistrada entre los testigos de la defensa minimizada por los recurrentes, la participación que les cupo pudo haberlos involucrado a los tres como intervinientes en los sucesos, lo que alerta visiblemente sobre la parcialidad de sus versiones, además de la cierta condescendencia consignada en el fallo, por su relación de amistad comprobada más allá del carácter esporádico atribuido. Ellos mismos, los testigos de la defensa, pudieron haber sido personalmente imputados, lo que confluye entre las otras cuestiones destacadas, a debilitar la sinceridad de sus intervenciones, además de que esa concurrencia autoral en el escenario delictivo obviada en la imputación, fue otro de los reiterados reclamos por los recurrentes en el afán de exhibir cierto déficit en la investigación. Tal circunstancia fue expresamente aclarada en oportunidad de la audiencia oral por parte del Fiscal Coordinador, en cuanto expresó que tenía elementos que lo convencían suficientemente del protagonismo de H. además de lo cual, compulsadas en profundidad las probanzas rendidas en la causa, surge contundente la pEia grafológica en orden a la incompatibilidad manifiesta de H. y Z., luego de lo cual era lógico que no se surgiera avanzando y profundizando las consiguientes prácticas pEiales restantes.

Así pues, si bien no lo fueron, pudieron haber sido involucrados y ligados a los sucesos con cierto grado de intervención —claramente no como autores directos de los gráficos— lo cual permite presuponer un interés subyacente por favorecer la situación procesal de su eventual "consorte" y la suya misma que pone en tela de juicio la sinceridad de sus presentaciones a la par que su exclusión de la investigación no desmereció el contexto de incriminación que pesó sobre el condenado.

Tampoco la ordenanza municipal luce como condicionante de un falso testimonio en el que hubiese incurrido G. para no desnudar su conducta infractora de la consecuente contravención por vender bebidas más allá de la media noche, cuyo testimonio —en síntesis— que no fue privado de sinceridad aun después del cross examination ejercitado en el plenario.

Con relación a los aerosoles incautados a H, en cuanto a que no fueron empleados para cometer los daños en las paredes de la Sinagoga y Asociación Israelita conforme al informe químico N° G-021/1567, por lo que debía ser claramente valorado como indicio de descargo, caben algunas consideraciones.

En primer lugar, la aspiración de los comparecientes de que revistan efectos desincriminantes, contiene errores —o tergiversación en su favor— en tanto que a lo sumo, si no conformaran un plexo probatorio lógicamente integrado en interacción con otros indicios sopesadamente contundentes en su conjunto, serían anfibológicos, pero no de

descargo. Razonar en tal sentido sería como desincriminar a quien tuviese o poseyese en su poder un revólver y el homicidio fue con pistola; prescinde su teoría de contemplar que —en analogía con el ejemplo alegórico referido— la falta de hallazgo del arma productora del evento letal, no desincrimina a quien pudo haberlo arrojado, escondido, ocultado, por sí o por otra persona. Claramente el descargo hubiera sido la incompatibilidad gráfica en su escritura, o que fuera diestro y la confección de los gráficos hubiera sido practicada por un zurdo, entre otras varias situaciones imponderables, pero no así la precedentemente descripta.

Por otra parte, parafraseando al acertado comentario del Querellante, más allá de que el encausado se dedicase a la pintura de escapes o afines, lo cierto es que no es común que la población tenga aerosoles, lo que analizado en el contexto constelacional del caso —como lo hizo la magistrada— fue acertadamente merituado como un indicio más de cargo.

Igual respuesta merece la adjudicación pretendida de desvinculación por el hallazgo de sus manuscritos, porque no tuvieron relación con los hechos ni con motivos raciales. Siguiendo su razonamiento, ropa sin insignias, fuentes musicales, CDS, fotos, libros que no tuvieran contenido racial o/y discriminante, deberían operar en favor de su inocencia, pecando de ingenua su postura aun cuando lo fuere en ejercicio del cargo que tan responsablemente han conducido. El concepto de evidencia y prueba de descargo es la que favorece su inculpabilidad, o lo justifica, lo exime, lo ubica en otro lugar otro día, etc.; por ejemplo que las huellas dactilares del acusado no coincida con las halladas en el arma lesiva, gravitando en un papel importante en el resultado del caso. Pero no veo cómo podría otorgarse tal valor desincriminante a los manuscritos.

Semejante situación a la anterior, parece haberse suscitado frente al reclamo en tanto no se valoró en su beneficio que nada se hubiera extraído del grupo de mensajería "el club de los divorciados". En aval de su argumento, explicaron que en ese contexto grupal, por teléfono, el sujeto suele "relajarse" y en ese estado, podría haberse excedido en sus comentarios. Ahora bien, además de que valen las aclaraciones reiteradas sobre el concepto de lo que constituye verdaderamente una prueba de descargo, absolutamente disímil al esbozado, pecaríamos de ilusos si concluyéramos lógicamente que semejante acto de violencia racial, en una localidad cuya comunidad israelí es tan abundante, presente y activa, interactuando el justiciable en grupos con contactos de variada índole y mayormente multitudinarios, una persona se relajaría de forma tal que proclamaría —consciente o inconscientemente— su intervención en los sucesos. A riesgo de abundancia, no podría exigirse una pseudo confesión escrita o documentada de su participación en los hechos, para arribar al estado de certeza que se alcanzó mediante la relación integral de los indicios, la refutación y explicitación de los contra indicios, tal como lo exhibió el fallo impugnado y como viene siendo exhaustivamente revisado —según aspiro— en la presente instancia.

Respecto a la falta de certeza en el análisis grafológico sobre la que el perito del STJER se pronunciara en su intervención, fue suficientemente abordado el tema en el fallo en cuyo texto expresamente asumió la Vocal el grado de convicción del profesional, pero tal como desarrollé en la revisión del decisorio en párrafos antecedentes, la compatibilidad encontrada en el dictamen, coadyuvó —nuevamente reitero— en el contexto conglobadamente analizado, a la respectiva atribución de responsabilidad autoral del condenado, lo que a su vez desincriminó —efecto descargo— a los restantes dos acompañantes, al menos en torno a haber escrito de propia manu, los grafitis.

En relación a la valoración que cuestionaron sobre la estatura, la que adujeron parecida a la que ostentan H. y Z., valen las mismas apreciaciones referentes a que el supuesto por el que no hubieran sido imputados —carencia o insuficiencia de pruebas a su respecto— no exonera al condenado. Claramente su contextura física fue compatible con las estampas fijadas en los muros. El presente reclamo forma parte de una interpretación nuevamente fragmentada del material rendido. Asimismo, tal como lo destacó el Querellante, que una de las leyendas hubiera sido más abajo, tampoco funciona como elemento en su beneficio, lo que sí hubiera operado que se hubiesen realizado muy por encima de lo que su talla lo permitiera.

No merece recepción tampoco, que debiera valorarse a favor del enjuiciado, que su compañero estuviera vestido igual que él la noche de los hechos. Además de que no fue señalado como sospechoso por su vestimenta, ha quedado más que explicitado —a mi juicio— que ni sobre Z. ni sobre H. pesaban los indicios de cargo como sí gravitaban sobre la situación procesal del imputado; básicamente la pEial cuestionada, permitió su desafec-

tación —al menos como escribas— de los gráficos plasmados.

Otro de sus agravios estribó en la actitud de H. a lo largo del proceso cuando se presentó espontáneamente, facilitó su teléfono celular y lo desclasificó; que declaró en ambos juicios y se sometió a todas las medidas de prueba en que se lo requirió. Más allá de la controversia que introdujo el Dr. Lombardi durante la dialéctica antagónica en la audiencia de casación, cuando indicó que no hubo presentación espontánea sino que su ingreso al proceso fue a partir de un allanamiento jurisdiccionalmente decretado, lo cierto es que evidenció indiscutidamente una conducta procesal correcta y adecuada. Y pese a que claramente no se hubiese tratado de un injusto con encarcelamiento preventivo razonable, en base a tales actitudes de colaboración, gozó —evidentemente— de plena libertad durante el procedimiento, lo cual pudo haberse interpretado también en su favor al momento de la dosificación y la modalidad de la pena pretendida e impuesta. Pero carece de incidencia sobre la acreditación de su intervención autoral en los hechos materialmente comprobados. Razonar en tal sentido, implicaría que sería suficiente un adecuado comportamiento social y procesal, de colaboración —la que tampoco le es exigible para demostrar su inocencia— para exonerar al justiciable de las consecuencias de sus actos racional y lógicamente acreditados, como en el caso de examen.

En orden a la falta de acreditación de la sustracción de la bandera llevada a cabo por su cliente y su pretensa exclusión como prueba de cargo, respecto a lo cual expusieron que el razonamiento del Tribunal partió de una falacia —el hurto— y de tal premisa obtuvo una conclusión falsa, amerita por la importancia del segmento algunas consideraciones.

No le fue imputado el hurto, tampoco se lo presupuso como encubridor, y ni siquiera se verificó el hallazgo de la bandera. Fue su propia expresión extraída de los registros telefónicos que contenían los mensajes transcriptos, la que se vinculó con la tenencia de la bandera, la adjudicación del evento a "los gurises" sin que para inferir el protagonismo que le cupo en los eventos acusados, sea necesaria la certeza sobre la sustracción como autor. Aun si la hubieran encontrado entre sus pertenencias no podría —lógicamente— haber sido acusado por el apoderamiento; hubiese sido indistinto además, si él hubiera ejecutado personalmente la sustracción o sus compañeros. Lo que sí permitió deducir el hallazgo, hubiese sido H. o alguno de ellos, o dos o los tres conjuntamente quienes la hurtaron, que se trataba de una bandera del Estado de Israel, y cuya tenencia en algún lado de la casa no fue desconocida aun cuando no hubiera sido advertida por las fuerzas preventoras, así como fue más que gráfica su índole incriminante por la relevancia de su significación vinculada a la religión que profesaban los edificios ultrajados. Claramente ese símbolo en la esfera de su poder, coadyuvó como otro elemento más —a mi criterio el más importante— a confluir en que las pintadas tuvieron carácter específicamente orientado a agredir a esa comunidad, y no otra. Distinto hubiese sido el caso en que la bandera hubiese sido la Israelí y las pintadas hubiesen sido en la edilicia de la comunidad Griega. Ello descarta también el naif argumento en tanto pudo haber sido una bandera de Boca o River.

Inescindiblemente vinculado con ello, y con similares razonamientos de refutación, se erige la casual revelación surgida de aquel chat legítimamente extraído e incorporado, entre el enjuiciado y la usuaria A., minimizada por los comparecientes, que contiene una indiscutible entidad cargosa por su conexidad con la específica naturaleza de la insignia sustraída, en tanto si las pintadas no hubiesen sido antisemita, qué sentido hubiera tenido que una bandera de "Chevrolet, Ford, River, Boca" fuera tan comprometedora —en los términos de A.—, "rogá que no la encuentren". Por otro lado, si hubiese sido la bandera Israelí pero —nuevamente aplicable a la conclusión que rápidamente concretó A.— las grabadas hubiesen sido en un edificio que no lo fuera —comunidad Italiana— tampoco hubiese corrido peligro su amigo. Es decir, sustraída por él o no, la bandera era judía; A. lo sabía porque días antes en su casa la vio, luego de lo cual le recordó que él mismo le había contado que la sacaron los gurises, extremo que él asintió. Ello así, independientemente que hubiese sido considerado como indicio de móvil o de actitudes sospechosas, disquisiciones teóricas sin trascendencia en resultado a partir del ámbito probatorio racionalmente analizado.

En cuanto a la valoración que hizo el Tribunal sobre los dichos de B. que fueron incorporados por acuerdo probatorio, en primer lugar, si la defensa no se conformó con ellos, podría haber insistido en su presencia a debate y así confrontarlo mediante el contrainterrogatorio propiciado justamente para desmerecer los dichos del declarante, confrontarlo con sus anteriores intervenciones —las válidas— para restarle —de salir exitosos— credi-

bilidad a su versión. Es decir, pudieron desarrollar un conjunto de habilidades y destrezas, dentro del antagonismo dialéctico del plenario mediante los interrogatorios adecuados. Pero incorporado por lectura con su anuencia, el órgano jurisdiccional está plenamente habilitado a merituarlo. No obstante, esa conversación que supuestamente mantuvo el funcionario con la madre del joven, no tuvo incidencia gravitacional sustancial en la sentencia en crisis. Tampoco, que se hubiese omitido en el acta tal situación, generaría una contradicción, así como lo destacó el Querellante, toda vez que entre las exigencias sobre los elementos que procesalmente deben estar plasmados en el documento, no se prescribe los diálogos circunstanciales como el referido. De nuevo, ello podría haberse expuesto —y desenmascarado, en su caso— en ocasión de su comparecencia al plenario.

Ahora bien, en el desarrollo del cometido propuesto, luego de analizar los agravios que configuraron una disección del decisorio impugnado, puntualicé que los examinaría en particular —tal la mecánica precedentemente plasmada— para luego abordar la teoría global del caso de los defensores, que en síntesis, proclamaron la inocencia de su pupilo por su no intervención en los eventos del *sub examine*. Y si bien, cada premisa de las esgrimidas —aisladamente consideradas— desentendidas del todo contextual con que fueron interrelacionadas en la hipótesis acusatoria confirmada, fueron ya desmenuzadas, la versión defensiva presentada por los abogados, desde un análisis global aún si la abordáramos con prescindencia de la concretada en la sentencia, no logró rebatir el más importante de los indicios de cargo.

Si por ficción legal —o imperio de una interpretación aislada de cada inferencia— los aerosoles no fueran incriminantes, tampoco las pEias al haber no sido per se concluyentes en grado de certeza, si el horario de perpetración de los hechos hubiese sido el conjeturado por los letrados entre las 02.00 y 02.21 y las sospechas hubiesen podido recaer sobre otro de los transeúntes captados por las cámaras, ¿qué explicación razonable hubiera merecido que A., coherente en todo el desarrollo de su interacción lógicamente hilvanada —que además no rectificada por el encausado en ningún momento del diálogo— hubiera visto días antes en su casa una bandera que indudablemente lo relacionaba con la sustraída al Edificio Israelí? En el caso, ¿qué aclaración ameritó, en la hipótesis de la defensa, el inusitado riesgo que correría H. —como vaticinó la joven— si encontraban esa bandera?

La única respuesta ensayada por los letrados, fue socavar la falta de acreditación del hurto de aquella bandera —sustraída o no por el encartado—, lo que no desvanece en nada la suspicacia que pesó sobre sí al haber tenido en su poder un símbolo con estrecha vinculación a la misma sede de cuyas pintadas se lo estaba responsabilizando.

Es en este segmento en donde las proposiciones fácticas de la teoría del caso de la defensa, entra en crisis. Sobre este extremo, no han superado el llamado "test de la superposición" en tanto no le ha sido posible explicitar otra interpretación plausible, razonable y creíble a ese diálogo telemático, lo que ciertamente debilitó su estrategia en su coherencia integral. Y si bien nada tiene que acreditar la defensa, sobre quien no pesa el *onus probandi* procesal, asume el costo frente a la fortaleza de la hipótesis acusatoria como acaeció en el *sub examine*.

En aras de circunscribir el análisis sobre el extremo desarrollado, sin que sea posible acudir a la valoración del silencio en contra del encausado cuando no respondió preguntas de los acusadores, tal como lo sugerido por el Fiscal Coordinador, presunción constitucionalmente vedada por el digesto de forma así como —de mayor relevancia jerárquica— el corpus juris internacional constitucionalmente vigente, y más allá de la defensa material, resumiendo, la hipótesis de la defensa técnica no logró dar respuesta a la sustancial inferencia deducida de aquel diálogo, por lo cual debió, en su mayúscula estrategia argumentativa para validar su entelequia, diseccionar en segmentos cada operación valorativa de las premisas analizadas en el decisorio cuestionado, y otorgarle un sentido —aisladamente posible— distinto. Pero globalmente su teoría del caso no alcanzó a sortear el valladar de la coherencia en lo que al incriminante coloquio virtual referenciado precedentemente, respecta.

En otro orden de cosas, no concuerdo con los acusadores en que las defensas se hayan referido al espíritu "criminoso" con que se pronunció el Tribunal de mérito, significante ello —a su criterio— de conceptos ofensivos en detrimento del órgano colegiado. Claramente, a tenor del contexto en que fueron expresados aquellos términos, los letrados aludieron a interpretaciones incriminatorias, "in malam partem", en franca tesitura opuesta a "en favor del justiciable", semántica frecuentemente utilizada al igual que "arbitrariedad", "ilogicidad", entre otros.

Disiento también en que haya sido una contradicción de los asistentes técnicos en sus esforzados intentos por favorecer la situación procesal de su pupilo, quienes denotaron un significativo empeño en el caso, con profundo conocimiento de las contingencias que abarcaron además la sede policial, la IPP y dos plenarios, cuando instaron la morigeración de la determinación penal impuesta a su instituyente, lo que obviamente fue expuesto en subsidio. Cierto es —como acotó el Dr. Lombardi— que su agravio no mereció desarrollo más allá de una mera enunciación teórica que no bastó para dimensionar el supuesto exceso en la dosificación punitiva, que aparte fue racional dentro del escenario acusado, sin advertir tampoco bajo qué parámetros las reglas de conductas individualizadas operarían como pena alternativa o accesorias legales encubiertas.

Por el contrario, autorizada por el artículo 27 del CP, fundamentó la imposición de las normas de conductas, disponiendo que: "las reglas impuestas en el párrafo que antecede resultan adecuadas a los efectos de la prevención de nuevos delitos y a la vez permitirán una interiorización de conceptos, principios, reglas básicas del sistema democrático y respeto a la diversidad que H. ha demostrado adolecer, como también la reparación, en alguna medida, a la comunidad judía de los perjuicios morales y materiales ocasionados, a través de la prestación de un servicio comunitario en su favor, compensando así la falta de arrepentimiento constatada durante el curso procesal del legajo".

En tal sentido concuerdo entonces, que bajo el camuflaje de un agravio jurídico, las defensas expusieron una mera discrepancia con las razonables determinaciones impuestas, sin que la mera insinuación de su disconformidad se erigiera como perjuicios con entidad procesal como para analizar y revocar la resolución recurrida.

Esa mínima liviandad apuntada dentro de un profundo desarrollo exhibido durante la totalidad de la intervención recursiva de los abogados, se hubiese superado a partir de una seria y confrontativa discusión en una etapa de amplio margen de conocimiento y antagonismo que permite el instituto de la cesura previsto en el digesto adjetivo, al que no suelen acudir las partes. Señalaba Maier (Cftar. Maier, Julio, "La cesura del juicio penal", en Doctrina Penal 7-26, p. 244) que todos aquellos efectos colaterales indeseables, se conjuran con el instituto de la cesura, que desafortunadamente una vez más ha sido desapercibido por los operadores judiciales, habida cuenta de lo cual, en tan neurálgico extremo de análisis, no basta ex post descansarse en una mera enunciación genérica del gravamen menos aun cuando no fueron profundizados en la audiencia oral, para revertir el déficit referenciado.

No obstante y aun desaprovechado aquel procedimiento previsto en la normativa procesal vigente mediante el que sabiamente el legislador ha posibilitado a las partes discutir, argumentar, acreditar y controvertir la concreta mensuración de la pena a determinarse, así como su modalidad, y como en el caso, las normas de conducta que no hubiesen sido sorpresivas en tanto el Fiscal ya había anticipado que peticionaría la condicionalidad de su ejecución, cabe explicitar algunas consideraciones.

La gravedad de los hechos analizados en la causa que no debería pasar inadvertida ha tornado lícitas y proporcionales las pautas conminadas como reglas para el cumplimiento de la condena.

Es así que, en un contexto mundial de hiper interconexión y globalización, este suceso en torno a cuyas circunstancias se constataron rasgos de intolerancia desde tipología determinada por la realidad genética, la identidad cultural y convicciones religiosas, el daño a la dignidad humana de los miembros de la comunidad reiteradamente transgredida, así como también la estigmatización de una legítima profesión —en el caso concreto con alusión al "saca presos"— impone la actuación bajo cánones de la debida diligencia en frente a un mensaje odioso que mereció su consecuente reproche legal.

No sería social ni jurídicamente saludable banalizar conductas significantes de auténticos dispositivos al servicio de la intolerancia, el odio, la discriminación, la hostilidad, la violencia, configuradores de un discurso eventualmente generador de un clima que puede preceder a la acción.

La imposición de la pena determinada racionalmente en el caso de examen, justipreciada de acuerdo a los preceptos legales y por la exclusiva responsabilidad por los actos, tradujo el legítimo reproche penal ante una acción que implicó un trato degradante por estigmatización, mensaje injurioso, difamatorio y hasta posiblemente incitador a la propagación de la intolerancia hacia el "otro" diferente, desde el colectivo mayoritario y en franco desmérito de los derechos o libertades

reconocidos en Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Para mayor elocuencia me permito citar un ejemplo de la copiosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando ha afirmado que "la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia". (STEDH, de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, § 64) (El interlineado es de mi edición).

En síntesis, el decisorio impugnado desde las perspectivas cuestionadas en parágrafos precedentes por los recurrentes, ha exhibido fundamentos en los cuales asentó suficientemente sus conclusiones y resultó acorde a las constancias comprobadas de la causa. No se ha constatado la alegada arbitrariedad en la valoración de la prueba ni vulneración de los derechos fundamentales del encartado que lo pudiera caracterizar como acto jurisdiccional ilegítimo (cfme.: CSJN: Fallos: 270:176; 288:113; 295:278 301:542 y 303:1306), por lo que siendo innecesarias consideraciones de mayor rigor, habré de propiciar el rechazo del recurso de casación bajo examen y la confirmación íntegra de la sentencia puesta en crisis, con costas al vencido conforme artículo 585 del digesto de forma de la provincia.

Al no haber petición de regulación de honorarios por los profesionales intervinientes, no corresponde ingresar al tema (art. 97 inc. 1° de la Ley 7046).

Así voto.

El doctor *Perroud*, expresó su adhesión al voto precedente.

En igual sentido el doctor *Gazali* adhirió por análogas consideraciones.

No siendo para más, se da por finalizado el acto, y por los fundamentos expuestos, queda acordada por unanimidad la siguiente sentencia que resuelve: I. No hacer lugar al Recurso de Casación interpuesto oportunamente por Dres. Ariel Amarillo y Lucas M. Vallejo en su carácter de Defensores Técnicos de E. G. H., contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2020 dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de la Ciudad de Concepción del Uruguay integrado por los Vocales Dres. María Evangelina Bruzzo - Rubén Alberto Chaia - Gustavo Ariel Díaz, la que en consecuencia, se confirma. II. Declarar las costas a cargo del recurrente (arts. 585 y concordantes del CPPER). III. No regular honorarios profesionales de los letrados intervinientes, en tanto no fue solicitado —art. 97 inc. 1° de la Ley 7046—. IV. Tener presente la reserva del caso federal efectuada. V. Protocolizar, notificar y, oportunamente, devolver la presente causa al Tribunal de origen. La presente se suscribe mediante firma electrónica —Anexo IV aprobado por el STJ por Resolución N° 28/2020 de fecha 12/04/2020. — *María del L. Giorgio. — Darío G. Perroud. — Nicolás Gazali.*

JUICIO ABREVIADO

Rechazo del acuerdo. Adolescente en condición extrema de vulnerabilidad. Necesidad de un proceso que ofrezca opciones que consideren los abusos sufridos a lo largo de su vida.

1. — Se rechaza el acuerdo de procedimiento abreviado. De conformidad a lo establecido en "Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes" (Reglas de Bangkok) que disponen "que al adoptar decisiones se tendrá presente la vulnerabilidad de las delincuentes juveniles debida a su género" —Regla N° 65— insto al Fiscal, Defensor y Ministerio Pupilar, para que se avoquen a la búsqueda de vías alternativas al proceso penal (Justicia Restaurativa art. 40.3.b CDN), y eviten la realización de un debate penal, a los fines de ofrecerle a la adolescente encartada alternativas que permitan lograr su empoderamiento, la construcción de un proyecto de vida que atienda a su realidad y singularidad y superar experiencias traumáticas a la que ha estado expuesta a lo largo de toda su vida.

2. — A pesar del reconocimiento expreso de una adolescente de los 4 hechos que se le imputaron, no hay más opción que rechazar el acuerdo abreviado. La adolescente imputada se encuentra frente a una quíntuple vulnerabilidad, por ser mujer, por ser niña al momento de los hechos, por ser víctima de

violencia sexual, física y psicológica por parte de su padre y de género por parte de su actual pareja, con quien se vio imputada en todos los hechos por los cuales se la investiga; y además, por su situación de pobreza extrema, la que constituye una causa de exclusión social, por lo tanto, podría haber estado condicionada, obligada o simplemente no podía consentir su participación en ellos.

3. — Respecto de las adolescentes que resulten sospechadas de la comisión de un hecho punible, al principio de especialidad se agrega otra garantía, derivada del ajuste adicional que debe practicarse al principio de especialidad en función de su condición de género.

4. — Nombrar legislativamente como vulnerables a una categoría es reconocer la desigualdad real. Esto necesariamente debe ser considerado prioritariamente en cualquier planteamiento o implementación institucional (párr. 24, reglas de Brasilia). Las y los operadores del sistema (principalmente jueces/as fiscales/as, defensores/as y representantes del Ministerio Publico Pupilar) deben actuar ante estas situaciones con mayor sensibilidad y empatía, reconociendo la especialidad y especificidad en la intervención, valorándose este especial contexto con impacto reducidor al momento de analizar la culpabilidad por el acto.

JPenal de Niños y Adolescentes, Paraná, 10/12/2021. - R. B. C. s/ robo agravado por el uso de arma.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/216999/2021]

N° 13.450

1ª Instancia.- Paraná, diciembre 10 de 2021:

Considerando:

a) Que, participaron de la audiencia de visu del procedimiento abreviado la Sra. Fiscal Auxiliar de Niños y Adolescentes, Dra. ... y el Sr. Defensor Penal de Niños y Adolescentes, Dr. ..., junto a su defendida R. B. C. No asistió a la audiencia, la Sra. Representante del Ministerio Publico Pupilar, Sra., a pesar a ser debidamente notificada.

Que, al comenzar la audiencia, previo a requerir el consentimiento de la encartada R. B. C. para llevar a delante el juicio abreviado, expliqué con claridad las características del procedimiento elegido y las consecuencias del mismo; haciendo saber que, de prestar la conformidad para su aplicación, debería reconocer la existencia de los hechos que se le imputan, las calificaciones legales respectivas, admitiendo voluntariamente, es su caso, su participación en calidad de coautora y consintiendo la pena máxima de un año y seis meses de prisión, a discutir oportunamente.

Posteriormente, atento a las singulares características personales de la imputada, las cuales ya se encontraban plasmadas en el informe técnico de fecha 28/11/2002, previo a la ratificación o desistimiento del acuerdo celebrado por las partes, se concedió la palabra a la Lic. Luciana Sarmiento por el Equipo Interdisciplinario de la especialidad y la Lic. Mariana Battauz por el Departamento de Libertad Asistida dependiente del CoPNAF, quienes expusieron la historia de vida, situación personal y abordaje desplegado con la joven R. B. C.

Que, formulados los alegatos por la Sra. Fiscal, solicitó que se hiciera lugar al acuerdo, previa receptación del consentimiento de la imputada, y se dicte sentencia, declarando a la joven R. B. C. co-autora penalmente responsable de los delitos de los delitos de Robo agravado por el uso de arma —art. 166 inc. 2 del CP— (Leg. IPP 115523); Robo simple —art. 164 del CP (Leg. IPP N° 127173)—; Robo en grado de tentativa —art. 164 del CP— en función del 42 del CP (Leg. IPP N° 133861); Robo de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa —art. 167 inc. 4° en función del 42 del CP— (Leg. IPP N° 138162).

Luego, se concedió la palabra al Sr. Defensor Oficial, Dr. ..., quien previamente a prestar su conformidad respecto de los hechos, pruebas, calificación legal y tope máximo de pena a discutir en la audiencia integrativa de sentencias, solicitó que su defendida preste su consentimiento para celebrar el presente acuerdo y en ese cometido, a continuación, la imputada R. B. C. ratificó el pedido formulado del acuerdo de juicio abreviado respecto de los hechos plasmados en los legajos de IPP 127173 - 133861 - 138162, pero no así en relación al hecho ventilad el legajo de IPP 115523 (Robo agravado por el uso de arma).

Arribados a esta instancia de la audiencia, más allá del consentimiento expreso que hiciera la en-

cartada respecto de los tres primeros hechos que formaron parte del primer acuerdo abreviado, el defensor, retiró su conformidad de la totalidad del acuerdo de juicio abreviado y solicitó el rechazo, instando el sobreseimiento de su pupila.

b) Resumidas, como antecede, las principales circunstancias acontecidas en la audiencia de visu, corresponde expedirme sobre el acuerdo de juicio abreviado concertado por las partes y la solicitud de rechazo formulado por la Defensa previo a la finalización de la audiencia.

Aclaro desde ya que no me es posible expedirme sobre el sobreseimiento solicitado por el Sr. Defensor atento a que no ratificó el acuerdo previamente suscripto en relación a la existencia de los hechos y participación de R. B. C. en los mismos.

En base a lo expuesto y a pesar del reconocimiento expreso de R. B. C. en relación al acuerdo de arribado por las partes de fecha 31 de agosto por tres (3) de los cuatro (4) hechos que se le imputaron, luego de ejercer su derecho a ser oída (Art. 12 CDN) y explicársele de manera clara, sencilla sin tecnicismos legales los alcances del procedimiento, ante la negativa expresa del defensor, no tengo más opción que rechazar el acuerdo abreviado al que habían llegado las partes previo a la audiencia.

Al margen de ello, se hace necesario hacer algunas consideraciones no solo en relación a la extrema situación de vulnerabilidad de R. B. C., sino también en referencia a la actuación de la partes (Fiscal, defensor y M. P Pupilar) en el marco de un proceso penal para personas menores de edad enfocado desde la especialidad, especificidad y perspectiva de género.

En este sentido, respecto de las adolescentes que resulten sospechadas de la comisión de un hecho punible; al principio de especialidad se agrega otra garantía, derivada del ajuste adicional que debe practicarse al principio de especialidad en función de su condición de género. Si ya es escaso el desarrollo que hasta la fecha ha tenido el principio de especialidad en materia procesal en general, en el caso de las niñas el mayor alcance de las garantías en razón del género ni siquiera ha comenzado a ser discutido (1)."

En este marco, la audiencia de visu, se centró en establecer si R. B. C. estaba en condiciones o no de brindar su consentimiento en los acuerdos abreviados suscriptos previamente por la Sra. Fiscal y el Sr. Defensor, con la anuencia de la Sra. Representante del Ministerio Publico Pupilar, quienes a pesar de las advertencias brindadas por las profesionales del Equipo Técnico de la especialidad que daba cuenta que R. B. C. no estaba de acuerdo en su suscripción siguieron adelante hasta la presente audiencia, desoyendo lo aconsejado por las Licenciadas Sarmiento, Battauz y Ermácora, cada una desde su disciplina, sobre la importancia que la incursa sea oída (Cf. informe técnico de fecha 28/11/2021) y que se tenga en cuenta para resolver su situación de extrema vulnerabilidad.

En ese sentido, como fuera referenciado supra, a los fines de evidenciar la extrema y palmaria vulnerabilidad de R. B. C. y corroborar que el consentimiento de la incursa no se viera afectado por esta situación se escucho a la Lic. Sarmiento quien expresó que a lo largo de su vida la acusada ha pasado por diferentes situaciones de maltrato y abuso. Es una joven que hasta el día de hoy está en una situación de desamparo, desprotección, desvalimiento. Principalmente los maltratos y los abusos tienen que ver con la figura paterna, a quien acusa de haberla violentado sexualmente, lo cual la ha llevado a estar en situación de calle. Es una joven que presenta las secuelas típicas de alguien que ha vivido situaciones de violencia cronificada a lo largo del tiempo, secuelas sociales, cognitivas, emocionales que tiene que ver con el aislamiento social, no cuenta con amigos, con redes de apoyo R. B. C. se ha crecido en un contexto en donde la violencia ha formado parte de su crianza y ha dejado estas secuelas que implican un arrasamiento subjetivo.

Por su parte la Lic. Battauz expresó que R. B. C. se encuentra atravesada por una historia familiar donde han estado vulnerados todos sus derechos, desde su más temprana infancia. El CoPNAF ha tenido históricamente intervención en su situación. Hace 18 años que el organismo administrativo de protección de derechos interviene en su vida. Existe una situación de violencia familiar y violencia de género, en una estructura familiar patriarcal, su padre ha sido el que histórica y crónicamente ha ejercido violencia hacia las mujeres de su familia R. B. C. repite ciertas elecciones. Hay una repetición en el vinculo de pareja de ella con su novio, el cual esta signado por la violencia de género. Su mamá vivió esa experiencia, y creen que hay cuestiones de repetición no elaboradas. La lic. Battauz explica claramente que ni Estado, ni la justicia en todo este tiempo no ha podido revertir la situación de vulnerabilidad, a pesar de todas las acciones

que se han generado, porque se han encontrado con una posición de un agresor —su padre— que ha pasado todos los límites. No ha habido límites ni sanciones. R. B. C. ha estado en un contexto de total vulneración y ni el Estado ni la justicia ha podido reparar al día de hoy su situación. Respecto a su abordaje se encontraron que todos los objetivos que se podían plantear, realmente no se pudieron llevar a cabo, no porque la joven no se haya comprometido sino porque realmente no estaba en condiciones de poder llevar adelante o enfrentar o un abordaje como el que se le proponía. R. B. C. tiene secuelas propias de lo que ha sido un sujeto expuesto a violencia durante 18 años. No solamente su realidad material, realidad familiar sino también hay cuestiones en ella que son secuelas de esa vida, en los aspectos emocionales, afectivos, cognitivos. Se pregunta hasta donde su elección ha sido de plena voluntad de hacer lo que hace, hay toda una realidad de vulneración que la lleva, fallidamente, acomodarse a la realidad y a la vida que le toca con tal de resguardarse subjetivamente. Concluye contundentemente que el estado y la justicia siempre intervino sobre ella. Entonces como dispositivo se preguntaban, de qué manera pueden hacerla responsable, pedirle que se haga cargo y repare un daño, si hubo un daño hecho a una víctima, cuando ella ha sido y es al día de hoy, víctima, y nadie reparó su daño. Respecto a la elaboración de instrucciones judiciales para R. B. C. en caso de prosperar el acuerdo abreviado, la Lic. Battauz expresó que la imputada no va a poder cumplirlas, seria sumar un fracaso más para ella en su vida y otro para el sistema penal.

Ante este contexto, se hace necesario recordar que "Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de vulnerabilidad" (2), establecen que "se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

En este sentido, nombrar legislativamente como vulnerables a una categoría es reconocer la desigualdad real. Lo cual necesariamente debe ser considerado prioritariamente en cualquier planteamiento o implementación institucional (párr. 24 reglas de Brasilia). Por lo tanto, las y los operadores del sistema (principalmente Jueces/as Fiscales/as, Defensores/as y representantes del Ministerio Publico Pupilar) debemos actuar ante estas situaciones con mayor sensibilidad y empatía, reconociendo la especialidad y especificidad en la intervención, valorándose este especial contexto con impacto reducidor al momento de analizar la culpabilidad por el acto (3).

Claramente puede observarse que R. B. C. se encuentra frente a una quíntuple vulnerabilidad, por ser mujer (4), por ser niña (5) (Menor de 18 años de edad al momento de los hechos), por ser víctima (6) de violencia sexual, física y psicológica por parte de su padre y de género por parte de su actual pareja, con quien se vio imputada en todos los hechos por los cuales se la investiga y que en la mayoría de ellos intento huir dejando a R. B. C. echada a su suerte. Lo que nos lleva a pensar que la imputada podría haber estado condicionada, obligada o simplemente no podía consentir su participación en los mismos.

R. B. C. resulta vulnerable también por su situación de pobreza extrema la que constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas, como en el caso de la acusada, en las que también concurre con otras causas de vulnerabilidad (7). Y por último resulta vulnerable por hallarse implicada en un proceso penal.

Todo lo referenciado constituye un dato estructural y diferencial que necesariamente se debe tener presente en su abordaje socio/institucional/penal específico (8).

La especialidad de los operadores requiere, ante esta situación, "un trato específico, así como una ingeniería institucional adecuada a sus particularidades. Las niñas tienen necesidades concretas, y problemas característicos de salud física y mental (Zahn, 2009, Zahn, et. al, 2008). Además, experimentan la justicia juvenil de manera diferente que los niños debido a dos factores: por un lado, a la forma en la que las delincuentes femeninas difieren de los delincuentes masculinos, y, por el otro, por la forma en que la sociedad ve a las niñas (Edwards, 2010, p. 232). El contacto con la justicia penal, en cualquier carácter, agrava estos problemas, dado que esta no interviene (ni deriva) con un enfoque orientado a la resolución de estas dificultades y vulneraciones de derechos, sino que lo hace del mismo modo que reacciona con los infractores varones, dentro de un patrón que, como

regla, reproduce la violencia (Watson y Edelman, 2012) (9)".

Párrafo aparte merece la actuación de las partes. Resulta casi inexplicable que el marco de un derecho procesal penal para personas menores de edad, con Fiscales, Defensores y Ministerios públicos pupilares, no solo especializados (10), sino que también con competencia especifica (11) (no compartida con otra materia tales como fuero de familia o penal común) para actuar cuando los delitos sean cometidos por personas menores de 18 años de edad, no solo no hayan escuchado a R. B. C. al momento de expresarles que no estaba de acuerdo con la celebración del procedimiento abreviado y que con relación al cuarto hecho negaba su participación en el mismo y exigía que se investigue a quienes fueron los autores, sino también que ante la palmaria y extrema situación de vulnerabilidad de R. B. C., se haya intentado celebrar un juicio abreviado con una exceptiva de pena de un año y seis meses de prisión y no buscar ninguna medida alternativa proceso penal que evite su estigmatización y no agrave aún más su situación de vulnerabilidad.

Ninguna de las partes, ni la fiscal, ni el defensor, y asombrosamente, menos aún la representante del ministerio pupilar tuvieron en cuenta el detallado informe técnico de fecha 21/11/2021 suscripto por las Licenciadas Sarmiento y Ermácora, para trabajar otras alternativas al proceso penal.

En definitiva, ante esta situación considero que, resulta imperioso trabajar en el fortalecimiento de medidas alternativas al proceso penal (justicia restaurativa). La situación particular de R. B. C. requiere medidas adaptadas al contexto, circunstancias y características de la imputada y que permitan abordar sus problemas de forma inmediata así como contribuir a su desarrollo.

En este sentido Mary Beloff refiere que las propuestas que ofrecen los documentos internacionales se basan, en lo general, el empoderamiento de la adolescente y campañas de monitoreo y concientización para cambiar los estereotipos de género perjudiciales; específicamente, en materia penal, proponen implementar programas de entrenamiento y unidades especializadas, asegurar mecanismos de justicia restaurativa y programas en las comunidades junto con sistemas de justicia informal (12).

Entiendo que R.B.C debe ser empoderada, y difícilmente el procedimiento abreviado o un debate penal en la que se la juzgue y se la declare coautora o participe penalmente responsable de los delitos endilgados, no parecen ser el camino adecuado para lograr ese objetivo y menos aún en el marco de una justicia especializada. Sin dudas el camino para lograr su empoderamiento se encuentra en marco de la justicia restaurativa.

Recordemos que ni el estado, ni la comunidad, ni la justicia repararon a R. B. C., ni se le dio respuestas por la vulneración de sus derechos esenciales, ni por las violencias físicas, psicológicas y sexuales a las que se vio expuesta desde muy pequeña por parte de su progenitor. ¿Cómo vamos a pretender que ahora ella se haga responsable y sea quien repare un daño, cuando ella sigue siendo víctima y nadie reparo su daño? Primero es R. B. C. quien debe ser reparada, restableciéndoles sus derechos vulnerados desde su primera infancia y proveyéndole oportunidades de inclusión social.

En este plano de análisis es preciso remarcar que "en la medida en la que los procesos de criminalización de las adolescentes están relacionados con su situación de desigualdad sexual, el proceso juvenil penal debe articular mecanismos que permitan a la menor de edad desafiar las jerarquías de género. Una forma de poner en cuestión dichas jerarquías de género es utilizar en aquellos espacios que lo haga posible, como la aplicación de medidas, la estrategia del "empoderamiento".

El "empoderamiento" es una técnica que los grupos de mujeres han utilizado desde los años 60 para hacer visibles sus problemas y retomarlos en sus manos. El empoderamiento significa facilitar a los jóvenes recursos a partir de los cuales pueden abordar sus necesidades, pero teniendo en cuenta que estas necesidades están definidas por su posición de género. Se trata de construir un proceso dirigido a cambiar la naturaleza de las condiciones de vida de las jóvenes mujeres.

Partiendo de esta idea, en el caso de marras, es necesario reducir al máximo la intervención de la justicia penal juvenil a los fines de no vulnerar más aún los derechos de la encartada. Es decir, no aumentar el daño social que la infracción haya producido, y todo esto teniendo en cuenta que el derecho penal juvenil no puede aumentar la desigualdad de género que sufren las adolescentes en todas nuestras sociedades (13).

Es por ello, que al margen de rechazar el presente acuerdo de procedimiento abreviado, y de conformidad a los establecido en "Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes" (Reglas de Bangkok) que disponen "que al adoptar decisiones se tendrá presente la vulnerabilidad de las delincuentes juveniles debida a su género" —Regla N° 65— insto a las partes (Fiscal, Defensor y Ministerio Pupilar),para que el marco del mandato constitucional de la especialidad y especificad de sus funciones se avoquen a la búsqueda de vías alternativas al proceso penal (Justicia Restaurativa art. 40.3.b de la Conv. Derechos del Niño), y eviten la realización de un debate penal, a los fines de ofrecerle a R. B. C. alternativas que permitan lograr su empoderamiento, la construcción de un proyecto de vida que atienda a su realidad y singularidad y superar experiencias traumáticas a la que ha estado expuesta a lo largo de toda su vida.

Por lo expuesto, se dicta la siguiente; sentencia: I. Rechazar el procedimiento de juicio abreviado propuesto en esta causa N° 13.449 y su acumulado N° 13.450, por las razones expuestas. II. Instar a las partes a que en el marco de la especialidad y especificidad de sus funciones, teniendo en cuenta la extrema situación de vulnerabilidad de la incursa y de conformidad al artículo 40.3.b) de la CDN y la regla N° 65 de la "Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes" avoquen a la búsqueda de vías alternativas al proceso penal. III. Protocolícese, regístrese, notifíquese y en estado, archívese. — *Pablo A. Barbirotto.*

(1) Beloff, Mary "La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil" Publicado en Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Número 19, julio/diciembre 2017, ps. 55-81, Buenos Aires, Argentina, ISSN 1851-3069.

(2) Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

(3) Martin, Germán "Ni menores, ni jóvenes, ni conflictivos, ni locos".

(4) Las Reglas de Brasilia (N° 8) expresan que la discriminación que la mujer —persona vulnerable en razón de su género— sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

(5) Las Reglas de Brasilia (N° 2) consideran que las niñas y los niños —personas vulnerables en razón de su edad— deben ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Asimismo

(6) Reglas de Brasilia (N° 5) A efectos de las presentes Reglas, se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico.

(7) Regla de Brasilia N° 7

(8) Martín German. Ibdem

(9) Beloff Mary ibidem

(10) Especialmente capacitados en cuestiones relativas a los derechos de niños y adolescentes.

(11) La especificidad es claramente diferenciación, separación e individualidad pero fundamentalmente exclusividad. (Ver Martin German Ibidem).

(12) Beloff, Ibidem

(13) Bodelón González, Encarna y Aedo Rivera Marcela, "Las Niñas en el Sistema de Justicia Penal" Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 49 (2015), 219-236.

ABUSO SEXUAL

Querellante particular. Cese de la designación de la progenitora por no asegurar a la víctima menor de edad un acceso efectivo al servicio de justicia. Designación del progenitor aun cuando la solicitud fue realizada fuera del término establecido procesalmente.

1. — Teniendo en cuenta la relación de la progenitora de la niña víctima de abuso sexual con el imputado y su descreimiento de que el abuso contra su hija realmente haya exis-

tido, no puede cumplir con la función que la ley establece a quién asume el rol de querellante particular en defensa de un delito presuntamente cometido contra una menor, que en el caso *sub examen* es su hija. Ello me lleva a la conclusión que corresponde dejar sin efecto la designación de la progenitora como querellante particular en el presente legajo.

2. — Si bien es cierto que la solicitud del progenitor de la niña de ser tenido como querellante particular, lo fue fuera del término establecido procesalmente (art. 290 del Cód. Proc. Penal), el caso que nos toca resolver tiene sus particularidades, ya que en un primer momento se le otorga el rol de querellante particular a la madre de la menor, la cual en la presente resolución se deja sin efecto dicha designación, por lo que el progenitor solicita ser tenido en tal carácter (querellante particular) en remplazo de la madre de la niña, lo cual resulta de estricta justicia, ya que, de no aplicar dicho criterio, la menor no tendría la posibilidad de que uno de sus progenitores cumpla las funciones que la ley le otorga al querellante particular.

Trib. Impugnación Penal, Santa Rosa, 07/12/2021. - G., N. J. s/ impugna rechazo de reposición por constitución de querellante particular.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/202995/2021]

Legajo N° 22150/3

Santa Rosa, diciembre 7 de 2021.

Resulta:

Que con fecha 28 de octubre de 2020, se inician actuaciones con intervención del Ministerio Público Fiscal de la Tercera Circunscripción Judicial a raíz de denuncia efectuada por el señor N. J. G. a raíz de que su hija menor de 4 años E. G., habría resultado víctima de abuso sexual por parte del señor I. O.

Que con fecha 29 de octubre de 2020, se efectúa la Audiencia de Formalización de la Investigación Fiscal Preparatoria y Prisión Preventiva (Arts. 257 y cc.), en donde el señor Juez de Control de la Tercera Circunscripción Judicial, resuelve: Primero: Tener por Formalizada la Investigación Fiscal Preparatoria seguida al ciudadano O., J. I., por el hecho investigado y encuadrado provisoriamente como delito de Abuso Sexual con acceso carnal por la introducción de otras partes del cuerpo dedo (Art. 119 tercer párrafo del Cód. Penal).

Que con fecha 04 de noviembre de 2020, obra informe de la Licenciada en Psicología del Hospital de Bernasconi de esta Provincia, quien entrevista a la menor E. G., expresando "J. me metió la mano adentro de la bombacha y me tocó acá y acá" (con un gesto indica su v... y su c...). Que el padre de E., N. efectúa la denuncia.

Que con fecha 27 de noviembre de 2020, M. A. S., con el patrocinio letrado del señor Defensor Oficial —Marcos Mezzasalma—, solicita al señor Juez de Control se la tenga constituida como Querellante Particular.

Que con fecha 30 de noviembre de 2020, el señor Juez de Control de la Tercera Circunscripción Judicial, tiene por constituida como Querellante Particular a M. A. S. en representación de su hija E. G. y como abogado patrocinante al Dr. Marcos Mezzasalma.

Que con fecha 07 de mayo de 2021, la Licenciada en Psicología —Daniela González Bravo—, comunica al señor Fiscal de la Tercera Circunscripción Judicial, que el señor N. G., padre de E., se comunica con la dicente, expresando: "No quiero que exponga a mi hija, para ella está todo cerrado nunca más se habló del tema en casa, La E. nunca más nos dijo nada, es volver de cero al primer día y no quiero que sufra", "su mamá me dice que ella la va a llevar igual porque vos le llenaste la cabeza a la nena, ella no le creyó de un principio a la E., lo sigue viendo a J. y quiere salvarlo a él".

La mencionada profesional, deja constancia que M. S., la mamá de E., se niega a realizar la denuncia el día en que se llevó a cabo la entrevista en la que se le comunica lo que hoy es motivo de la presente investigación, cuestionando su accionar profesional.

Como psicóloga de E., solicitó a su madre que no hostigue a la niña preguntándole detalles del hecho, expresando la menor que su madre le había hecho preguntas que no pudo responder.

Solicita no se realice la pericia y sugiere la posibilidad de realizar un seguimiento a la menor quién vive con su mamá, para evitar que la misma

sea utilizada, manipulada y afectada psicológicamente.

Que con 02 fecha Julio de 2021, el señor Fiscal de la Tercera Circunscripción Judicial formula la Acusación contra J. I. O., por el delito de Abuso Sexual Simple (Art. 119 primer párrafo primer supuesto del Cód. Penal).

Que con fecha 22 de septiembre de 2021, el señor N. J. G., con el patrocinio letrado del Defensor Oficial —Claudio Martínez Sabio—, se presenta ante el señor Juez de Control de la Tercera Circunscripción Judicial, y solicita ser tenido como Querellante Particular por ser padre de la menor E. G.

Que N. J. G., solicita a la señora Jueza de la Tercera Circunscripción Judicial, se decrete la medida cautelar de no innovar, estableciendo que la niña continuará viviendo con el presentante en forma provisoria y ello mientras dure la tramitación de la demanda de Cuidado Personal Unilateral a presentarse y hasta tanto se resuelva en forma definitiva.

Obra constancia del Juzgado de Paz-Registro Civil de la localidad de General San Martín de la Provincia de La Pampa, del que surge que con fecha 29 de julio de 2021, se presenta ante ese organismo la señora L. G. S., expresando: "Es la tía de la niña E. G. (5 años), hija de su hermana M. S. y del señor N. G. Que existe una causa penal en la que E. es víctima de abuso sexual infantil en la que se acusaba al señor J. I. O. de ser el victimario. Este y M. fueron pareja y considera la compareciente que su hermana continúa vendo a O. exponiendo a E. a tener comunicación y contacto con este, de modo tal que E. puede ser victimizada nuevamente al exponerla con O. Que sugiere y quiere que su sobrina conviva con su padre, Sr. G., quién puede garantizar mejor los derechos que han sido vulnerados en E.".

Que con fecha 30 de julio de 2021, el señor Defensor Oficial —Martínez Sabio—, envía una nota al señor Defensor Civil de la localidad de Guatraché de esta Provincia Dr. Diego Gabiot, informando respecto a la niña E. G., "Luego de un trabajo interdisciplinario en el caso de M. S., consideraríamos que para resguardar la salud mental y física de la niña, la misma, de manera provisoria, debería estar al cuidado de su padre N. G.... Actualmente se están llevando a cabo distintos encuentros con M. S. e integrantes de su familia, quienes dan cuenta que ella estaría al día de la fecha, teniendo distintos encuentros con J. O., el presunto abusador de su hija. En los últimos encuentros con la madre de la niña, se podría apreciar un malestar emocional, donde la misma reconoce que tiene muchas dudas sobre la denuncia de abuso, descreyendo el relato de su hija. En entrevistas realizadas por este equipo, M. expresó que en distintas situaciones con E., hablaron sobre el supuesto abuso, donde se pudo ver como ella influyó e influye en el relato de la niña, fortaleciendo la versión que el abuso no ocurrió, incluso culpando a la niña que hoy J. no está cerca por los dichos de ella con la psicóloga, violentándola permanentemente."

Que, la Trabajadora Social de la Oficina de Acción Social de la localidad de General San Martín (LP) —Paula Costabel—, informa que en las entrevistas con la familia, ellos manifiestan el malestar que hoy tiene la niña en la esfera emocional, lo pueden ver en sus conductas, en su forma de expresarse, actitudes, en los juegos. Las situaciones relatadas, nos han puesto en alerta en relación al contexto en que se encuentra hoy E., consideramos que hoy la madre no está en condiciones de poder resguardar a la niña, frente a la situación traumática que atravesó, ni tampoco poder contenerla y acompañarla.

Que con fecha 30 de julio de 2021, la Licenciada en Psicología del Centro Asistencial de Bernasconi (La Pampa) Daniela González Bravo, remite un informe al Defensor Civil Diego M. Gaviot, a fin de notificar sucesos de gravedad que han tenido lugar en el último tiempo, y solicitar su pronta intervención ya que actualmente E. convive con su mamá M., lo cual constituye un riesgo psicosocial para la niña.

Cabe destacar que desde el momento en que E. brinda su testimonio en el espacio terapéutico, hoy motivo de la presente investigación, M. comienza a obstaculizar el tratamiento y a deslegitimar el accionar profesional; se niega a realizar la denuncia y sostiene: "—Otra denuncia más J. no puede tener porque va preso, yo no voy a hacer la denuncia—".

A partir de allí, comienza un proceso Revictimizante para E., por parte de su madre, prueba de ello constituyen varios hechos que han sucedido, como por ejemplo, el hostigamiento permanente por parte de M., ya que interroga a su hija sobre la situación de ASI solicitando a la niña que defina lo sucedido en detalles, lo cual no solo genera angustia y sufrimiento psíquico, sino que constituye un elemento traumático, ya que las consecuencias son desbastadoras para el funcionamiento psico-

lógico de la niña, sobre todo cuando el agresor es un miembro del entorno inmediato.

Que con fecha 06 de agosto de 2021, el Juzgado de la Familia, Niñas, Niños y Adolescentes Secretaría Civil y Asistencia de la Tercera Circunscripción Judicial, en Expte. N° 20112, Interlocutorio N° 52/2021 resuelve: Primero: Hacer lugar a la Medida Cautelar de prohibición de innovar solicitada, manteniendo la residencia de la niña E. G. (DNI N° ...), en el domicilio de su progenitor N. J. G. (DNI N° ...) por el término de noventa (90) días, debiendo garantizar el progenitor —durante dicho lapso—, el contacto y trato regular de la niña E. con su progenitora y mantenerla informada sobre cuestiones relevantes de la vida de la niña (Art. 654 del Cód. Civ. y Comercial). Segundo: Dar intervención a la Dirección General de Niñez, Adolescencia y Familia en su carácter de autoridad de aplicación en los términos de la Ley 2703, como así también a la Dirección Provincial de Prevención y Asistencia de la Violencia Familiar, para un abordaje integral de la situación. Que con fecha 27 de septiembre de 2021, la señora Jueza de Control de la Tercera Circunscripción Judicial, no hace lugar a la presentación efectuada por el Dr. Martínez Sabio en su carácter de patrocinante del señor N. J. G., solicitando que este último sea constituido como Querellante Particular, por no ser el momento procesal oportuno. Que con fecha 30 de septiembre de 2021, N. J. G., con el patrocinio letrado del Defensor Oficial, se presenta deduciendo reposición contra la resolución de fecha 27 de septiembre de 2021. Que con fecha 06 de octubre del corriente año, el Defensor Particular —Juan Ricardo Veneri— de J. I. O., al contestar la vista que se le corriera, solicita se rechace la reposición planteada. Que con fecha 07 de octubre de 2021, el Ministerio Público Fiscal al contestar la vista corrida, expresa que corresponde hacer lugar al planteo de reposición interpuesto y resolver la adhesión a la representación de la querella por parte de N. G., juntamente con la progenitora M. S. Que con fecha 13 de octubre de 2021, al contestar la vista que se le corriera a la Asesora de Niñas, Niños y Adolescentes —María Agostina Pensa—, expresa como conclusión: "En virtud de lo expuesto y los antecedentes acompañados por el señor G., estimo que debe garantizarse plenamente el acceso real y efectivo al servicio de justicia por parte de la niña E., designando a su progenitor como representante de la querella, desplazando en tal carácter a su madre, la señora M. A. S.".

Que con fecha 21 de octubre de 2021, la señora Jueza de Control de la Tercera Circunscripción Judicial, resuelve: Primero: No Hacer lugar al recurso de reposición interpuesto en el presente Legajo por el Sr. N. J. G., con patrocinio del Dr. Claudio Martínez Sabio, ello de conformidad con los fundamentos expuestos. Que con fecha 04 de noviembre del corriente año, N. J. G., con el patrocinio letrado del Defensor Oficial, se agravia de dicha resolución, interponiendo contra la misma, recurso de impugnación.

Que con fecha 17 de noviembre de 2021, el Juzgado de la Familia, Niñas, Niños y Adolescentes Secretaría Civil y Asistencial de la Tercera Circunscripción Judicial, en el Expte. N° 20.171, Interlocutorio N° 86/2021, resuelve: Primero: Hacer Lugar a la prórroga de la medida de no innovar dispuesta en el Expte. N° 20.112, caratulado: "G. N. J. c. S., M. A. s/ medidas cautelares", debiendo mantener su residencia en el hogar de su padre conforme lo solicitado, hasta que se dicte sentencia en autos o la situación familiar amerite un cambio.

Que con fecha 18 de noviembre de 2021, la Asesora de Menores, Niñas, Niños y Adolescente de la Tercera Circunscripción Judicial, al contestar la vista que se le corriera, se manifiesta de igual forma a lo expresado en fecha 13 de octubre de 2021, considerando que debe hacerse lugar a la impugnación planteada por el letrado patrocinante del Sr. G., desplazándose en su calidad de Querellante Particular a la madre de la niña, la Sra. M. A. S., y designándose en consecuencia al progenitor de la niña E.

Considerando:

La competencia del suscripto para entender en el presente recurso, surge de lo establecido en el art. 33 inc. 5° del CPP.

Los fundamentos de la *a quo* para no hacer lugar al recurso de reposición interpuesto por el señor N. J. G., están centrados en que desde el inicio de las presentes actuaciones la Sra. S. ha intervenido en el proceso en su carácter de Querellante, representando los intereses de su hija menor de edad, víctima del delito de abuso sexual. Esto se demuestra acabadamente con su ejercicio durante el proceso en el rol de querellante y como madre de la niña al mismo tiempo, desvirtuando con ello que se haya vulnerado el derecho de la víctima a contar con acceso a la justicia efectiva, en resguardo del interés superior del niño, el que se encuentra plasmado en la convención de los derechos del niño.

Que durante el plazo previsto por los arts. 90 y 290 del CPP, el señor G. pudo ejercer su derecho de constituirse en Querellante Particular, del mismo modo que hoy lo ejerce la Sra. S.

Por otro lado, no surgen de las presentes actuaciones elementos que permitan considerar que la señora S. haya desistido de su actuación como Querellante en representación de los intereses de su hija, menos aún que haya dado motivos de ausencia o abandono en actos procesales.

Por su parte el recurrente (N. G.), manifiesta que la denuncia de lo sucedido fue realizada por el impugnante y luego, la progenitora M. S., se presentó como Querellante Particular en el legajo penal, pero el rol desempeñado por la misma fue variando en el tiempo hasta detentar intereses contrapuestos con su hija.

La presentación a los fines de ejercer la representación de los intereses de E., responde a los hechos que se tomara conocimiento luego de los informes realizados por el Juzgado de Paz de la localidad de xxx de fecha 29 de julio de 2021 de la Oficina de Acción Social de la localidad de xxx de fecha 30 de julio de 2021 y del Centro Asistencial de la localidad de xxx de fecha 30 de julio de 2021, todos ellos suscriptos por L. G. S. (hermana de M.), las Licenciadas María Pía Rostan (Psicóloga), Paula Costabel (Trabajadora Social) y Daniela González Bravo (Psicóloga) respectivamente, los que dieron lugar a la presentación de una medida cautelar de no innovar realizada por el Dr. Diego Gaviot en la sede del Juzgado de Familia, Niños, Niñas y Adolescentes de la Tercera Circunscripción Judicial que originó interlocutorio N° 52/2021 de fecha 6 de agosto de 2021, en el que se hace lugar a la medida solicitada por el término de 90 días por parte del titular del mismo.

Que estos hechos lo llevaron a tomar la decisión de realizar la presentación y obedecen a que la madre de la niña, no se encuentra en condiciones de llevar adelante la querella, ello encuentra sustento en los informes elevados por los profesionales intervinientes y el pedido de la propia hermana de la progenitora de E. ante el Juzgado de Paz de la localidad de ..., por lo que, se tomó la decisión de que la misma sea desplazada del lugar que detenta y que la representación de los interés de E. sea ejercido por el presentante, o en su caso en manera conjunta, teniendo presente que la figura legal ya se encuentra aceptada en tiempo y forma en el presente Legajo de investigación.

Desde ya el suscripto, va a compartir el criterio sustentado por la Asesora de Niña, Niños y Adolescentes de la Tercera Circunscripción Judicial y ello en base a las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto lo que aduce la *a quo*, de que la señora S. ha intervenido en el proceso como Querellante Particular, (teniendo en cuenta lo que analizaré posteriormente), ello no quiere decir que la nombrada no haya vulnerado el derecho de la menor E. de contar con un acceso de justicia efectiva, tal como lo establecen los Convenios Internacionales (Art. 3 de la CDN y art. 3 de la Ley 26.061).

En primer lugar, y tal como surge del Legajo, la denuncia por los hechos de abuso de la que habría resultado víctima la menor E., fue efectuada por el padre de la misma (N. G.) ya que según expresa la Licenciada en Psicología —Daniela González Bravo—, en relación a que cuando la nombrada profesional le comunica lo que le había sucedido a su hija, la señora M. S., se negó a efectuar la correspondiente denuncia.

También resulta de fundamental importancia lo manifestado por la señora L. G. S. al comparecer ante el Juzgado de Paz-Registro Civil de la localidad de xxx, en el sentido de que siendo tía de la menor E. y hermana de M. S., expresa que M. sigue viendo a O. (que es imputado en la causa en perjuicio de E.), por lo cual la menor puede ser victimizada nuevamente, sugiriendo que su sobrina conviva con su padre el Sr. G.

A raíz de diferentes encuentros tenidos por el señor Defensor Oficial —Martínez Sabio— con M. S. e integrantes de su familia, surge que se aprecia un malestar emocional en la madre de la niña, dudando y descreyendo de los dichos de E. en relación al abuso e incluso violentándola permanentemente.

En igual sentido la Trabajadora Social —Paula Costabel— y la Licenciada —Daniela González Bravo—, coinciden en que la madre de la menor E., no se encuentra en condiciones de poder resguardar a la niña, y a su vez, que dicha convivencia, puede llegar a ser un riesgo psicosocial para la menor.

A consecuencia de todas estas situaciones que tengo relatadas supra, el Juzgado de la Familia, Niñas, Niños y Adolescentes de la Tercera Circunscripción Judicial, resuelve que la niña E. G. permanezca en el hogar de su padre N. G.

Teniendo en cuenta todos estos antecedentes y los informados por las profesionales que tuvieron intervención en la causa, analizando la situación de la menor E., es dable preguntarse: ¿la madre de la menor, quién fue tenida como Querellante Particular por el hecho que habría sufrido su hija, se encuentra en condiciones de asegurar a la nombrada un acceso real y efectivo al servicio de justicia? Según mi criterio y compartiendo en este sentido lo expresado por la Asesora —María Agostina Pensa—, considero que la señora M. S. teniendo en cuenta su relación con el imputado O. y su descreimiento de que el abuso contra E. realmente haya existido, no puede cumplir con la función que la ley establece a quién asume el rol de Querellante Particular en defensa de un delito presuntamente cometido contra una menor, que en el caso subexamen es su hija.

Ello me lleva a la conclusión que corresponde dejar sin efecto la designación de la señora M. S. como Querellante Particular en el presente Legajo.

Ahora bien, si bien es cierto que la solicitud del señor N. G. de ser tenido como Querellante Particular en representación de su hija E. G., lo fue fuera del término establecido procesalmente (Art. 290 del CPP), el caso que nos toca resolver tiene sus particularidades, ya que en un primer momento se le otorga el rol de Querellante Particular a la madre de la menor (M. S.), la cual en la presente resolución se deja sin efecto dicha designación, por lo que el señor G. en su carácter de progenitor de la menor víctima, solicita ser tenido en tal carácter (Querellante Particular) en remplazo de la señora S., lo cual resulta de estricta justicia, ya que, de no aplicar dicho criterio, E. no tendría la posibilidad de que uno de sus progenitores cumpla las funciones que la ley le otorga al Querellante Particular.

Que ello así, en definitiva corresponde dejar sin efecto la designación como Querellante Particular de la señora M. S. (DNI N° ...), en el Legajo N° 22.150/0 y sus incidentes.

Hacer lugar al recurso de impugnación interpuesto por N. J. G., con al patrocinio del Defensor Oficial —Claudio Martínez Sabio—, revocando en consecuencia la resolución de fecha 21 de octubre de 2021, dictada por la señora Jueza de Control Sustituta de la Tercera Circunscripción Judicial y téngase por constituido como Querellante Particular a N. J. G. (DNI N° ...) en representación de su hija E. G., con las facultades y derechos establecidos legalmente (Arts. 88 y cc. del CPP).

Por todo ello, el Tribunal de Impugnación Penal, resuelve: Primero: Dejar sin efecto la designación como Querellante Particular de la señora M. S. (DNI N° ...) en el Legajo N° 22.150/0 y sus incidentes. Segundo: Hacer lugar al recurso de impugnación interpuesto en fecha 04 de noviembre del corriente año, por N. J. G., con el patrocinio del Defensor Oficial —Claudio Martínez Sabio—, Revocando en consecuencia la resolución de fecha 21 de octubre de 2021, dictada por la señora Jueza de Control Sustituta de la Tercera Circunscripción Judicial. Tercero: Tener a N. J. G. (DNI N° ...), por constituido como Querellante Particular en representación de su hija E. G., con las facultades y derechos establecidos legalmente (Arts. 88 y cc. del CPP). Cuarto: Notifíquese. Protocolícese y Oportunamente archívese el presente. — *María E. Grégoire.* — *Filinto B. Rebechi.*

RECURSO DE QUEJA POR CASACIÓN DENEGADA

Requisito de admisibilidad. Omisión de acompañar copia del cargo de presentación del recurso de casación. Inadmisibilidad. Disidencia.

1. — Si bien se acompañó el escrito del recurso de casación, no se acompañó el cargo correspondiente a la presentación de dicho recurso, la omisión señalada no permite tener por acreditada la fecha en que fue planteada la casación de la demandada a fin de analizar si el recurso ha sido interpuesto en tiempo oportuno. La omisión apuntada impide a este Tribunal verificar tal circunstancia, incumpliendo con ello la exigencia impuesta por el art. 755 del Cód. Proc. Civ. y Com. Cabe agregar que esta Corte no se encuentra sujeta al examen de admisibilidad realizado por la Cámara y que la circunstancia que el auto por el que se declara inadmisible el recurso de casación incoado por la parte demandada exprese que tal recurso fue interpuesto en término no cohonesta el déficit señalado, toda vez que compete a esta Corte reexaminar la admisibilidad del remedio impugnativo extraordinario local (del voto de los Dres. Estofán, Rodríguez Campos, Monteros).

2. — El recurso se presenta, *prima facie,* con fundamentación suficiente en tanto se invocan vicios concretos e infracción a garantías constitucionales que, de existir, tacharían de arbitraria la sentencia recurrida, de modo que corresponde declarar admisible provisionalmente el recurso de casación tentado, sin perjuicio del ulterior pronunciamiento definitivo de admisibilidad y análisis oportuno de procedencia de la casación interpuesta (del voto en disidencia de los Dres. Posse y Leiva).

CS Tucumán, sala civil y penal, 10/12/2021. - Estación Experimental Agroindustrial Obispo Colombres vs. SA SER s/ apremios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/211112/2021]

Expte.: 8435/18-Q1

Tucumán, diciembre 10 de 2021.

Considerando:

I. La parte demandada en autos, plantea recurso de queja contra la resolución de la Sala I de la Cámara de en Documentos y Locaciones de fecha 27/11/2020, que declaró inadmisible el recurso de casación deducido por su parte contra la sentencia del 27 de febrero de 2020 de ese mismo Tribunal. Mediante este último pronunciamiento, la Cámara no hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada.

II. De acuerdo a las constancias del sistema informático SAE, la recurrente presentó la queja en el plazo establecido en el artículo 706 al que remite el artículo 755 del Cód. Proc. Civ. y Comercial —en adelante, Cód. Proc. Civ. y Comercial—, pero no se acompañaron la totalidad de las copias de los instrumentos que la misma norma manda adjuntar al recurso de queja por casación denegada.

El mencionado art. 755 dispone que deben acompañarse al recurso copias simples de la sentencia de cámara y cédula o diligencia de su notificación, escrito de interposición de la casación, auto denegatorio y cédula o diligencia de notificación del mismo.

En ese marco normativo, deben acompañarse en autos todos los instrumentos que permitan discernir acerca de la tempestividad del remedio casatorio planteado, teniendo en cuenta que la resolución de este recurso debe realizarse de plano, sin sustanciación previa, y en base a las constancias obrantes en actuados separados de los autos principales (cfr. CSJT, "Castro, Ángel S. c. Provincia de Tucumán - DGR s/ nulidad/revocación", sentencia N° 1357 del 14/08/2019).

En el caso que nos ocupa, si bien se acompañó el escrito del recurso de casación, no se acompañó el cargo correspondiente a la presentación de dicho recurso. La omisión señalada no permite tener por acreditada la fecha en que fue planteada la casación de la demandada a fin de analizar si el recurso ha sido interpuesto en tiempo oportuno. La omisión apuntada impide a este Tribunal verificar tal circunstancia, incumpliendo con ello la exigencia impuesta por el artículo 755 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Cabe agregar que esta Corte no se encuentra sujeta al examen de admisibilidad realizado por la Cámara y que la circunstancia que el auto por el que se declara inadmisible el recurso de casación incoado por la parte demandada, exprese que tal recurso fue interpuesto en término no cohonesta el déficit señalado, toda vez que compete a esta Corte reexaminar la admisibilidad del remedio impugnativo extraordinario local.

En consecuencia, el recurso de queja en examen resulta inadmisible.

Por ello, encontrándose excusada la señora Vocal doctora Claudia Beatríz Sbdar y habiendo dictaminado el señor Ministro Fiscal, se resuelve: Declarar inadmisible el recurso de queja por casación denegada interpuesto por la parte demandada en los autos "Estación Experimental Agroindustrial Obispo Colombres c. SA SER s/ apremios". Hágase saber. — *Daniel Leiva* (en disidencia). — *Antonio D. Estofán.* — *Daniel O. Posse* (en disidencia). — *Eleonora Rodríguez Campos.* — *María S. Monteros.*

Voto en disidencia de los doctores *Posse* y *Leiva:*

I. Viene a conocimiento y resolución del Tribunal la presente queja por casación denegada interpuesta por la parte demandada, en contra de la sentencia de la Sala I de la Excma. Cámara Civil en Documentos y Locaciones del 27/11/2020 que denegó la concesión del recurso de casación incoado en contra de la sentencia de fecha 20/02/2020.

II. El Tribunal de Alzada rechaza la casación incoada, dice, contra la sentencia de la misma Cá-

mara, del 25/09/2020 (por hipótesis, inexistente, al decir del recurrente). Rechaza el recurso, en razón de que la sentencia que rechaza la apelación del fallo de primera instancia que resolvió no hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título no es definitiva, ni equiparable a tal ni observa en el caso la gravedad institucional que supliría aquel requisito de definitividad. Ello así por cuanto el demandado no cumplió con la carga impuesta en el art. 302 procesal al articular su defensa. Cita los arts. 744, 749 y 527 CPCyCT.

III. De un examen liminar de las constancias de autos se observa con claridad que el recurso interpuesto cumple con los requisitos de presentación temporánea, depósito de ley y presentación de las copias requeridas por el art. 755 del digesto procesal civil de la provincia.

Asimismo, considera este Alto Tribunal que el recurso se presenta, *prima facie*, con fundamentación suficiente en tanto se invocan vicios concretos e infracción a garantías constitucionales que, de existir, tacharían de arbitraria la sentencia recurrida, de modo que corresponde declarar admisible provisionalmente el recurso de casación tentado, sin perjuicio del ulterior pronunciamiento definitivo de admisibilidad y análisis oportuno de procedencia de la casación interpuesta (art. 755, último párrafo Ley N° 6904).

Por ello, y de conformidad con lo resuelto en el dictamen del Ministerio Fiscal, corresponde: "Hacer lugar al recurso de queja por casación denegada interpuesta por la parte demandada en contra de la sentencia de la Sala I de la Excma. Cámara Civil en Documentos y Locaciones del 27/11/2020 y, en consecuencia, Declarar admisible provisionalmente el recurso de casación (art. 755 *in fine* Cód. Proc. Civ. y Comercial). Devuélvase el depósito". — *Daniel Leiva. — Daniel O. Posse.*